XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

NORMA SUELI PADILHA

ROGERIO BORBA

REJAINE SILVA GUIMARAES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Norma Sueli Padilha

Rogerio Borba

Rejaine Silva Guimaraes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-777-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Ambiental e Socioambientalismo I, do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Goiânia entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, na Universidade Federal de Goiás (UFG).

O Congresso teve como temática "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO". A escolha do tema foi pertinente em razão do momento político e jurídico vivido, buscando-se não só compreender o papel dos cidadãos, mas também da sociedade, de forma a ser respeitada a Constituição, em busca de um ambiente propicio para o pleno desenvolvimento de todos. As diversas questões ambientais verificadas tratam do desafio de harmonizar os dispositivos constitucionais com o exercício da gestão pública, de forma a viabilizar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como preconiza o Artigo 225 da Constituição da República, permitindo seja destinado ao bem comum da sociedade.

O Grupo de Trabalho (GT) "Direito Ambiental e Socioambientalismo I" tem por objetivo refletir sobre temas como a preservação ambiental e a correta aplicação do meio ambiente para o pleno desenvolvimento de nossa sociedade para as presentes e futuras gerações por meio do Direito. O Direito Socioambiental se baseia em novo paradigma de desenvolvimento e democracia capaz não apenas de promover a sustentabilidade ambiental, mas também a social, contribuindo para a redução da pobreza e das desigualdades ao promover valores da justiça social e inclusão de todas e todos por meio do desenvolvimento.

Como resultado de uma grande ambiência de atividades de pesquisa desenvolvida em todo o país, foram selecionados para este GT dezenove artigos relacionados ao tema, os quais integram esta obra. Nas apresentações dos trabalhos foram propostos novos usos da tecnologia em prol do Direito, em Especial do Direito Ambiental e do Socioambientalismo. Os trabalhos se relacionam diretamente com a ementa apresentada, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantém entre si afinidade científica, favorecendo sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida pela ordem de apresentação, sendo todos relativos ao Direito Ambiental e ao Socioambientalismo. Numa

análise específica de cada artigo, é possível fazer as seguintes considerações, a começar pelo primeiro que tem o título de "A BIODEMOCRACIA E OS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE: (RE) EXISTÊNCIAS E (CO) EXISTÊNCIAS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS", de autoria de Juliete Prado De Faria e Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega, onde foram discutidos os direitos da sociobiodiversidade na perspectiva da biodemocracia, com enfoque nos Povos e Comunidades Tradicionais e as constantes violações de direitos por eles sofridas. Em seguida, o trabalho intitulado "A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DAS CIDADES: O PROGRAMA PALMAS SOLAR COMO UMA POSSIBILIDADE VERDE AO MUNICÍPIO DE PALMAS – TO", de Fernanda Matos Fernandes de Oliveira e Izabella Downar Bakalarczyk investigou o estímulo do uso da energia solar por meio da extrafiscalidade, com a concessão de incentivos fiscais, como forma de auxiliar na conservação dos recursos naturais e na não poluição apresentando-se como alternativa para um ambiente urbano mais sustentável, usando o caso de Palmas, Capital do Tocantins.

Na sequência, foram apresentados artigos igualmente muito bem desenvolvidos com os títulos: "A INCONSTITUCIONALIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR 140/2011, NO CONTEXTO DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS", escrito por Paulo Campanha Santana e Marcia Dieguez Leuzinger, examinando a constitucionalidade da Lei Complementar 140, de 2011, especificamente quanto a não vinculação da manifestação dos entes federativos, nos casos de licença ou autorização ambiental; "A PROTEÇÃO AMBIENTAL DOS ANIMAIS EM CONFLITO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", de Alan Felipe Provin e Isadora Kauana Lazaretti, discorrendo sobre a ponderação de conflitos entre a proteção animal com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, manifestação cultural e liberdade religiosa, com base em precedentes do STF sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável; "AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAMBIENTAIS E ECONÔMICAS DECORRENTES DO DESASTRE DA BARRAGEM DE MINERAÇÃO EM MARIANA/MG", de César Ferreira Mariano da Paz e Rogerio De Oliveira Borges, discutindo as consequências socioambientais e econômicas decorrentes do desastre da barragem de mineração em Mariana/MG; "AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A CONSERVAÇÃO DAS FLORESTAS: DESERTIFICAÇÃO E REFUGIADOS CLIMÁTICOS", escrito por Cristiane Araujo Mendonça Saliba e José Claudio Junqueira Ribeiro, que se propôs a analisar as Convenções Internacionais sobre mudanças climáticas e proteção das florestas, diante das evidências do aquecimento global e suas consequências, como ondas de calor extremo, invernos rigorosos, regimes pluviométricos diferenciados; "AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO ACORDO DE

ESCAZÚ DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: ACESSO À INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA", de Deilton Ribeiro Brasil e Lorrane Queiroz, que lançou reflexões sobre o Acordo de Escazú de São José da Costa Rica com as diretrizes traçadas na Constituição Federal de 1988 e sua interação com a Declaração do Rio-92 que define os direitos de acesso à informação, participação pública e acesso à justiça como valores para um desenvolvimento sustentável, em especial o Princípio 10; "CONSERVAÇÃO VERSUS DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE DOS DISCURSOS NO CASO YASUNÍ-ITT", de Gabriela Ariane Ribeiro Mendes e Pedro Andrade Matos, investigando a medida adotada pelo Equador ao propor ao mundo um projeto inovador: renunciar à exploração dos recursos contidos no subsolo de três campos localizados na Amazônia equatoriana mediante compensação financeira da comunidade internacional.

