



ESTUDO SOBRE A COBRANÇA PELO DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA





ESTUDO SOBRE A COBRANÇA PELO DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Acesse a publicação
pelo QR Code abaixo.





CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade

Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva

Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia

Vacância

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães

Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato

Diretor

Diretoria Jurídica

Cassio Augusto Muniz Borges

Diretor

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta

Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti

Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio

Diretora

Superintendência de Compliance e Integridade

Oswaldo Borges Rego Filho

Superintendente



ESTUDO SOBRE A COBRANÇA PELO DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS



Brasília, 2022



Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA



© 2022. CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Gerencia Executiva de Meio Ambiente e Sustentabilidade - GEMAS

FICHA CATALOGRÁFICA

C748a

Confederação Nacional da Indústria.

Estudo sobre a Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2022.

ISBN: 978-65-86075-80-9

150 p. : il.

1. Recursos Hídricos. 2. Cobrança pelo Uso da Água. I. Título.

CDU: 556.18

CNI

Confederação Nacional da Indústria

Sede

Setor Bancário Norte

Quadra 1 – Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3317-9000

Fax: (61) 3317-9994

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC

Tels.: (61) 3317-9989/3317-9992

sac@cni.org.br



LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 – Evolução da cobrança no país | 32 |
| Figura 2 – Cobrança pelo uso de recursos hídricos no Brasil – bacias interestaduais..... | 33 |

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|--|----|
| Gráfico 1 – Cobrança pelo uso da água | 37 |
| Gráfico 2 – Cobrança pelo uso da água em 2019 | 38 |
| Gráfico 3 – Cobrança pelo uso da água (avaliação por estados) | 39 |
| Gráfico 4 – Volume utilizado de água..... | 40 |
| Gráfico 5 – Número de interferências..... | 48 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|----|
| Tabela 1 – Histórico da implantação da cobrança pelo uso de água no Brasil | 34 |
| Tabela 2 – Valores cobrados pelo uso de água nas bacias interestaduais em 2019, em percentual da participação de cada setor usuário | 36 |
| Tabela 3 – Cobrança pelo uso de água em 2017: origem setorial dos recursos | 38 |





SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| APRESENTAÇÃO..... | 7 |
| 1 GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS..... | 11 |
| 1.1 Regime Jurídico-Constitucional | 11 |
| 1.2 Política Nacional de Recursos Hídricos | 14 |
| 1.3 Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH)..... | 16 |
| 1.4 Implicações da Engenharia Hídrica de Gestão | 20 |
| 1.5 Cobrança pelo uso da água..... | 23 |
| 2 ANÁLISE DE SITUAÇÃO: COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA..... | 31 |
| 2.1 Processo de implantação da cobrança..... | 31 |
| 2.2 Cadastro de usos e usuários e regularização | 47 |
| 2.3 Plano de recursos hídricos e demais instrumentos | 49 |
| 2.4 Mecanismos e Valores da Cobrança..... | 51 |
| 2.5 Comentários sobre a Agência de Bacia e a entidade delegatária | 54 |
| 2.6 Relação entre Órgãos Gestores, Comitês, Agências e o contrato de gestão | 59 |
| 2.7 Tramitação e aplicação do recurso financeiro..... | 60 |
| 2.8 Síntese – Temas e Problemas da Cobrança..... | 64 |
| 3 DOS RECURSOS FINANCEIROS ADVINDOS DA COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA..... | 69 |
| 3.1 Água (bem público): uso e apropriação..... | 69 |
| 3.2 Considerações sobre a natureza jurídica da cobrança pelo uso da água | 75 |
| 3.2.1 Remuneração pelo uso do bem público..... | 75 |
| 3.2.2 Preço público..... | 77 |
| 3.2.3 Críticas à legislação vigente | 81 |
| 3.3 Outros aspectos legais relativos à destinação de recursos financeiros e à arrecadação pelo uso da água | 93 |
| 3.3.1 Analogia com setor elétrico, royalties, participação especial e compensação financeira – observância do princípio da Legalidade | 93 |
| 3.4 Aspectos legais da destinação de recursos públicos e o SINGREH | 94 |
| 3.4.1 Recolhimento da receita | 94 |
| 3.4.2 Preço público com liberdade de destinação | 96 |
| 4 DOS CAMINHOS – APERFEIÇOAMENTO DA COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA E APLICAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS..... | 99 |
| 4.1 Introdução aos caminhos..... | 99 |
| 4.2 Regulamentação da cobrança por Lei | 100 |
| 4.3 Revisão da organização do sistema e dos <i>stakeholders</i> | 101 |
| 4.3 Revisão dos instrumentos basilares | 106 |
| 4.4 Novas fontes de investimento | 107 |
| 5 DOS CAMINHOS – EXPERIÊNCIAS EM DESTAQUE | 109 |
| APÊNDICE A - AVALIAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS COM A COBRANÇA – INDICADORES A SEREM SEGUIDOS EM CONTRATOS DE GESTÃO..... | 113 |
| APÊNDICE B - PROPOSIÇÃO DE INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO DA BACIA E DE INCENTIVOS À PARTICIPAÇÃO DOS USUÁRIOS..... | 125 |





