

# COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E DOMÍNIO HÍDRICO

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER\*

## 1 Introdução

Tanto o excesso quanto a falta de desenvolvimento geram degradação ambiental, o que inclui a degradação dos recursos hídricos. Nos países de Primeiro Mundo, onde a industrialização gerou desenvolvimento econômico, esse desenvolvimento foi ambientalmente insustentável, de acordo com nossa percepção atual<sup>1</sup>. Por outro lado, como as necessidades humanas são consumidoras de recursos naturais, quanto maior a população, maior o uso da natureza, e quanto maior o grau de desenvolvimento de uma sociedade, maior o grau de consumo *per capita* de recursos naturais, ainda que produzidos por outras sociedades. Entretanto, muito embora a maior parte dos problemas ambientais resulte do mau desenvolvimento empreendido pelo países hoje industrializados, e não da falta de desenvolvimento, não há dúvida de que a explosão demográfica imprime importante pressão sobre o meio ambiente e de que a miséria também gera degradação<sup>2</sup>.

Em relação aos recursos hídricos, a situação não é diferente. Um bilhão de pessoas não dispõem de água potável, e quase o dobro, 1,8 bilhão, não têm acesso a saneamento básico, ocorrendo, anualmente, cinco milhões de mortes por falta de higiene ou má qualidade da água, sendo que 90% da água utilizada nos países em desenvolvimento é devolvida à natureza sem ser tratada<sup>3</sup>. Na América Latina, somente 2% de todo o esgoto produzido passa por algum tipo de tratamento e os mananciais do mundo recebem dois milhões de toneladas de esgoto todos os dias<sup>4</sup>.

---

\* Márcia Dieguez Leuzinger é Procuradora do Estado do Paraná, mestre em Direito e Estado e doutoranda em Gestão Ambiental pela Universidade de Brasília (UnB), professora da graduação e da pós-graduação de Direito Ambiental e de Direito Administrativo do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

<sup>1</sup> BURSZTYN, Marcel. Políticas públicas para o desenvolvimento (sustentável). In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *A difícil sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2001. p. 62.

<sup>2</sup> BURSZTYN, Marcel. Armadilhas do progresso: contradições entre economia e ecologia. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília: Relume-Dumará, v. 10, n. 1, p. 97-124, jan./jun. 1995.

<sup>3</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 52.

<sup>4</sup> Água: questão de sobrevivência. *Jornal AmbienteBrasil*. Disponível em: <[www.ambientebrasil.com.br](http://www.ambientebrasil.com.br)>. Acesso em: 13 abr. 2004. Fonte: *Como cuidar de nossa água*. São Paulo: BEI, 2003. (Coleção Entenda e Aprenda).

Diante desse quadro, uma ampla discussão sobre a matéria torna-se imprescindível, na medida em que a água é um recurso essencial à vida e, ainda assim, vem sofrendo constante e crescente agressão, em virtude da pressão que as diferentes atividades humanas exercem sobre ela.

## 2 Domínio hídrico

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 declara terem todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito fundamental de 3ª geração ou direito difuso), bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Entretanto, essa expressão “bem de uso comum do povo” não pode ser compreendida na acepção que lhe empresta o Direito Administrativo, ao menos não em relação a todos os bens ambientais, devendo ser entendida como sendo o meio ambiente um patrimônio de interesse público, seja qual for o regime jurídico a que estejam sujeitos os bens jurídicos ambientais que o compõem<sup>5</sup>.

Em relação aos recursos hídricos, no entanto, pode-se falar em bem de uso comum do povo, na medida em que toda a água, hoje, no Brasil, foi transformada em bem de domínio público, nos termos do inciso I do art. 1º da Lei n. 9.433/97 e da CF/88, que repartiu a água entre União e Estados-Membros (arts. 20, III, e 26, I).

E, além de ser um bem público, com as características gerais de inalienabilidade (a outorga relaciona-se com direito de uso apenas<sup>6</sup>), impenhorabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de oneração, os recursos hídricos possuem as características inerentes à categoria dos bens públicos classificados como de uso comum do povo, que seriam o uso geral, igual para todos, sem distinção de cunho pessoal, embora sujeito ao poder de polícia do Estado (outorgas do direito de uso e licenciamento ambiental), não descaracterizando essa condição a cobrança pelo seu uso<sup>7</sup>.

Nas lições de Paulo Affonso Leme Machado,

“a água, como bem de uso comum do povo: não pode ser apropriada por uma só pessoa, física ou jurídica, com exclusão absoluta de outros usuários em potencial; o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado; e a concessão ou autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público”<sup>8</sup>.