O GT contou ainda com os seguintes artigos: "CRISE DA ÁGUA POTÁVEL: ASPECTOS JURÍDICOS E ÉTICOS", de Lino Rampazzo e Marcio Gonçalves Sueth, ampliando o conhecimento do que foi estudado sobre o problema mundial da crise da água potável, nos aspectos jurídicos e éticos; "IMPLICAÇÕES DO USO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS AO PATRIMÔNIO GENÉTICO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO IMATERIAL", de Fabricio da Costa Santana e Patricia Da Costa Santana, analisou, à luz do ordenamento jurídico nacional e internacional, as vias jurídicas adequadas e eficientes à promoção e à tutela da sociobiodiversidade; "NOVOS PARADIGMAS PARA A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DAS ÁGUAS", de João Hélio Ferreira Pes, trata sobre a gestão e proteção das águas e a necessidade de rever os paradigmas, até então adotados, visando melhor tutelar o bem ambiental água potável; "O BRILHO AZUL DA MORTE: O ACIDENTE COM CÉSIO 137 EM GOIÂNIA", de Oléria Pinto Borges, discute analisa o acidente radiológico com césio-137, ocorrido em Goiânia no ano de 1987, que ocupa destaque no mundo ao comparar sua intensidade, e o número de vítimas; "O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL", de Astolfo Sacramento Cunha Júnior e Carla Maria Peixoto Pereira, discute o princípio da proibição do retrocesso ambiental e sua relação com o desenvolvimento sustentável no brasil, discutindo-se de que forma ambos têm possibilidade de caminhar juntos possibilitando ainda assim tanto o desenvolvimento sustentável quanto a preservação ambiental; "O SOCIOAMBIENTALISMO E OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988", de Rosaly Bacha Lopes e Alanna Caroline Gadelha Alves, analisa de que forma o socioambientalismo favoreceu a consolidação dos "novos direitos" indígenas na Carta de 1988.

Na segunda parte das apresentações, houve uma complementação do debate, sendo trazidas reflexões sobre temas pontuais com bastante profundidade científica. No artigo “OS RISCOS À PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL”, de Mariana Barbosa Cirne e Isabella Maria Martins Fernandes, discute-se os riscos das propostas legislativas que intentam eliminar ou reduzir a participação social no procedimento de licenciamento ambiental; “PLANO DIRETOR: UMA FERRAMENTA PARA GESTÃO SUSTENTÁVEL DO LIXO DAS CIDADES”, de Felipe Teles Tourounoglou, discute a necessidade de reforçar a implementação de instrumentos de participação popular junto à administração urbana das cidades, a fim de que seus resíduos sejam geridos de maneira sustentável.; “PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E A TUTELA DO RISCO”, de Tayana Roberta Muniz Caldonazzo e Carla Bertoncini, discutiu-se sobre a sociedade de risco e a tutela de suas consequências para o meio ambiente; “RACISMO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA DESCARTABILIDADE HUMANA”, de Caio Augusto Souza Lara e Lorrayne Barbosa de Miranda, trouxe como temática a questão envolta em contextos de prática de racismo ambiental na situação vivida pela Ilha da Maré em Salvador-BA; E o GT foi finalizado com o artigo “SUPRESSÃO DE MATA ATLÂNTICA E O PLANO DE RECUPERAÇÃO DE MATA NA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA”, de Renata Soares Bonavides e Kleber Lotfi, discutindo a conservação, proteção, uso e regeneração do Bioma Mata Atlântica como iniciativas fundamentais para preencher os requisitos legais e fazer com que a proteção local seja possível de acordo com as normas vigentes relacionadas ao meio ambiente, em especial, o atual Código Florestal Brasileiro, Lei 12.651, de 2012, na Região Metropolitana da Baixada Santista.

A elevada intensidade dos debates no GT demonstrou a importância dos temas levantados e apresentados pelas pesquisadoras e pelos pesquisadores do grupo. Assim, é com muita satisfação que apresentamos à comunidade jurídica a presente obra, que certamente servirá como referência para futuras pesquisas sobre os temas levantados e as reflexões aqui presentes.

Goiânia, 21 de junho de 2019

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC

Prof. Dr. Rogerio Borba - Universidade Veiga de Almeida/UniCarioca/IBMEC

Profa. Dra. Rejaine Silva Guimarães - UNIVERSIDADE DE RIO VERDE-GOIÁS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NOVOS PARADIGMAS PARA A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DAS ÁGUAS

NEW PARADIGMS FOR THE NECESSARY WATER PROTECTION

João Hélio Ferreira Pes [1]

Resumo

Este trabalho analisa as normas sobre a gestão e proteção das águas e a necessidade de rever os paradigmas, até então adotados, visando melhor tutelar o bem ambiental água potável. Para enfrentar o problema proposto foi utilizado o método dedutivo a partir da análise de que o conceito de bem ambiental contempla algumas características que fazem com que o bem ambiental água potável, possa ser melhor protegido a partir da incorporação pela Constituição brasileira de norma expressa que garanta a gestão e o domínio das águas pela própria comunidade, a exemplo de alguns países da América do Sul.

Palavras-chave: Gestão e proteção das águas, Legislação brasileira, Água potável, Bem ambiental de domínio público, Bem comum

Abstract/Resumen/Résumé

This work analyzes the norms on the management and protection of water and the need to review the paradigms, until now adopted, aiming to better protect the environmental good drinking water. In order to face the proposed problem the deductive method was used based on the analysis that the concept of environmental good contemplates some characteristics that make it possible to the potable water (envirolmental good) be better protected with the incorporation by the Brazilian Constitution of an express rule that guarantees the management and the water domain by the community itself, like some other South American countries examples.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Water management and protection, Brazilian legislation, Potable water, Environmental good of public domain, Common good

[1] Pós-Doutorando PPGD/UFSC, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre/UFSM e Professor Curso de Direito/UFN. joaohelio@ufn.edu.br

INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma ampla disponibilidade de água "*per capita*" por ano, chegando a ser superior algumas vezes a disponibilidade verificada em outros países, no entanto, o uso e consumo desse bem ambiental é efetuado de uma forma completamente irresponsável, provocando a degradação de forma assustadora desse importante bem ambiental e gerando, inclusive, crises de abastecimento em várias regiões do país. Até mesmo regiões metropolitanas cercadas por mananciais vêm sofrendo com a escassez de água, decorrente da diminuição da sua qualidade.

Essa preocupante situação na qual se encontra o Brasil é que justifica a análise da legislação instituída para a proteção e gestão das águas no ordenamento jurídico brasileiro e a necessária tutela do bem ambiental água potável. Assim, delimita-se esse tema pela análise da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, pela análise de conceitos doutrinários utilizados no direito ambiental e, ainda, pela análise de diretrizes adotadas em algumas constituições de outros países.