APRESENTAÇÃO

Embora o senso de urgência no que diz respeito à gestão eficiente da água tenha aumentado nos últimos anos, é preciso destacar que a sua importância já foi reconhecida pelo Congresso Nacional há quase 25 anos, com a edição da Lei nº 9.433, de 1997. Ao aprová-la, o Legislativo expressou o desejo da sociedade brasileira de assegurar, à atual e às futuras gerações, a oferta de água, em padrões de qualidade adequados aos usos, seguindo o conceito de segurança hídrica.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), segurança hídrica existe quando há disponibilidade de água em quantidade e qualidade suficientes para o atendimento das necessidades humanas, das atividades econômicas e da conservação dos ecossistemas aquáticos. O nível de risco relacionado a secas e cheias deve ser aceitável. Tudo isso precisa ser levado em consideração no planejamento da oferta e da utilização de recursos hídricos em um país.

A indústria brasileira, representada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), corrobora essa percepção, participando ativamente em fóruns e colegiados que discutem a gestão dos recursos hídricos, com vistas à plena implementação da Política Nacional e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Em parceria com especialistas, a CNI desenvolveu o presente estudo, com o intuito de fornecer respostas mais ágeis e efetivas aos problemas de segurança hídrica, notadamente quanto à cobrança pelo uso, um dos cinco instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. Essa política tem impactos sobre os setores usuários de água no país, em especial sobre a indústria, que é a terceira maior consumidora desse insumo.

Diante de tantos desafios, pensamos em alternativas e soluções criativas, sempre com o objetivo de dar clareza e funcionalidade aos princípios orientadores do sistema, além de reforçar os meios de articulação da União com os estados e o Distrito Federal na utilização racional da água. A intenção é contribuir para alcançarmos a segurança hídrica, passo fundamental para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Boa leitura.

Robson Braga de Andrade

Presidente da CNI





1 GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS

1.1 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 modificou o regime de domínio das águas, que antes também admitia o domínio municipal e a propriedade privada¹, para definir as águas como bens públicos de domínio da União² e dos estados³. Para dar a necessária uniformidade para as ações administrativas dos titulares de corpos de água, a Carta Magna conferiu à União a competência exclusiva para estabelecer um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e definir critérios de outorga de direitos de seu uso⁴, o que foi feito com a instituição da Política Nacional de Recursos Hídricos. Mesmo antes da Constituição em vigor, alguns estados já dispunham de regulamentos sobre o uso de águas do seu domínio. Após 1988, as referidas unidades da federação passaram a disciplinar o gerenciamento administrativo de seus recursos hídricos, expedindo as necessárias normas para exercer essa competência. A atual organização dos entes públicos responsáveis pelo gerenciamento dos recursos hídricos está baseada em uma arquitetura político-administrativa de abrangência nacional, que foi replicada pela maioria dos estados.

1 O Código de Águas classificava as águas em públicas, de uso comum ou dominicais (artigos 1º, 2º e 6º), comuns (artigo 7º) e privadas (artigo 8º). As águas públicas poderiam ser de domínio da União, dos estados ou dos municípios (artigo 29) e sua derivação privada poder-se-ia realizar por meio de concessão ou autorização (artigo 43). O artigo 526 do Código Civil de 1916 também admitia a propriedade privada das águas superficiais e subterrâneas, como extensão do direito de propriedade do solo.

