DIREITO E ADMINISTRAÇÃO DE ÁGUAS

CID TOMANIK POMPEU*

1. *Introdução*

O direito e a administração de águas são disciplinas inseparáveis, cuja interpenetração obriga que o estudioso ou profissional de uma tenha, ao menos, razoáveis noções da outra, sob pena do desequilíbrio de atuação e conseqüente inaplicabilidade das soluções propostas ou pretendidas.

Isto é assim porque as duas ciências estão apoiadas no mesmo objeto — a água — com suas variações físicas, químicas e biológicas, no mesmo sujeito — o homem — seu beneficiário, e no mesmo meio — o ambiente — que ambos compartilham.

Na verdade, o ser humano, desde as mais antigas sociedades, sempre dispôs de regras concernentes ao uso da água, cujo caráter, restritivo ou não, era proporcional à escassez do líquido. Daí surgiram as normas do direito vigente nas regiões secas e do aplicável às úmidas, subdivididas nos grandes sistemas hoje encontrados (Código de Manu, na Índia; Talmud, dos hebreus; Alcorão, dos muçulmanos, por exemplo).

O Brasil, filiado ao sistema de direito romano-germânico, adotou — graças à generosidade do regime hidrológico existente em quase todo o seu território — como regra, o direito próprio das regiões úmidas. Inobstante, seu nunca assaz louvado Código de Águas previu a edição de lei especial para as regiões periodicamente assoladas pelas secas.

Paradoxalmente, embora avançado para a época em que surgiu na terceira década do século — esse código não foi seguido pelas leis e regulamentos nele previstos, como complementos necessários para a aplicação de várias de suas disposições. Essa lacuna normativa e a posterior desobediência aos seus prin-

* Procurador, subchefe do DAEE-SP; presidente do Comitê Brasileiro da International Association for Water Law.

cípios por leis extravagantes causaram verdadeiro retrocesso no campo legislativo pertinente à matéria.

O mesmo pode ser dito no tocante à administração das águas, que, de tanto ser fragmentada, hoje praticamente inexiste, fato agravado pela excessiva centralização, incompatível com o sistema federativo adotado.

Urge, portanto, que o direito e a administração das águas no país sofram ampla reformulação, para adequá-los às necessidades nacionais, regionais e locais.

Nos itens que se seguem, são focalizados certos pontos que, com a devida vênia, devem merecer a análise daqueles que se preocupam em reordenar a questão, em âmbito nacional, regional e estadual. A título de subsídio, são apresentadas algumas sugestões para início de meditação e debate sobre tão importante assunto.

2. *O direito de águas*

Direito de águas é o conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento e a preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas conseqüências. De início, denominava-se direito hidráulico.[1]

A estreita vinculação da matéria com o ciclo hidrológico, que praticamente desconhece limites no seu percurso, faz com que a disciplina contenha tanto normas tradicionalmente colocadas no campo do direito privado, como no do direito público. Suas fontes são a legislação, doutrina, jurisprudência e o costume.

Os vários sistemas de direito de águas existentes no mundo, ao lado de influências recebidas de fatores específicos, tiveram como principal condicionante a quantidade de água disponível, podendo ser feita uma primeira grande divisão entre o direito provindo das regiões úmidas e aquele oriundo das regiões secas.

Embora a progressiva deterioração das águas esteja, aos poucos, diminuindo a quantidade das utilizáveis para fins mais nobres — como abastecimento às populações, recreação, irrigação, aqüicultura e pesca — os traços que distinguem os mencionados sistemas são ainda marcantes.

A redução das águas disponíveis, todavia, tem aproximado o conteúdo das legislações, em especial no que concerne à publicização dos recursos hídricos.

Da mesma forma, a atuação dos organismos internacionais e o aparecimento de entidades supranacionais vêm concorrendo para reduzir a diferença entre as normas legais dos diversos países.

[1] Pompeu, Cid Tomanik. *Enciclopédia Saraiva de direito, Sub voce* Direito de águas. São Paulo, 1977.