Por outro lado, deve-se observar que o direito de acesso à água para atender às necessidades básicas do ser humano é um direito fundamental, diretamente ligado ao direito à vida. Negar ao ser humano o direito à água é o mesmo que condená-lo à morte. Por isso, já prevê a Lei n. 9.433/97, em seu art. 12, § 1º, II, que as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes independem de outorga do Poder Público e, conseqüentemente, de cobrança<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Nas lições de José Afonso da Silva, os bens ambientais são bens de interesse público, sujeitos a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública (*Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros. p. 56).

<sup>6</sup> GRAF, op. cit., p. 56.

<sup>7</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas*: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001. p. 94.

<sup>8</sup> LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Recursos hídricos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p. 13.

E justamente por ser o direito de acesso à água um direito fundamental, não se pode compreender o domínio da União e dos Estados como direito de propriedade nos moldes do Código Civil, ou seja, direito de usar, gozar e dispor como bem entender o proprietário, mas sim como um dever-poder de gestão dos recursos hídricos para que sejam atendidas as necessidades da população. Possuem essas entidades estatais, na verdade, responsabilidade pela guarda e gestão dos recursos hídricos. Domínio hídrico significa, assim, ser esse bem administrado pelo Estado, no interesse coletivo. Não se incluem, portanto, os recursos hídricos entre os bens dominiais, ou seja, entre aqueles bens que integram o patrimônio privado das entidades públicas, na medida em que sua principal característica é a inalienabilidade. E, registre-se, a outorga de direito de uso e conseqüente cobrança não significam alienação parcial, mas tão-somente direito de usar o bem, não sendo admitida sua venda<sup>10</sup>.

Como toda a água foi transformada em bem de domínio público, uma vez que a Lei n. 9.433/97 não faz qualquer ressalva, algumas situações específicas merecem maiores considerações, como as águas pluviais, as nascentes situadas em propriedades privadas e as águas subterrâneas.

## **2.1 Águas pluviais**

Embora, em geral, a utilização da água, por se tratar de bem público, esteja sujeita à outorga e à cobrança (instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos), as águas pluviais, ou seja, as que procedem imediatamente das chuvas, não foram incluídas, pela Lei n. 9.433/97, entre aquelas cujo uso está sujeito a outorga, pois o art. 12, I, trata apenas de corpos d'água. Por isso, o proprietário do prédio onde caírem as águas das chuvas pode delas se utilizar, sem que haja a necessidade de ato administrativo específico<sup>11</sup>. Entretanto, por se tratar de bem público, havendo disposição legal em contrário, valerá esta.

## **2.2 Nascentes**

As nascentes localizadas em áreas privadas, apesar de serem públicas, poderão ser utilizadas por seus proprietários com a finalidade de consumo humano e dessedentação de animais, sem que haja necessidade de ato formal do Poder Público, na medida em que as derivações e captações insignificantes, a serem especificadas em regulamento, prescindem de prévia outorga<sup>12</sup>.

## **2.3 Águas subterrâneas**

No Brasil, mais da metade da água de abastecimento público provém de reservas subterrâneas, sendo o Estado de São Paulo o que mais utiliza esse recurso, que abastece grande parte da população rural, 90% das indústrias e 65% da população urbana<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 26. Ver também art. 18 da Lei n. 9.433/97.

<sup>11</sup> GRANZIERA, *op. cit.*, p. 91.

<sup>12</sup> LEME MACHADO, *op. cit.*, p. 27.

<sup>13</sup> SILVA, Solange Teles da. Aspectos jurídicos da proteção das águas subterrâneas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, p. 157, out./dez. 2003.

Um problema grave em relação a essas águas é a perfuração indiscriminada de poços por particulares. A estimativa, hoje, no Brasil, é de que existam mais de um milhão de poços, sendo boa parte deles clandestinos, sem controle pelo Poder Público e, muitas vezes, sem utilização de tecnologia apropriada, o que pode gerar contaminação. Muito embora o estado não possa impedir a captação de água subterrânea para suprir as necessidades básicas do ser humano, tendo em vista seu direito fundamental de acesso à água, deve regular a perfuração de poços e a utilização das águas deles provenientes<sup>14</sup>.

E, nos termos do art. 26, I, da CF/88, as águas subterrâneas pertencem aos Estados-Membros, o que pode gerar problemas em relação aos aquíferos que se estendem por mais de um estado. Alguns autores defendem que, por analogia às águas superficiais, as águas subterrâneas que ultrapassem as divisas de um estado pertencem à União, mas não há, na CF/88, distinção entre águas subterrâneas situadas em apenas uma unidade da federação e aquelas que se estendem por duas ou mais unidades<sup>15</sup>.