Assim, o objetivo desse trabalho é verificar se a legislação brasileira de tutela dos recursos hídricos é suficiente para preservar esse importante bem ambiental. Para tanto, divide-se o trabalho em duas partes, sendo que a primeira analisa a tutela das águas no ordenamento jurídico brasileiro, subdivida em dois tópicos, um que verifica as águas na Constituição brasileira e outro que verifica as águas na legislação infraconstitucional. Na segunda parte do trabalho é efetuada a análise da necessária proteção do bem ambiental água potável, considerando as normas existentes, inclusive as normas constitucionais de alguns países da América do Sul, e a construção conceitual do termo 'bem ambiental'.

A metodologia empregada para atingir a finalidade delineada tem como método de procedimento o monográfico e como método de abordagem o dedutivo. Para enfrentar o problema proposto, sobre a necessidade de revisar a legislação brasileira de tutela dos recursos hídricos para efetivamente preservar esse importante bem ambiental, foi utilizado o método dedutivo a partir da interpretação de que o conceito de bem ambiental contempla algumas características que fazem com que o bem ambiental água potável, pode ser melhor protegido a partir da incorporação pela Constituição brasileira de norma expressa que garanta a gestão e o domínio das águas pela própria comunidade, a exemplo de alguns países da América do Sul.

A conclusão, apresentada ao final, é a de que para ocorrer a efetiva tutela do bem ambiental água potável é necessário aplicar a legislação de gestão e proteção dos recursos hídricos a partir da interpretação de que, inegavelmente, trata-se de um bem ambiental de uso

comum do povo, que não admite a apropriação, seja pública ou privada, e que o domínio público sobre as águas e a gestão desse bem estejam sob o controle da comunidade.

1 A TUTELA DAS ÁGUAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As normas sobre as águas no ordenamento jurídico brasileiro seguem o mesmo padrão das demais legislações sobre os outros recursos naturais, apresentando as tradicionais abordagens sobre a divisão de competência entre os entes federados, domínio, regras sobre a exploração econômica e algumas diretrizes de proteção. Assim, nessa primeira parte é apresentado o panorama geral do tratamento que o bem ambiental água recebe no ordenamento brasileiro.

Ao analisar as normas constitucionais referentes às águas, é necessário ter bem clara a forma federal adotada pelo Estado brasileiro para, assim, facilmente compreender as regras definidas em relação à competência dos entes federados e da dominialidade sobre as águas e demais bens ambientais. O Estado federal brasileiro caracteriza-se pela repartição de competências entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal e pela definição da titularidade dos domínios sobre bens. No caso dos recursos hídricos, divide-se em águas de domínio da União e águas de domínio dos Estados.

A Constituição de 1988 alterou profundamente o domínio das águas no Brasil, que passaram a ser públicas, dos Estados (e Distrito Federal) ou da União somente. Com as alterações, acabaram-se as águas pertencentes aos Municípios, bem como as águas particulares, previstas no Código de Águas.

Quanto à competência, a Constituição de 1988 estabeleceu regras de repartição de competências legislativas e executivas aos entes federados. Para Karine Silva Demoliner (2008, p. 34): “Os clássicos de Direito Público ensinam que a competência pode ser material ou legislativa e pertencer à União, aos Estados e/ou Distrito Federal e Municípios”.

A competência legislativa sobre águas é exercida privativamente pela União, conforme determinado pelo artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:...IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”.

O parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal prevê a possibilidade de que lei complementar, obviamente federal, possa autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas relacionadas no artigo 22.

Os municípios, apesar de não terem sido contemplados no art. 24, detêm competência para legislar sobre as matérias lá arroladas, desde que observadas as condições estabelecidas pela própria Constituição: tratar-se de assuntos de interesse local e respeitar o disposto nas legislações estadual e federal (GRAF, 2000, p. 60).

Quanto à competência material ou executiva relacionada à água, foram estipuladas à União algumas atribuições como planejar e promover a defesa contra secas e inundações, instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso e instituir diretrizes para os serviços públicos de abastecimento e fornecimento de água (saneamento básico), conforme prevê o art. 21, incisos XVII, XIX e XX.

O inciso XIX do art. 21 foi regulamentado por meio da Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que: 'institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos'. Ainda, quanto à competência administrativa, a Constituição Federal determina no art. 23 que é comum para todos os entes federativos a competência para proteger o meio ambiente e fiscalizar as concessões de exploração de recursos hídricos.

Nesse sentido, Édis Milaré (2001, p. 264) entende que está implícita a competência legislativa do município: "se a Constituição conferiu-lhe poder para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas – competência administrativa, é óbvio que para cumprir tal missão há que poder legislar sobre a matéria".

Portanto, a competência administrativa do art. 23 está inserida dentro de um contexto que estabelece os entes federativos, seus bens e um complexo sistema de distribuição de competência.

Em razão do que dispõe o art. Art. 30, inciso V da Constituição, entende-se que o serviço de saneamento básico é de competência dos Municípios: "Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" (BRASIL. Constituição Brasileira de 1988).

Portanto, os serviços de abastecimento de água potável, por serem caracterizados como saneamento básico, são definidos, constitucionalmente, como de competência dos Municípios, por dizer respeito a interesse predominantemente local, apesar de a questão ambiental ser de competência comum dos entes políticos e de que a água a ser captada é um bem estadual ou eventualmente federal.

Quanto a legislação infraconstitucional é importante ressaltar que no Brasil a preocupação com o tratamento jurídico do uso e preservação das águas é antiga. O registro da

existência das primeiras normas jurídicas que visavam à proteção das águas é efetuado pela autora Ann Helen Wainer. O dispositivo protetor que "expressamente proibia a qualquer pessoa jogar material que pudesse matar os peixes e sua criação ou sujar as águas dos rios e lagoas" (WAINER, 1991, p. 20), estava previsto nas Ordenações Filipinas, legislação colonial, vigente no Brasil durante os séculos XVI e XVII.

No entanto, o conceito de Direito Ambiental e as normas de proteção às águas, assim como as normas de tutela a todos os bens ambientais, foram somente formuladas com a nova concepção de realmente proteger a natureza a partir de um período muito recente.