2 **Artigo 20. São bens da União:**

(...)

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

A Constituição de 1937 (artigo 36, *b*), a Constituição de 1946 (artigo 34, *I*), a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1/69 (artigo 4º, *II*) continham previsões bastante similares às da Carta de 1988. Pertencem à União, ainda, o mar territorial (artigo 20, *VI*), e as águas minerais (artigo 20, *IX*).

3 **Artigo 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:**

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

A Constituição de 1946 (artigo 35), a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (artigo 5º) previam como de domínio estadual os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, deixando implicitamente remanescentes ao domínio municipal ou privado as águas que não pertenciam à União nem aos estados. A referência explícita ao domínio municipal e privado pode ser encontrada na Constituição de 1937, que define as águas estaduais por exclusão das águas federais, municipais e particulares (artigo 37, *b*).

4 **Artigo 21 (omissis)**

(...)

inciso XIX – instituir Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.



Esse domínio administrativo implica no *poder-dever* de zelar pelos recursos hídricos, ou seja, as águas nas suas distintas expressões e significados para os seres humanos e para o ambiente onde ocorrem e interagem. Este *poder-dever* requer a gestão do uso das águas e sua conservação em quantidade e qualidade suficientes para o atendimento das várias finalidades a que se prestam e para as futuras gerações.

Foi atribuída à União a competência privativa para legislar sobre águas⁵, mas é permitida, mediante lei complementar, a atribuição de competência legislativa aos estados sobre questões específicas, consoante o disposto no artigo 22 (inciso IV e parágrafo único) da Constituição. Dessa maneira, cabe privativamente à União criar o direito sobre águas, o que inclui: domínio de álveos e margens, aluvião, avulsão, álveo abandonado, retorno das águas do leito anterior, mudança de curso, direito dos ribeirinhos, direito de acesso à água, inalienabilidade das águas, desvio das correntes, conciliando com várias outras disposições contidas no Código Civil⁶ e no Código de Águas⁷.

Embora apenas a União tenha competência para criar o direito sobre as águas, quando legisla privativamente, e para editar normas administrativas sobre as águas do seu domínio, os estados têm competência para editar normas reguladoras sobre águas do seu domínio, até porque possuem poder de polícia administrativa sobre seus bens (autotutela)⁸. Assim, não só a União pode instituir, mediante lei federal, a cobrança pelo uso das águas do seu domínio como também os estados, por meio de lei estadual, podem legislar sobre a gestão das águas sob seu domínio e cobrar pelo respectivo uso.

Diante desse regime jurídico, e considerando a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, que compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos com autonomia político-administrativa⁹, impõe-se exercício de interpretação, de certa complexidade, quanto à produção legislativa estadual aplicável às políticas e sistemas de gerenciamento de recursos hídricos.

Não bastasse a necessidade de integração de normas federais e estaduais específicas de regulação dos recursos hídricos, é necessário compatibilizar tais normas com a competência legislativa concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal para

⁵ Artigo 22 (omissis)

IV – Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

A competência da União para legislar sobre águas já estava prevista na Carta de 1937 (artigo 16, XIV), na Constituição de 1946 (artigo 5º, XV, I), na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1 de 1969 (artigo 8º, XVII, I).

⁶ Lei 10.406 (de 10 de janeiro de 2002).

⁷ Decreto 24.643 (de 10 de julho de 1934).

⁸ Pompeu, Cid Tomanik. Parte I, 2. Os Aspectos Constitucionais. Em *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 42 a 66.

⁹ Art. 18 da Constituição Federal.



legislar sobre controle de poluição das águas¹⁰. Nesses casos, a própria Lei Maior procura fornecer critérios para a solução das eventuais disputas sobre o exercício dessas competências, conforme se verifica nos parágrafos do artigo 24, que demarcaram o espaço de atuação da União – normas gerais – e o espaço dos estados e do Distrito Federal – normas suplementares¹¹.