Como as águas subterrâneas integram a bacia hidrográfica, fica minimizado o risco de exaustão dos aquíferos em razão de uso autorizado pelos diferentes estados, na medida em que as decisões, no âmbito da gestão descentralizada e por bacia, deverá ocorrer em conjunto, estando as outorgas condicionadas às prioridades estabelecidas nos planos de recursos hídricos. Além disso, lei federal poderá disciplinar a extração desses recursos, por ser federal a competência para legislar sobre águas<sup>16</sup>.

Daí a importância de se entender o sistema de repartição de competências legislativas e materiais, em matéria ambiental.

### **3 Repartição de competências em matéria ambiental<sup>17</sup>**

#### **3.1 Bases do Estado federal**

A forma de Estado é a maneira pela qual é exercido o poder em função do território, classificando-se os Estados, segundo esse critério, em:

- a) *Estados unitários* – apenas um poder central que se estende por todo o território, detendo a totalidade das competências estatais;
- b) *Estados compostos*, que se subdividem em:
  - Confederação
  - União de Estados (real ou pessoal)
  - Federação.

---

<sup>14</sup> Idem, ibidem. Ver também art. 49, V, da Lei n. 9.433/97, que determina constituir infração às normas de utilização dos recursos hídricos “perfurar poços para extração de águas subterrâneas ou operá-los sem a devida autorização”.

<sup>15</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. Sistema jurídico brasileiro de controle de poluição das águas subterrâneas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 23, p. 57, jul./set. 2001.

<sup>16</sup> GRANZIERA, op. cit., p. 82.

<sup>17</sup> Capítulo extraído da obra de minha autoria, *Meio Ambiente, propriedade e repartição constitucional de competências* (São Paulo: ADOAS, 2002).

Em relação aos Estados federais, a unidade da Federação se mantém em virtude da existência de um ordenamento jurídico federal válido em todo território nacional; da repartição de competências; de um poder capaz de solucionar conflitos e da possibilidade de a União intervir nos estados quando houver ameaça à Federação.

### **3.2 Repartição de competências**

As competências que se repartem entre as entidades estatais, e que constituem um dos alicerces do regime federativo, dividem-se em materiais e legislativas, sendo que as formas com que as diferentes Constituições dividem essas competências variam de Estado para Estado. Os principais sistemas constitucionais de repartição de competências existentes podem ser assim resumidos: enumeração taxativa das atribuições da União, cabendo aos Estados-Membros poderes residuais; enumeração taxativa dos poderes das unidades federadas, cabendo à União os remanescentes. O critério utilizado para a atribuição às entidades federativas das diferentes competências reside na aplicação do princípio da predominância de interesses.

O sistema de divisão de competências adotado pela CF/88, que engloba três níveis diferentes de estatalidade (União, estados e municípios), consubstancia-se na enumeração taxativa das competências da União, competência residual ou remanescente dos Estados-Membros e competência para dispor sobre tudo o que for de interesse local aos municípios.

As competências subdividem-se em material, que pode ser exclusiva ou comum, e legislativa, que pode ser exclusiva, privativa, concorrente ou suplementar.

### **3.3 Competência legislativa em matéria ambiental**

Especificamente em relação às questões afetas ao meio ambiente, a competência legislativa vem delimitada, basicamente, no art. 24 da Constituição Federal, em especial nos incisos I, VI, VII e VIII. A competência para legislar sobre a maior parte das matérias ambientais é, portanto, concorrente, cabendo à União a edição de normas gerais, principiológicas, e aos Estados-Membros a de normas específicas, suplementando a legislação federal.

Quanto aos municípios, muito embora não lhes tenha sido atribuído poder para legislar sobre as matérias elencadas no art. 24, poderão editar normas sobre as questões cuja competência seja concorrente, desde que de forma supletiva, para atender a interesses locais, e desde que respeitadas as normas federais e estaduais existentes, nos termos do art. 30, II, da CF/88. Deve-se ressaltar que não se pode confundir competência exclusiva (30, I), relacionada a questões de interesse local que não tenham sido previamente definidas como de competência das demais entidades federativas, e competência concorrente, prevista pelo art. 30, II, da Constituição Federal.

Em relação aos recursos hídricos, entretanto, a competência para legislar sobre “águas” é privativa da União (art. 22, IV, da CF/88).