Numa visão ampla e resumida, os sistemas de direito de águas encontrados no mundo podem ser assim localizados:

a) na Europa, originários do direito de águas romano, mesclado com o dos demais povos que habitam o continente, ou que para lá migraram, são identificadas algumas áreas como a do *common law*, a germânica, a francesa, a espanhola, a italiana e a escandinava;

b) nos países com predomínio do culto islamítico vigora o denominado "direito de águas muçulmano", levado a países árabes por eles conquistados e ocupados nas costas do Mediterrâneo, assim como a nações africanas;

c) no processo de colonização da América, África e Ásia, as grandes potências européias, nos séculos XVI e XVII, para lá levaram seus sistemas hídricos jurídicos e institucionais, que nesses continentes receberam, na maior parte, influência indígena, e assim passaram a vigorar após a independência dos respectivos territórios;

d) a Revolução Soviética e a posterior implantação de regimes socialistas na Europa Central e Oriental, após a II Guerra Mundial difundiram nessa região um direito de águas que reflete sua concepção de economia centralmente planificada;

e) na Ásia e no Oriente, salvo em países que receberam influência européia, os regimes jurídicos conservaram sua individualidade, sendo que os sistemas hindu e chinês, fundamentados em concepções filosóficas e religiosas, e nas normas de conduta delas derivadas, exerceram marcante influência sobre os países vizinhos;

f) o sistema vigente em Israel, de criação moderna, cuja exportação para outros países vem sendo tentada.

3. *O direito de águas brasileiro*

Filiando-se o Brasil ao sistema de direito romano-germânico, o seu Código de Águas seguiu as diretrizes e os princípios que o regem.[2] A generosidade do regime hídrico de grande parte do país fez com que fosse adotado, como regra, o direito vigente nas regiões úmidas, pertencente àquele sistema.

Saliente-se, todavia, que as zonas periodicamente assoladas pelas secas foram contempladas pelo referido código, para as quais previu, no art. 5.º, legislação especial, inclusive quanto à publicização. Essas normas, no entanto — com

[2] David, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 4. ed. Paris, Dalloz, 1971.

exceção da Lei n.º 4.869, de 1 de dezembro de 1965, que declarou públicas e de uso comum as águas subterrâneas captadas na áárea da Sudene — até hoje não foram editadas.

Fonte primeira do direito de águas pátrio, a Constituição Federal (Emendas n.ºs 1/69 e 16/80), nos arts. 4.º e 5.º, define o domínio da União, dos estados e dos territórios federais sobre as águas e, no art. 8.º, XVII, *i*, e respectivo parágrafo único, confere à União competência privativa para sobre elas legislar.

Essa competência privativa da União, porém, não impede que os estados editem normas administrativas sobre a utilização das águas sob o seu domínio.

Em termos de lei ordinária, a matéria está disciplinada no Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), com alterações posteriores e normas subseqüentes e complementares.

Graças à cultura, à inteligência e aos esforços de Alfredo Valladão, autor do anteprojeto, o Código de Águas brasileiro é considerado mundialmente como uma das mais completas entre as leis de águas já produzidas. Os princípios constantes desse diploma são invocados nos mais diversos países, como modelos a serem seguidos, mesmo por legislações modernas. Veja-se, por exemplo, que o "princípio do poluidor pagador", introduzido na Europa como novidade, está previsto nos arts. 111 e 112 do código. Entretanto, por razões que não se podem explicar, nesse meio século de vigência do Código de Águas, muitas de suas disposições, que deveriam ter sido tratadas por leis especiais ou regulamentos, não o foram e, conseqüentemente, deixaram de ser aplicadas.

A título de ilustração, podem ser citadas as questões relativas a: a) desobstrução de cursos de água, pela administração, à custa dos infratores; b) multas; c) fixação de sanções pelo descumprimento de suas normas; d) reposição do leito e das margens no estado anterior, quando indevidamente ocupados; e) inspeção e autorização das águas comuns e particulares; f) desobstrução das águas comuns; g) salubridade das águas à custa dos infratores; h) servidões urbanas de aqueduto, canais, fontes, esgotos sanitários e pluviais; i) zonas periodicamente assoladas pelas secas; j) uso comum das águas, gratuito ou retribuído; l) disciplina das águas nascentes.

No tocante às águas subterrâneas, pode-se dizer que, após serem tratadas no Código Civil e no Código de Águas, em função das normas que regem o direito de vizinhança, foram elas contempladas pelo Código de Mineração como uma classe de jazida (classe VIII) e, portanto, sob o regime de exploração e aproveitamento previsto no art. 168 da Constituição Federal. Falta, no entanto, a promulgação da lei especial prevista no art. 10, V, do referido código, e, talvez, até a confirmação de que devam elas permanecer no mencionado código.