O Brasil, país que têm uma das maiores reservas de água do planeta, antes mesmo de ter boa parte de suas águas degradadas, já detinha legislação que tratava do tema "água" num viés econômico e utilitarista: o Código de Águas de 1934 (PES, 2005, p. 53). O Código de Águas instituído pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (BRASIL. Decreto nº 24.643, 1934), dispõe sobre a classificação e utilização das águas, dando ênfase ao aproveitamento do potencial hidrelétrico que, na década de 30, do século passado, representava uma condicionante do progresso industrial que o Brasil buscava. Foi o primeiro diploma legal que possibilitou ao Poder Público disciplinar o aproveitamento industrial das águas e foi editado na forma de Decreto, e não de lei, por ser ato do então Governo Provisório decorrente da Revolução de 1930.

A partir da vigência do Código de Águas, os recursos hídricos passaram a ser merecedores de atenção especial do Estado, por meio de mecanismos de intervenção governamental com vistas a garantir a utilização desse recurso visando ao desenvolvimento econômico do País.

Não há dúvida de que o Código de Águas representa um marco na legislação brasileira e, se hoje é considerado obsoleto em alguns aspectos, é porque ele estava adequado aos interesses e necessidades da década de 30, quando foi elaborado. Com o passar do tempo as condições econômicas, tecnológicas e hidrológicas da época da elaboração do Código alteraram-se e a norma existente deixou de se adequar à realidade. Por isso, diversos dispositivos do Código de Águas foram derrogados pelas legislações posteriores, entre elas a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997).

A Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, disciplinou a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, dando execução ao disposto no art. 21, XIX, da Constituição, que atribui à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

A Constituição da República Federativa do Brasil é um marco significativo na mudança de concepção sobre o meio ambiente e sua proteção legal. Ao contrário de muitos aspectos inovadores da Carta que ainda não foram regulamentados, as águas estão tuteladas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, sendo que essa legislação não é antagônica à Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (BRASIL. Lei nº 6.938, 1981), ao contrário, ambas são complementares. É justamente essa interpretação da complementaridade que pode ser utilizada para melhor proteger os recursos hídricos enquanto bem ambiental.

Os princípios gerais da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) estão estabelecidos no artigo 1º e seus incisos da Lei nº 9.433/97. Para Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 434), "o principal aspecto que pode ser compreendido destes princípios é que a nova concepção legal busca encerrar com a verdadeira apropriação privada e graciosa dos recursos hídricos". O autor cita o exemplo da agricultura e da indústria como sendo os grandes usuários dos recursos hídricos, auferindo vantagens e dividendos com a utilização desses recursos naturais, sem pagar qualquer quantia pela atividade. E acrescenta, "que a recuperação e manutenção das boas condições sanitárias e ambientais dos recursos hídricos é um encargo de toda a sociedade que, com os impostos, subsidia de forma inaceitável diversas atividades privadas" (ANTUNES, 2002, p. 434).

A Política Nacional de Recursos Hídricos possui instrumentos capazes de torná-la exequível, dentre eles, a outorga dos direitos de uso, os planos e a cobrança pelo uso da água. Esses instrumentos estão previstos no artigo 5º e incisos da Lei 9.433/97.

A outorga de direitos de uso de recursos hídricos é considerada pelo autor Edis Milaré o mais importante dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, "visto que é através da outorga dos direitos de uso que ela será efetivamente implantada" (2001, p. 396).

O Estado, por meio da outorga, passa a ter controle sobre a captação e o lançamento de efluentes nos corpos d'água. O art. 11 da Lei nº 9.433/97 estabelece que: "Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água" (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997).

A outorga deverá ser solicitada à entidade de direito público que tenha a titularidade do corpo hídrico, sendo que se efetivará por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal, por prazo não excedente a trinta e cinco anos, podendo ser renovável, conforme artigos 14 e 16 da Lei 9.433/97.

A cobrança pelo uso da água, prevista nos artigos 19 a 22 da lei 9.433/97, está inserida dentro de um princípio geral do Direito Ambiental que impõe o pagamento dos custos àquele que, potencialmente, auferir lucros com a utilização dos recursos ambientais.

A Lei 9.433/97, no Título II, a partir do artigo 32, dispõe sobre o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, objetivando coordenar a gestão integrada das águas; arbitrar administrativamente os conflitos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos e, por fim, implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Esse Sistema, integrado pelas entidades elencadas no art. 33 e incisos, analogamente ao que ocorre com o Sistema Nacional do Meio Ambiente, é nacional e não federal. Por isso, é integrado por órgãos dos três níveis de poder, pelos Conselhos Estaduais e pelos Comitês de Bacia, quer federais, quer estaduais (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997).

Os Comitês de Bacia Hidrográfica, com fundamentação legal nos artigos 37 a 40 da Lei nº 9.433/97, funcionam como se fossem os parlamentos das correspondentes bacias, onde serão tomadas as principais decisões políticas sobre a utilização das águas.

Portanto, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433/97, explicita a importância das águas para a vida, consagrando a concepção do Direito Público em substituição à ótica do Direito Privado que favorecia interesses individuais ou particulares, em detrimento do bem coletivo.

Várias são as normas brasileiras de proteção às águas, pois, além do Código de Águas, das disposições constitucionais e da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, há leis, decretos, resoluções e regulamentos.

2 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO BEM AMBIENTAL ÁGUA POTÁVEL

Terminológica ou semanticamente, a palavra ‘bem’ apresenta variados significados. ‘Bem’ pode ser conceituado como tudo quanto seja capaz de proporcionar ao homem uma satisfação, ou representa aquilo que pode ter certa serventia ou proveito e, ainda, na concepção patrimonial, aproxima-se do conceito de coisa suscetível de valoração.

Bem e coisa não se confundem. Entre juristas há quem defenda que o primeiro é gênero e o segundo é espécie, com essa posição doutrinária pode ser citado Orlando Gomes (2004). Nesse sentido a noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto que a coisa restringe-se às utilidades patrimoniais. Para outros autores, como Silvio Rodrigues (1994) e Miguel Maria de Serpa Lopes (1971), bem é espécie do gênero

coisa. Essa corrente teórica defende que somente as coisas que possuem algum valor é que podem ser chamadas de ‘bens.