Desse modo, surge um conflito aparente entre a competência privativa da União para legislar sobre águas e a competência dos Estados-Membros de estabelecer regras administrativas sobre os bens de seu domínio. Todavia, mesmo

não havendo a autorização prevista pelo parágrafo único do art. 22 da CF/88, delegando aos estados poder para legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo, poderão eles estabelecer regras administrativas sobre os bens que se encontrem sob seu domínio, entendido esse termo como guarda e administração<sup>18</sup>, até porque os estados têm o dever de administrar as águas que lhes pertencem, sendo impossível geri-las sem editar normas. Essas normas administrativas (que podem revestir a forma de lei) dizem respeito à utilização, preservação e recuperação do recurso, na qualidade de bem público, pois o titular do domínio tem o poder-dever de administrar o bem e definir sua repartição entre os usuários, cujo uso pode ser gratuito ou oneroso, e de organizar-se administrativamente para tanto<sup>19</sup>.

Ademais, as matérias arroladas no art. 24, VI, VII, VIII e XII, também fundamentam a competência dos estados para legislar sobre recursos hídricos, por estarem estreitamente relacionadas.

Como bem coloca Leme Machado,

“em matéria de águas, a competência privativa (art. 22 CF) e a competência concorrente (art. 24 CF) cruzam-se e permanecem entrelaçadas. Os Estados podem estabelecer, de forma suplementar à competência da União, as normas de emissão dos efluentes lançados nos cursos d’água, visando a controlar a poluição e a defender o recurso natural (art. 24, VI, da CF), mas dependem do que dispuser a lei federal, à qual cabe definir os padrões de qualidade das águas e os critérios de classificação das águas dos rios, lagos e lagoas”<sup>20</sup>.

Quanto aos Municípios, não sendo eles detentores de domínio hídrico, não há que se falar em fixação de regras administrativas sobre gestão de águas<sup>21</sup>.

### **3.4 Competência material**

A competência material, ou seja, o poder para o desempenho de diversas tarefas e serviços, de cunho político, administrativo, econômico e social<sup>22</sup>, divide-se em exclusiva e comum (federalismo cooperativo).

A CF/88, inovando em relação às Constituições anteriores, tratou, em artigos diferentes, da competência legislativa e da competência executiva, e, relativamente a esta última, adotou técnica de repartição semelhante à utilizada para a divisão de competências legislativas, conferindo à União competência exclusiva para atuar em relação às matérias enumeradas no art. 21; aos municípios, competência exclusiva quanto aos temas previstos nos incisos III a IX do art. 30, bem como competência para atuar quando houver interesse local predominante; e, aos Estados-Membros, competência exclusiva para agir sobre tudo o que não for de competência exclusiva da União ou dos municípios; em outras palavras, competência remanescente. No art. 23, elencou a Constituição Federal as matérias cuja competência é comum a todas as entidades federativas.

<sup>18</sup> GRANZIERA, op. cit., p. 68.

<sup>19</sup> POMPEU, Cid Tomanik. Apud GRANZIERA, op. et loc. cit. Observe-se, ainda, que, em matéria de saneamento básico, que inclui o abastecimento de água, estritamente relacionado, por isso, à gestão de recursos hídricos, à União compete somente instituir diretrizes básicas, a serem complementadas pela legislação dos Estados (art. 21, XX, da CF/88). BORGES, Alice Gonzáles. Apud GRANZIERA, op. cit., p. 69.

<sup>20</sup> LEME MACHADO, op. cit., p. 20.

<sup>21</sup> GRANZIERA, op. cit., p. 69.

<sup>22</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 90.

### 3.4.1 Competência material ambiental

Embora a competência para proteger o meio ambiente, de modo geral, e combater a poluição em todas as suas formas seja comum a todas as entidades estatais (art. 23, VI, da CF/88), o que possui reflexos na política de gestão dos recursos hídricos, a competência para instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direito de uso é exclusiva da União (art. 21, XIX, da CF/88).

Quanto aos Municípios, embora não possuam competência para gestão de águas, atuam em áreas correlatas, pois lhes compete organizar e prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos de interesse local (art. 30, V, da CF/88), em que se incluem serviços de saneamento (água, esgoto, lixo). Ademais, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “a quantidade e a qualidade das águas dos rios, ribeirões, riachos, lagos e represas vão depender da implantação da política ambiental e da legislação existentes, com referência especialmente ao ordenamento do território do Município”<sup>23</sup>.



## SUMÁRIO

---

<sup>23</sup> LEME MACHADO, op. cit., p. 20.