Na área da irrigação, as normas editadas (Lei n.º 6.662/79 e Decreto n.º 89.496/84) precisam receber completa reformulação, em especial para que se enquadrem na terminologia do Código de Águas.

Por outro lado, deve ser questionado por que a irrigação está na área de competência do Ministério do Interior e não na do Ministério da Agricultura.

Saliente-se, ainda, nesse campo, que a administração pública deveria desenvolver maiores esforços para incentivar a formação de comunidades de regantes, independentes do Governo.

Da mesma forma, estão a merecer disciplina legal a utilização das águas meteóricas, que não as pluviais, e a outorga de concessões, autorizações e permissões para a navegação em cursos, lagos ou lagoas de águas públicas.

4. *Atualização das normas legais*

Conforme evidenciado no item precedente, a legislação pátria sobre águas necessita de significativa atualização, a começar pelas normas constitucionais que a regem.

Assim, no campo constitucional, deveria ser devolvida aos estados a competência para legislarem sobre as águas do seu domínio, respeitada a lei federal, assim como sobre as águas subterrâneas localizadas exclusivamente em seus territórios. A definição do domínio das águas situadas no Distrito Federal seria igualmente importante.

Tendo em vista que a reformulação do Código de Águas demoraria algum tempo, por ser matéria bastante complexa, é aconselhável a edição de leis extravagantes sobre águas subterrâneas, águas meteóricas, navegação, águas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas, assim como a respeito da geração de recursos financeiros para o setor hídrico, vinculados às bacias hidrográficas nas quais tivessem origem.

A complementação de algumas matérias tratadas no Código de Águas e em leis subseqüentes, por leis, decretos ou outros atos, seria da mesma forma imprescindível.

Entre os assuntos a serem estudados, com esse objetivo, podem ser apontados, além dos referidos no título anterior, os concernentes ao aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos, ao abastecimento público, à irrigação e às diretrizes para a política nacional de administração das águas.

Paralelamente, deveria ser procedida a atualização do Código de Águas.

Nessa tarefa, tal como na anteriormente apontada, por se tratar de assunto pluridisciplinar, será indispensável a participação de técnicos de outras ciências, e não apenas da jurídica.

Com efeito, se atentarmos para o fato de que o Código de Águas foi editado em 1934 e que, neste meio século, houve substanciais modificações jurídicas e sociais que, juntamente com as informações hoje prestadas pelas mais variadas ciências e tecnologias, alteram sensivelmente conceitos tidos como bons na déca-

da de 30, conclui-se que o Código de Águas e legislação subseqüente devem sofrer amplo reexame.

Respeitados os direitos adquiridos, precisariam ser objeto de novos estudos, entre outras: as questões relativas às margens; aos terrenos reservados ou marginais; à separação do domínio marítimo do fluvial, para efeito de se demarcarem os terrenos de marinha; a questão da navegabilidade e flutuabilidade, para caracterização da natureza jurídica das águas situadas na faixa de fronteira, assim como as restrições impostas ou recebidas pela navegação e outros usos.

No que se refere à qualidade das águas, deveria ser estudada a conveniência de sua classificação quanto aos usos possíveis, e não ao uso que a elas se pretenda dar, conforme é feito hoje.

Para nós, o critério atualmente adotado, com a devida vênia, serve apenas para as áreas técnicas da administração, mas não aos administrados, e somente deveria vigorar em bacias hidrográficas com o planejamento do uso do solo perfeitamente definido, e prazo para que os parâmetros fixados fossem alcançados. Não sendo assim, o estabelecimento dos usos possíveis da água, no momento presente, proporcionaria maior proveito aos respectivos usuários. E não se alegue que o método adotado serve para controlar a qualidade dos despejos a serem lançados nos corpos de água, já que essa medida poderia ser efetivada, com maior eficiência, por meio do estabelecimento e fiscalização dos padrões dos afluentes.

Ainda no tocante à qualidade, entendemos que os padrões de balneabilidade deveriam ser fixados pelo Ministério da Saúde, e não pelo do Interior, conforme ocorreu, por força da Portaria n.º 536 MI, de 7.12.76, por envolver basicamente a saúde pública.