Independentemente da polêmica acerca da diferenciação entre bens e coisas, o importante é que o direito alberga a noção de ‘bem’, como coisa dotada de valor econômico ou moral, passível de constituir-se em objeto de uma relação jurídica.

Assim, os bens ambientais juridicamente considerados podem ser tanto os bens materiais ou corpóreos: (água, rios, florestas), quanto os bens imateriais ou incorpóreos (ambiente de trabalho, ambiente de convivência, paisagem e outros bens do ambiente cultural, etc.). Os bens ambientais corpóreos podem ser classificados em imóveis e móveis.

No direito brasileiro os bens ambientais tradicionalmente receberam tratamento do regime de direito público, basta ver o tratamento dado aos diversos bens ambientais nas legislações específicas de tutela ou gestão de tais bens. Nesse sentido, pode-se citar os Códigos Florestais de 1934 (BRASIL. Decreto nº 23.793/1934), de 1965 (BRASIL. Lei nº 4.771/1965) e de 2012 (BRASIL. Lei nº 12.651/2012); as legislações de proteção aos animais (BRASIL. Decreto nº 24.645/1934) e (BRASIL. Lei nº 5.197/1967); a tutela dos recursos hídricos (BRASIL. Lei nº 9.433/1997).

Quanto a definição de bem ambiental, são poucos os autores que tentam produzir um conceito com validade universal, principalmente, pela necessidade de considerar o sistema jurídico adotado pelo Estado e as classificações quanto ao domínio e quanto a propriedade sobre tais bens. Quanto ao titular do domínio, tradicionalmente no Brasil e em Portugal, os bens foram classificados como sendo de particulares (privados) ou públicos (sob domínio do Estado). O direito brasileiro até o advento da Constituição de 1988, filiando-se ao direito lusitano, também exprimiu a ideia de bens públicos, em contraste com a ideia de bens privados. Essa classificação se distinguia da adotada pelos romanos que, em correspondência com a classificação geral das coisas, utilizaram uma classificação tripartida dos bens, agrupando-as em três grandes categorias: comuns, públicos e particulares, sendo que os bens comuns eram aqueles reputados insusceptíveis de apropriação por parte do Estado ou dos particulares, não tinham dono (*res communis*), mas, sendo essenciais à vida humana, todos podiam usar livremente.

A partir da Constituição de 1988, nova interpretação tem sido usada na definição de bem ambiental. Nesse sentido, José Afonso da Silva (1995, p. 56) entende que os bens ambientais não são nem bens públicos e nem bens privados. Utiliza o termo bens de interesse público e admite, ainda, a natureza transindividual de tais bens. No mesmo sentido é a posição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2001) que tem o entendimento de que qualquer bem

ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados.

A Constituição brasileira de 1988, no art. 225, "formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados" (FIORILLO, 2000, p. 85-86). Depois de séculos e séculos de história, quando já se formulava que a estrutura do Direito positivo é baseada no Direito público e no Direito privado, o Direito Constitucional brasileiro criou um terceiro bem, denominado "bem ambiental" (FIORILLO, 1999, p. 163).

Para essa corrente doutrinária, uma das características do "bem ambiental" é a de que esse é um bem ao qual as pessoas não se atrelam por meio do instituto da propriedade. A propriedade é baseada na ideia de usar, gozar, fruir e fazer o que se bem entende, ideia essa que não é possível aplicar ao 'bem ambiental', tanto pelo agente público, como pelo particular. Portanto, o legislador, quando definiu na Constituição o bem ambiental como de uso comum do povo, estabeleceu um bem que não tem estrutura de propriedade. Ele desatrelou um dos requisitos do instituto da propriedade, que é o uso, para vinculá-lo ao bem ambiental, estabelecendo, também, que o povo tem possibilidade de utilizá-lo, mas jamais de fazer dele uma estrutura de propriedade (FIORILLO, 1999, p. 163). Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou o bem difuso, vê-se o fim da dicotomia do bem público e privado. Outrora, os bens, se não privados, amparados paternalisticamente pelo Código Civil, seriam públicos.

No entanto, essa posição doutrinária é minoritária, sendo que prepondera a defesa de ser o bem ambiental, quando de domínio público, espécie 'de uso comum do povo' do gênero 'bem público'. Essa posição doutrinária que prevalece está em sintonia com o estabelecido no ordenamento jurídico tradicional. Assim, no Código Civil brasileiro de 2002, conforme prevê o seu artigo 99, os bens públicos são divididos em três categorias: I- os *bens de uso comum do povo*, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II- os *bens de uso especial*, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III- os *bens dominicais*, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (BRASIL. Lei nº 10.406, 2002).

Assim, considerando que estamos inseridos numa "sociedade de risco", com as características apontadas por Ulrich Beck (1992), é necessário pensarmos em um novo tratamento jurídico aos bens ambientais, notadamente uma qualificação jurídica de bens que

têm como destinatários não só a coletividade da presente geração como a da futura. Assim, os bens ambientais não devem integrar, por via de consequência, o patrimônio do Estado e muito menos o patrimônio dos particulares; portanto, o Estado não deve atuar como proprietário desses bens, mas diversamente, como simples administrador, em gestão compartilhada com a comunidade, de um 'patrimônio' que pertence à coletividade no presente, e que deve ser transferido às gerações do futuro (MIRRA, 1995).

Para fins de compreensão clara desse tema, é mister que a definição de bens ambientais também seja alargada, no sentido de que compreenda não só os bens naturais (exemplificativamente: água, ar, solo, fauna e flora) mas também os chamados bens artificiais ou humanos como: patrimônio histórico e cultural, ambiente urbano, habitat, etc.). Nesse sentido, é relevante para a compreensão da definição de bens ambientais a classificação de Perez Luño (2003, p. 484). Ele inclui os bens ambientais como pertencentes ao meio ambiente natural ou aberto – integrado pela biosfera – e ao meio ambiente fechado – construído pelo homem desde as origens da civilização para proteger-se, para trabalhar ou divertir-se. Da mesma forma é também relevante a posição doutrinária de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007) ao apontar que constituição consagra uma visão unitária de ambiente, portanto, contempla todas as espécies de bens ambientais.