Mas isso não é tudo. O artigo 23 da Constituição dispõe sobre a competência material comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para a execução de diretrizes, políticas e preceitos relativos à proteção ambiental¹², inclusive do meio biótico e físico, o que inclui o ambiente aquático e marinho. É justamente no domínio dessas competências político-administrativas que se pode perceber, com maior clareza, a intenção do legislador constituinte, indicada no artigo 225 da Lei Maior, qual seja, de comprometer os poderes públicos com o objetivo de tutelar os bens ambientais.

Essa atribuição conjunta não significa que a tutela administrativa do meio ambiente possa ser realizada por cada um dos entes federativos de forma indiscriminada, como se soberanos fossem¹³. A própria Constituição previu, no parágrafo único do artigo 23, a edição de uma lei complementar federal para disciplinar a cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios, o que foi feito por meio da Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011.

Assim, no que toca ao controle de poluição hídrica, os demais entes federados deverão observar as normas gerais impostas pela União. As competências para gerenciar os recursos hídricos (partilhada entre União e estados) e para legislar sobre águas (privativa da União) não se confundem com a competência de legislar concorrentemente sobre o controle de poluição, nem com o exercício da competência comum para prevenir, mitigar ou eliminar poluição do meio ambiente, entre outros aspectos associados ao comando e controle exercido pelo poder público sobre a atividade poluidora.

¹⁰ Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
(...)

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

¹¹ Art. 24. *(omissis)*

parágrafo 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. parágrafo 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

¹² Artigo 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

(...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

¹³ Paulo José Leite Farias, *Competência federativa e matéria ambiental*, 1999, página 312: *Com efeito, a circunstância de o Estado-membro, juntamente com o Município, a União e o Distrito Federal, comporem único e indivisível sistema de administração pública de interesses ambientais, não implica – nem se pode conceber que implique – superposição de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas em face de um mesmo assunto. Sem qualquer dúvida, um dos principais objetivos da ordem constitucional é o da segurança e certeza jurídicas, circunstância que se deve ter em mente ao interpretar o dispositivo em apreço.*



Ante todo o exposto, chega-se a um fato incontroverso: os entes que participam de atividades relacionadas ao uso e à gestão de recursos hídricos têm um desafio considerável: interpretar e integrar normas federais e estaduais específicas de recursos hídricos, as normas federais e estaduais de proteção ambiental e normas de todos os entes da Federação sobre poluição das águas.

1.2 POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

A Lei 9.433/1997, em atenção ao inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e definiu os objetivos e a composição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH)¹⁴, assim como a composição e as competências de órgãos que o integram, como o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)¹⁵, os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH)¹⁶ e as Agências de Água¹⁷.

Com a criação do SINGREH, o Brasil adotou um modelo descentralizado e participativo de gestão de águas como fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos¹⁸ – inspirado em modelo adotado na França apenas em dois pontos muito específicos: i) sua característica de se adaptar a qualquer organização prévia em que a área de recursos hídricos se apresente, buscando coordenar as entidades e não as substituir ou superpor suas funções com a criação de colegiados denominados Comitê de Bacia Hidrográfica (CBHs), nos quais os interesses relacionados ao uso, ao controle e à proteção das águas acham-se representados, de forma a promover a suas compatibilizações; ii) para assessorar os CBHs na criação de Agência de Bacia Hidrográfica, entes técnicos e administrativos, sem atribuições deliberativas. Dessa forma, a gestão passou a ter por referência territorial a bacia hidrográfica¹⁹.

É sempre conveniente lembrar que França e Brasil apresentam diferenças jurídicas, fundamentais para a gestão de recursos hídricos com destaque para o fato de a França ser um Estado Unitário e o Brasil um Estado Federado, no qual existe a dupla dominialidade de água: da União e das Unidade Federadas. Outro ponto a destacar é que, ao descrever o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos francês apenas pelo modelo de criação

¹⁴ Lei 9.433/1997, artigos 32 e 33.

¹⁵ Lei 9.433/1997, artigos 34 e 35.

¹⁶ Lei 9.433/1997, artigos 34 e 35.

¹⁷ Lei 9.433/1997, artigo 44.

¹⁸ Lei 9.433/1997, artigo 1º, VI.