Em termos de derivação das águas, torna-se necessário padronizar os atos de outorga, tal como determinado pelo Código de Águas, ou seja, o emprego da concessão, para os casos de utilidade pública, e da autorização administrativa, nos demais. Com isso, as normas sobre irrigação, aprovadas pelo Decreto n.º 89.496/84, deveriam ser alteradas, para que se compatibilizassem com o mencionado código.

5. *Administração das águas*

Para a administração das águas públicas no país, deveria ser institucionalizado um sistema nacional de recursos hídricos, do qual participariam a União, os estados, territórios federais, Distrito Federal, municípios, entidades privadas, usuários e representantes da comunidade.

No ápice do sistema seria colocado um Conselho Nacional de Águas, ou de Recursos Hídricos, ao nível ministerial, apoiado por um órgão que lhe desse

suporte técnico-administrativo, executasse a política estabelecida, aplicasse a legislação e desenvolvesse ações de gestão dos recursos hídricos.

A critério dos estados, poderiam eles adotar a mesma estrutura.

As bacias hidrográficas de rios do domínio da União ou dos estados contariam com comitês representativos dos órgãos e entidades nelas atuantes.

Os órgãos setoriais em termos de recursos hídricos, de atuação nacional, regional, estadual, do Disirito Federal, dos territórios ou municípios, seriam igualmente integrados ao sistema.

Com isso, numa visão ampla, teríamos, no vértice, o Conselho Nacional e, na base, os Comitês de Bacias Hidrográficas.

Aliás, preocupados com a necessidade de se implantar no país o efetivo gerenciamento dos recursos hídricos, órgãos estaduais e federais, gestores desses recursos por iniciativa do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), do estado de São Paulo, houveram por bem realizar dois encontros, respectivamente em São Paulo e Belo Horizonte, este patrocinado pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE/MG). As conclusões e recomendações desses dois eventos, a serem discutidas em Salvador-BA, no III Encontro, sob os auspícios da Secretaria do Saneamento e Recursos Hídricos (SRH) daquele estado, servem de excelente referencial para a reformulação do direito e administração de águas do país.[3]

A expectativa desse acontecimento é das mais otimistas, haja vista a participação dos órgãos e das entidades federais, regionais e nacionais, e a tônica da descentralização das ações, dentro do verdadeiro espírito federativo, presente nos citados encontros.

6. *Conclusões*

As considerações anteriores nos permitem concluir que:

a) a estreita vinculação do direito de águas com o ciclo hidrológico faz com que a disciplina contenha normas tradicionalmente colocadas no âmbito do direito público e no do direito privado;

b) os sistemas de direito de águas existentes no mundo, além de influências recebidas de fatores específicos, tiveram como principal condicionante a quantidade da água disponível, sendo a sua primeira grande divisão feita entre o direito provindo das regiões úmidas e aquele oriundo das regiões secas;

[3] Departamento de Águas e Energia Elétrica. Encontros Nacionais de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos. *São Paulo alternativo.* São Paulo, DAEE, 1985.

c) a progressiva deterioração das águas, que diminui a quantidade das utilizáveis para fins mais nobres — como o abastecimento às populações, recreação, irrigação, aqüicultura e pesca — e a atuação dos organismos internacionais e supranacionais têm reduzido os traços que distinguiam os mencionados sistemas;

d) numa rápida divisão, podem ser identificados, atualmente: na Europa, o sistema do *common law*, o germânico, francês, espanhol, italiano e escandinavo, originários do direito romano, mesclado com o de outros povos; o sistema de águas muçulmano, nas costas do Mediterrâneo e em nações africanas; o sistema europeu mesclado com o indígena, em países da América, África e Ásia; o sistema soviético, levado também a países da Europa Central e Oriental; os sistemas hindu e chinês, com marcante influência em países vizinhos; e o sistema israelense;

e) o Brasil filia-se ao sistema de direito romano-germânico e o seu direito de águas seguiu as regras gerais vigentes nos países úmidos;

f) independentemente disso, houve previsão expressa, no Código de Águas, da edição de lei especial para as zonas periodicamente assoladas pelas secas (art. 5.º);

g) no campo legislativo, compete à União, privativamente, legislar sobre águas, nos termos do art. 8.º, VII, *i*, da Constituição Federal, podendo os estados baixarem normas administrativas sobre o uso das águas do seu domínio;