Outra definição a ser considerada é a proposta por Maria Luíza Machado Granziera (2009, p. 10-11) que ao responder a pergunta: "o que são afinal os bens ambientais?", menciona a definição constitucional prevista no artigo 225 da Constituição Brasileira que qualifica o meio ambiente como 'bem de uso comum do povo', alertando que o macrobem 'meio ambiente' é de uso comum do povo, portanto, a fruição, gozo ou proveito desse macrobem deve ser garantido a todos, no entanto, para a autora, os microbens (componentes do macrobem) possuem regimes de domínio que variam entre o público e o particular. Nessa proposição de Granziera é necessário acrescentar que determinados bens ambientais, aqueles que são essenciais para a coletividade, pela importância e relevância para a comunidade, devem ser afastados do domínio particular e do domínio público puramente estatal para ser incorporado ao domínio público da comunidade. Portanto, há bens ambientais, como as águas e outros bens essenciais à coletividade, que devem ser alçados à condição de bens comuns, geridos pelo Estado sob o controle direto da própria comunidade.

Assim, bem ambiental é microbem integrante do macrobem 'meio ambiente', passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas ambientais, bem juridicamente protegido que visa a assegurar um interesse individual ou transindividual e, ainda, transgeracional, de que

sejam titulares todos e cada um (do presente e do futuro), na maior medida possível, sob o domínio público da comunidade e gerido como um bem comum.

Portanto, essa definição de bem ambiental é importante que esteja presente, de forma permanente, em toda e qualquer interpretação de normas que tutelem os bens ambientais, notadamente a água potável. Eis que a água se reveste de fundamental importância por ser um bem ambiental por excelência, ameaçado de escassez ou já escasso em vários lugares. Ademais, essa definição de bem ambiental deve, também, ser uma das diretrizes paradigmáticas na proteção das águas.

3 NOVOS PARADIGMAS PARA A PROTEÇÃO DAS ÁGUAS

Nesse sentido, é urgente revisar a legislação brasileira de tutela das águas para incorporar essa visão de que os bens ambientais não podem permanecer nessa dicotomia entre o domínio público (estatal) e privado. Essa revisão pode passar pela Constituição com a inclusão de norma que estipule ser a água um bem ambiental comum que deve ser protegido pelo Estado e gerido pela própria comunidade, como foi efetuado em algumas constituições da América do Sul, precisamente, nas constituições do Uruguai, Equador e Bolívia.

A Constituição Uruguaia, por força de Emenda Constitucional de 2004, além de caracterizar o direito de acesso à água e de acesso ao saneamento básico à categoria de direito humano fundamental, definiu que a água é um recurso natural essencial para a vida e que o abastecimento de água à população deve ser a prioridade da política de gestão e que as águas subterrâneas assim como as superficiais constituem um recurso unitário subordinado ao interesse geral. O artigo 47, 1, b[1], da Constituição Uruguaia prevê a política de gestão das águas, determinando que o planejamento, gestão e controle dos recursos hídricos terão como unidades básicas as bacias hidrográficas e deverão ser efetuados com a participação da sociedade (URUGUAI. Constituição do Uruguai, 1967).

Essa decisão de constitucionalização formal do Regime Jurídico das águas foi respaldada por consulta plebiscitária realizada no ano de 2004, que habilitou a reforma da Constituição para declarar a água como bem público e proibir a privatização de serviços de distribuição e saneamento. Sobre o plebiscito Eduardo Galeano, em entrevista à Folha de São

[1] Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47, 1, b: "La política nacional de aguas y saneamiento estará basada em: la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas".

Paulo, assim se manifestou: "O Uruguai é o único país que submeteu a plebiscito a questão da água. E 65% da população votaram pela água como um direito de todos, inalienável e sagrado, contra aqueles que querem convertê-la em um negócio de poucos".[2] Pouco depois dessa decisão, foram canceladas as concessões das empresas Águas da Costa, da espanhola Águas de Barcelona (filial da Suez) e Uraguá (subsidiária, por sua vez, da Águas de Bilbao) que controlavam o serviço de abastecimento no departamento de Maldonado. Entretanto, as companhias recorreram ao Centro Internacional de Acerto de Diferença de Investimentos (CIADI), do Banco Mundial, para conseguir ressarcimentos.

A partir da constitucionalização efetuada no Uruguai vários Estados na América Latina efetuaram mudanças nos textos constitucionais, por meio de emendas ou novas constituições, para reconhecer de forma expressa a tutela constitucional ao bem ambiental comum água potável (PES, 2016).

Nesse contexto é que a nova Constituição do Equador de 2008 avançou substancialmente nessa matéria em relação à constituição anterior de 1998. Definiu que o bem ambiental água é patrimônio nacional de uso público, inalienável, imprescritível, não embargável e essencial para a vida. Estabeleceu no artigo 3º, 1[3], a garantia do efetivo gozo do direito à água para os seus habitantes como dever primordial do Estado. No artigo 12[4], definiu o direito à água como um direito humano, fundamental e irrenunciável. São vários os artigos da Constituição referendada pelo povo do Equador em 2008 que fazem referência ao direito à água, dentre os artigos que se relacionam diretamente as águas estão: 15, 32, 66, 411, 412 e 413. (EQUADOR, Constituição do Equador, 2008).

Nesse mesmo sentido, a nova Constituição da Bolívia, aprovada mediante consulta popular em 25 de janeiro de 2009, estabeleceu os direitos e obrigações em matéria ambiental, definindo os recursos ambientais como propriedade do povo boliviano. No preâmbulo[5] da Nova

---

[2] GALEANO, Eduardo. Entrevista ao jornalista Marcelo Ninio, Caderno Mundo, do Jornal Folha de São Paulo do dia 01.03.2005.

[3] Constituição do Equador: "Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (...)". Disponível em < http://www.presidencia.gob.ec>. Acesso em 07 fev. 2012.

[4] Constituição do Equador: "Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida".