¹⁹ Lei 9.433/1997, artigo 1º, V. O princípio da unidade de bacia foi inicialmente consolidado no Direito Internacional de Águas através do trabalho desenvolvido pela Associação de Direito Internacional (ILA), desde sua Conferência de Dubrovnik (1956) (*Principle VIII, Report of the Forty-Seventh Conference*, páginas 245 a 248) até a Conferência de Berlim (2004), passando pela Resolução de Nova Iorque (1958) (*Report of the Forty-Eighth Conference*, página viii) e pelas Regras de Helsinque (1966) (*Article 2º, International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference*, páginas 484 a 485).



de comitês e agências, única inspiração para o modelo nacional, comete-se um grande erro de simplificação, pois o sistema é bem complexo em sua dinâmica e na distribuição de competências²⁰.

Aos Comitês de Bacia Hidrográfica (CBHs) cabe aprovar o Plano de Recursos Hídricos (da bacia)²¹, acompanhar sua execução e sugerir providências necessárias ao cumprimento de suas metas²², além da já mencionada atuação sobre a cobrança, na definição do quando e como, tendo como referência as diretrizes e regras gerais emanadas dos conselhos. O CBH, assim como o CNRH e os Conselhos dos Estados e do Distrito Federal, é composto por representantes do poder outorgante, dos usuários e das organizações civis²³.

Quando o legislador optou pela instituição de políticas públicas de recursos hídricos e de sistemas de gerenciamento fundamentados em princípios inovadores (adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento, gestão participativa e descentralizada e entendimento da água como recurso finito e dotado de valor econômico), acabou tornando a gestão mais complexa. Muitas bacias hidrográficas não coincidem com as divisões político-administrativas estaduais/federais, de forma que uma bacia pode compreender recursos hídricos sob domínio de vários estados (por exemplo, a Bacia do Rio Doce e a Bacia do Rio São Francisco). Tal fato faz com que a gestão tenha que ser negociada e articulada com vários entes estaduais e da União, dificultando arranjos institucionais e operativos.

No caso das águas subterrâneas, cujo domínio é dos estados, existem duas complexidades notáveis e pouco discutidas.

Não existem, na maior parte dos casos: (i) barreiras físicas que as separem das águas superficiais – águas superficiais se tornam subterrâneas ao se infiltrarem no solo e águas subterrâneas se tornam superficiais ao aflorarem; e (ii) as vazões dos rios nos períodos de estio (sem chuvas), são decorrentes de águas subterrâneas que afloram. De forma prática: as águas de domínio da União (por exemplo, dos rios Doce, São Francisco e Paraíba do Sul) são, nas estiagens, mantidas pelas águas subterrâneas (de domínio dos estados). Isso significa, ao fim e ao cabo, que, na natureza, não existem águas sob domínio federal e sob domínio estadual. Essa é uma ficção jurídica (talvez indevida). O ciclo hídrico combina águas superficiais e subterrâneas de forma indissolúvel, indicando que os seres humanos deveriam observar a natureza intrínseca do recurso e integrar as bacias, independente de domínio.

20 LANNA, A. E. L. **Produto 02**: matriz de estudos de caso de, pelo menos, 5 (cinco) Planos Nacionais de Recursos Hídricos de outros países e recomendações para o aprimoramento do PNRH. set. 2018. (Consultoria para a elaboração de marco lógico e estratégia para a elaboração do Plano Nacional De Recursos Hídricos a vigorar a partir de 2021. Ministério Do Meio Ambiente, Secretaria De Recursos Hídricos E Qualidade Ambiental Programa Interáguas).

21 Lei 9.433/1997, artigo 37, III.

22 Lei 9.433/1997, artigo 37, IV.

23 Por constituírem órgãos colegiados participativos com competência para deliberar sobre águas, Aldo da Cunha Rebouças acredita que os CBHs estão destinados a atuar como parlamentos das águas (Proteção dos Recursos Hídricos, em Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Ed. RT, 2003, v. 32, páginas 33 a 67).



A outra complexidade é que o mesmo sistema aquífero pode ter sua localização em vários estados, ainda que com delimitação diferenciada das bacias hidrográficas interestaduais. A conclusão é a mesma do parágrafo antecedente. Nenhum estado tem, de fato, domínio sobre os recursos dos aquíferos. A super exploração do aquífero em um estado pode negar ou tornar o recurso escasso a outro, assim como a captação de águas superficiais a montante pode negar ou tornar escasso o recurso a jusante. O desafio de uma eficiente articulação das políticas dos estados e da União ganha maior complexidade, mas também maior necessidade.