h) a falta de disciplina por lei ou regulamento de diversos dispositivos do Código de Águas, durante os 50 anos de sua vigência, impediu que o direito e a administração de águas no país tivessem o necessário desenvolvimento;

i) em face das propostas surgidas nos Encontros de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos, espera-se que, a curto prazo, possamos contar com um Sistema Nacional de Recursos Hídricos compatível com o verdadeiro espírito federativo, e, também, com o início da atualização das leis e regulamentos sobre água para posterior reformulação do próprio Código de Águas;

j) alguns conceitos técnicos constantes desse código — como, por exemplo, os relativos aos terrenos reservados ou marginais; à separação do domínio marítimo do fluvial, para demarcação dos terrenos de marinha; à navegabilidade e flutuabilidade, para caracterização da natureza jurídica das águas; às águas situadas na faixa de fronteira; e às restrições impostas ou recebidas pela navegação e outros usos, tendo em vista o uso múltiplo integrado dos recursos hídricos — precisarão ser objeto de novos estudos e debates, também fora do campo jurídico, em especial no da hidrologia e ciências afins;

l) tendo em vista que a classificação das águas interiores, no tocante à qualidade, somente serve para as áreas técnicas governamentais, mas não aos administrados, pois é baseada em usos futuros, sem prazos definidos ou planejamentos

territoriais das respectivas bacias hidrográficas, ela deveria ser modificada no sentido de prever os usos possíveis no presente;

m) as fixações quanto ao futuro deveriam ter prazos determinados, e o controle do lançamento de efluentes estar baseado nos parâmetros para estes estabelecidos, independentemente dos encontrados nos corpos de águas receptores;

n) os padrões de balneabilidade de águas interiores e marítimas, por afetarem diretamente a saúde pública, deveriam ser estabelecidos pelo Ministério da Saúde e não pelo do Interior, como ocorre atualmente;

o) a irrigação, da mesma forma, deveria estar inserida na área de competência do Ministério da Agricultura, ao qual compete fomentar a produção agrícola, e não ao Ministério do Interior, alheio a esse campo;

p) os atos de outorga de utilização de águas públicas deveriam, em todo o país, e para quaisquer fins, ser aqueles previstos no art. 43 do Código de Águas, ou seja, concessão de uso, nos casos de utilidade pública, e autorização administrativa, nos demais, e não como previsto no Decreto n.º 89.496/84 sobre a Política Nacional de Irrigação, ou como vem sendo praticado em algumas unidades da Federação.

Bibliografia

David, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4. ed. Paris, Dalloz, 1971. 657 p.

Departamento de Águas e Energia Elétrica. Encontros Nacionais de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos. *São Paulo alternativo*. São Paulo, DAEE, 1985.

Food and Agricultural Organization of the United Nations. *Water laws in Moslem countries*. Roma, 1973. 223 p.

Nunes, Antônio de Pádua. *Código de Águas*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. 2. v.

Pompeu, Cid Tomanik. Águas subterrâneas. *Revista DAE*, (124):28-30, 1981.

———. Brazilian National Sanitation Plan and the Decade Goals. *Water Quality Bulletin*, v. 9 n.º 4. WHO Colaborating Centre on Surface and Ground Water Quality. Canada Center for Inland Waters. Burlington, Ontario, Canada, 1984. p. 205-207 e 234.

———. *Enciclopédia Saraiva de direito. sub voce* Direito de águas. São Paulo, 1977.

———. Gestão de recursos hídricos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 set. 1983, 2 out. 1983 e 30 out. 1983.

———. Legislação brasileira sobre recursos hídricos. *Revista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico*, Projetos 3, Recursos hídricos, CNPq, p. 94-104.

———. Lei de águas para o Nordeste. *O Estado de São Paulo*, 24 fev. 1985. p. 50.

———. Regime jurídico da concessão de uso das águas públicas. *Revista de Direito Público*, (21):160-73.

———. *Regime jurídico da polícia das águas públicas 1*/Polícia da qualidade. São Paulo, Cetesb, 1976. 149 p.

———. Saneamento básico e recursos hídricos na legislação metropolitana. *Revista DAE*, São Paulo, (100):42-6, 1975.

United Nations. Department of Economic and Social Affairs. *Abstraction and use of water:* a comparison of legal regimes. New York, 1972. 254 p.