[5] Preâmbulo na Nova Constituição da Bolívia "Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos". Disponível em <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>. Acesso em 03 fev. 2012.

Constituição Política do Estado está definido que a Bolívia é um Estado que se baseia no respeito e igualdade entre todos, com princípios definidos, onde deve predominar a busca do 'bem viver', com respeito à pluralidade económica, social, jurídica, política e cultural dos seus habitantes, na convivência coletiva com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos. (BOLÍVIA. Constituição da Bolívia, 2009).

Os artigos 373 a 377 do capítulo V, denominado "recursos hidricos", do Título II "Medio Ambiente, Recursos naturales, Tierra e Território", da IV Parte, entitulada "estructura y Organización Económica del Estado", da Nova Constituição Política do Estado, dispõem sobre princípios, gestão, titularidade e demais regras aplicáveis às águas. No artigo 374, I[6], estipula-se que o Estado protegerá e garantirá o uso prioritário da água para a vida, reforçando que é dever do Estado gerir, regular, proteger e planejar o uso adequado e sustentável dos recursos hídricos, com participação popular, garantindo o acesso à água para todos os habitantes da Bolívia, mediante condições e limitações estabelecidas por lei. (BOLÍVIA. Constituição da Bolívia, 2009).

Portanto, o tratamento constitucional que as águas estão recebendo de alguns países da América do Sul podem servir como parâmetro para que se adote alterações no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de efetuar uma proteção jurídica eficaz a esse importante bem ambiental, notadamente, quanto a gestão para evitar a gestão tradicional que já demonstrou não ser a mais eficaz na sua proteção e, principalmente, a caracterização da água como um bem ambiental comum.

Na opinião da francesa Véronique Inserguet-Brisset (1994, p. 249), a propriedade pública sobre os bens ambientais deve ser repensada, vez que os bens ambientais não podem ter um controle exclusivo, seja ele público ou privado, pois o verdadeiro titular do patrimônio ambiental é a própria comunidade, é necessário organizar o uso comum antes que o bem se esgote. Para a autora, a solidariedade necessária à proteção do meio ambiente se impõe em diversos níveis: tanto no plano internacional quanto no plano nacional é preciso reconhecer que há uma defasagem entre o ordenamento jurídico tradicional e a necessária proteção dos bens ambientais.

Com essa preocupação quanto à gestão, indubitavelmente, no tocante a legislação infraconstitucional brasileira, a principal questão a ser revista diz respeito à aplicabilidade das

[6] Constituição da Bolívia: "Art. 374, I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos".

normas de gestão e tutela das águas. É necessário aplicar as normas de proteção aos bens ambientais a partir de um novo paradigma que considere o conceito de bem ambiental diferenciado do até hoje adotado. Portanto, o bem ambiental água não deve ser tratado como um bem estatal e nem como um bem privado, deve ser tratado como um bem ambiental sob o domínio público da comunidade e gerido como um bem comum.

Assim, a principal lei de gestão e proteção das águas no Brasil, a Lei nº 9.433/97, deve ser alterada para incluir normas condizentes com esse novo paradigma de bem ambiental comum. A iniciar pelos fundamentos previstos no artigo 1º, para explicitar quanto a dominialidade, prevista no inciso I, que a água além de ser um bem de domínio público, também é um bem ambiental de uso comum do povo que deve ser gerido e controlado pela própria comunidade.

Outro fundamento que necessita ser alterado é aquele que institui a gestão dos recursos hídricos descentralizada e com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, inciso VI do artigo 1º (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997). É necessário acrescentar que além da gestão descentralizada das águas é preciso a participação da comunidade nas decisões sobre quaisquer espécie de autorização ou outorga para o uso das águas, por ser esse um bem de uso comum do povo. Nesse sentido, a outorga do uso das águas não deve permanecer apenas como uma atribuição do órgão governamental, conforme previsto na Lei n. 9.433/1997, no artigo 14, assim expresso: "A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal" (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997).

Algumas consequências da conceituação da água como bem de uso comum do povo são apontadas por Paulo Affonso Leme Machado: a) o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa, física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; b) o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; c) o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado; d) a concessão ou autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público (MACHADO, 2002, p. 25).

Quanto às consequências apontadas, é necessário acrescentar uma pequena alteração para incluir a necessidade de deliberação de órgão colegiado, composto por integrantes da comunidade e de integrantes indicados pelos órgãos da administração pública, em qualquer tipo de outorga do uso da água. Essa alteração requer mudança na legislação para incluir novas competências aos comitês de bacia que hoje são competentes apenas para atos de gestão dos recursos hídricos visando diretamente a sua proteção. Assim, é necessário que a proteção às

águas seja descentralizada e democratizada, com a participação dos principais interessados pela sua preservação, que á a própria comunidade.

Inegavelmente a consequência principal da caracterização da água como bem ambiental comum poderá ser a garantia de que o acesso à água potável deve ser um direito protegido pelo Estado para que todos possam exercer esse direito, acessando água de qualidade e em quantidade adequada. Nesse sentido, o conteúdo disposto no artigo 11 da Lei 9.433/1997 (Lei das águas) poderá ter real eficácia: "O regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água" (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997).

Outro dispositivo da Lei das águas que deve ser efetivo é o que estipula o uso prioritário das águas. Está previsto no artigo 1º, inciso III da Lei 9.433/1997, e menciona que em situação de escassez o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais. Portanto, ocorrendo escassez caberá ao órgão gestor, frisa-se mais uma vez, que não é simplesmente o órgão do Poder Público, mencionado no artigo 14, da Lei das àguas, mas sim o órgão colegiado responsável pela outorga dos direitos de uso da água, que deverá suspender, no mínimo parcialmente, as autorizações que prejudiquem o consumo humano, tudo conforme previsão do artigo 15, inciso V, da Lei 9.433/1997. Dessa forma, fica claro como é importante reconhecer a água como bem de domínio público comunitário e bem ambiental comum.

Por fim, é importante ressaltar uma discussão que vem sendo feita concomitantemente com o debate sobre o "risco da escassez" diz respeito ao que representará ter acesso à água dentro de alguns anos e quem serão os agentes responsáveis pelo seu gerenciamento. Estudos da ONU já projetavam, no início do século, que em 2025 dois terços da população do planeta não terão água apropriada para o consumo humano (REVISTA VITALLE, 2001, p. 10). Na atual conjuntura, em que prepondera a visão dos grupos de interesses mais fortes e estruturados, principalmente as grandes empresas internacionais de saneamento e abastecimento, a definição da água, como bem ambiental ou como mercadoria, está em constante disputa. Portanto, para que a água potável seja efetivamente tutelada é necessário aplicar a legislação de gestão e proteção dos recursos hídricos a partir da interpretação de que, inegavelmente, trata-se de um bem ambiental comum, que não admite a apropriação, seja pública ou privada, nesse sentido, é bem ambiental comum e não mercadoria.

CONCLUSÃO

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se o tratamento que o meio ambiente e as águas receberam do constituinte, desde a definição do direito ao ambiente saudável como direito fundamental até a divisão de competências entre os entes federados quanto ao domínio sobre as águas.

A legislação brasileira de tutela das águas é similar a legislação tradicional de proteção de outros bens ambientais, justificando-se tal proteção jurídica pela preocupante situação na qual se encontra nosso país que tem regiões metropolitanas cercadas por mananciais que, mesmo assim, vêm sofrendo com a escassez de água, decorrente da diminuição da sua qualidade. Inúmeras são as normas brasileiras de proteção às águas, pois, além das disposições constitucionais e da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, há outras normas, como decretos, resoluções e regulamentos sobre esse tema.

Contudo, verifica-se que toda essa legislação e a quantidade de normas existentes não tem sido impeditivo para que as águas sejam assustadoramente degradadas e que significativa parcela da população não tenha garantido o direito de acesso à água potável para suprir as suas necessidades.

Nesse sentido, o objetivo traçado neste artigo foi o de verificar se a proteção dos recursos hídricos, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é suficiente para tutelar esse importante bem ambiental, considerando a relevância fundamental das águas e o significado de alguns conceitos jurídicos.

Nesse sentido, é relevante a posição doutrinária que tem o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados. Para essa corrente doutrinária, uma das características do ‘bem ambiental’ é a de que esse é um bem ao qual as pessoas não se atrelam por meio do instituto da propriedade. Assim, para esses doutrinadores, o legislador, quando definiu na Constituição o bem ambiental como de uso comum do povo, estabeleceu um bem que não tem estrutura de propriedade e desatrelou um dos requisitos do instituto da propriedade, que é o uso, para vinculá-lo ao bem ambiental, estabelecendo, também, que o povo tem possibilidade de utilizá-lo, mas jamais de fazer dele uma estrutura de propriedade.

A conclusão principal é de que novos paradigmas devem ser adotados para que a proteção às águas seja efetiva. Além da caracterização da água como bem ambiental comum, é necessário a inclusão de texto expresso na Constituição que garanta a gestão e o domínio das águas pela própria comunidade. Ademais, além da alteração da lei dos recursos hídricos é necessário aplicar a legislação de gestão e proteção das águas a partir da interpretação de que,

inegavelmente, trata-se de um bem ambiental comum, que não admite a apropriação, seja pública ou privada, e que o domínio público e a gestão desse bem estejam sob o controle da comunidade.

Portanto, é necessário revisar a legislação brasileira de tutela das águas para incorporar essa visão de que os bens ambientais não podem permanecer nessa dicotomia entre o domínio público (estatal) e privado. Essa revisão pode passar pela Constituição com a inclusão de normas expressas que instituam a gestão comunitária compartilhada das águas e a caracterização da água como um bem ambiental comum com a finalidade de que seja efetuada uma proteção jurídica eficaz, a exemplo do que já dispõem algumas constituições da América do Sul.

Assim, pela importância que tem a água potável e por ser um bem ambiental, 'bem' que deve ser protegido pelo direito para assegurar os interesses e carências das atuais e futuras gerações, ela deve ser tratada como um bem ambiental comum, frise-se das gerações do hoje e do amanhã. Por fim, por ser um bem ambiental passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas, notadamente, de direito subjetivo, tais como o de acesso à água e a um ambiente ecologicamente equilibrado, deve ser afastado do domínio particular e do domínio público puramente estatal para ser incorporado ao domínio público da comunidade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

BOLIVIA. *Constituição da Bolívia de 2009*. Disponível em <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>. Acesso em 03 fev.2016.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2016.

_____. *Decreto nº 5.440 de 4 de maio de* 2005. Estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5440.htm>. Acesso 27 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>. Acesso em 27 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 31 jul. 2016.

_____. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2016.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 dez. 2016.

_____. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2016.

_____. *Lei nº 5.197*, de 03 de janeiro de 1967**.** Dispõe sobre a proteção à fauna. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm>. Acesso em 25 jul. 2016.

_____. *Lei nº 4.771*, de 15 de setembro de 1965**.** Institui o novo Código Florestal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em 25 jul. 2016.

BECK, Ulrich. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa – anotada. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

EQUADOR. *Constituição do Equador de 2008*. Disponível em <http://www.presidencia.gob.ec>. Acesso em 07 fev. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito ambiental internacional e biodiversidade*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 8, mai./ago. 1999.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª edição, Forense, 2004.

GRAF, Ana Claudia Bento. *A tutela dos estados sobre as águas*. in FREITAS, Vladimir Passos de.(Org.). Águas – aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2000.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental.* São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo: Ed. Ícone, 1993.

INSERGUET-BRISSET, Véronique . "Une Nouvelle Notion de Propriété Publique Environnementale". in : Proprieté Publique et Environnement . Paris : LGDJ, 1994.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Volume I. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1971.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.) Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PES, João Hélio Ferreira. *O Direito Fundamental de acesso à água no Brasil e no Uruguai. In* MORAES, Daniela Marques De; LABONARSKI, Jaime Ruben Sapolinski. Direitos e garantias fundamentais II. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/v2zhni84/aUIEc25WsT981Qdy.pdf>. Acesso em 25 fev. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 21 ed.. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

URUGUAI. *Constituição do Uruguai de 1967*. Disponível em <http://uruguay.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-uruguay/>. Acesso em 02 fev. 2016.