Nesse contexto, embora as Políticas Estaduais de Recursos Hídricos tenham razoável similaridade com a estrutura da lei nacional (seja na estruturação do sistema, seja na cobrança), verifica-se que temas de grande relevância regional ou local são desconsiderados e não são regulados. A adequação da gestão dos recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais não é privilegiada nem integrada entre os entes gestores, não obstante ser esta uma necessidade premente, se consideradas as reais implicações, na prática cotidiana, do gerenciamento dos recursos hídricos. Exceção digna de nota é a gestão do estado do Ceará.

1.3 SISTEMA NACIONAL DE GERENCIAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS (SINGREH)

Como já dito, o SINGREH foi estabelecido pela Lei 9.433/1997 com o objetivo de: (i) coordenar a gestão integrada das águas; (ii) arbitrar administrativamente os conflitos relacionados aos recursos hídricos; (iii) implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; (iv) planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e (v) promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos. É integrado pelas seguintes entidades:

- a) Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH);
- b) Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA);
- c) Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal;
- d) Comitês de Bacia Hidrográfica (CBHs);
- e) Órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; e
- f) Agências de Água.

Serão analisadas as atribuições dos principais órgãos públicos e entidades que integram o SINGREH, considerando não seu funcionamento como um todo, mas exclusivamente o que é de interesse do presente trabalho: o aperfeiçoamento da cobrança pelo uso da água e a aplicação dos recursos dela derivados.



Ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)²⁴ compete estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso²⁵, bem como definir os valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União. Além disso, a ele cabe definir, em articulação com o CBH de cada bacia de domínio da União, as prioridades de aplicação dos recursos decorrentes da cobrança²⁶.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica são órgãos colegiados com funções consultivas e deliberativas, vinculados ao poder público e aos respectivos Conselhos de Recursos Hídricos. Cabe aos comitês, como marca da descentralização, *estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados*²⁷.

A Agência Nacional de Águas foi criada pela Lei 9.984 (de 17 de julho de 2000). Por força da Lei 14.026 (de 15 de julho de 2020 – conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento) foi redesignada *Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico*, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, integrante do SINGREH, com a finalidade de implementar, no âmbito de suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos e de instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Nos termos da Lei 9.984/2000, a instituição e a regulamentação dos demais órgãos do SINGREH – os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal e os outros órgãos dos poderes públicos estaduais/distritais – cabem aos respectivos entes da Federação.

As Agências de Águas (não confundir com a ANA) têm por finalidade exercer a função executiva na bacia, gerindo os investimentos dos recursos da cobrança na execução dos planos aprovados. Além disso, atua como secretaria executiva do(s) respectivo(s) Comitê(s) de Bacia Hidrográfica, com funções técnicas de apoio na área de abrangência desses comitês. A sua criação deve ser autorizada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, mediante solicitação de um ou mais CBH²⁸, condicionada *à prévia existência do(s) respectivo(s) comitê(s) e à viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso dos recursos hídricos em sua área de atuação*²⁹.

24 Órgão colegiado, composto por: (i) representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da República, com atuação no gerenciamento ou no uso dos recursos hídricos; (ii) representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; e (iii) por representantes dos usuários dos recursos hídricos e das organizações civis de recursos hídricos (artigo 34 da Lei 9.433/97).

25 Lei 9.433/1997, artigo 35, X.

26 Lei 9.433/1997, artigo 35, incisos IX e X, Lei 9.984 (de 17 de julho de 2000), artigo 4º, inciso VI, e Decreto Federal 10.000 (de 3 de setembro de 2019), artigo 1º, incisos VII a IX.

27 Lei 9.433/1997, artigo 38, VI.

28 Lei 9.433/1997, artigo 42, parágrafo único.

29 Lei 9.433/1997, artigo 43.



Constituem competências das Agências de Águas³⁰, no que se refere à cobrança pelo uso da água: (i) efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos; (ii) analisar e emitir pareceres sobre os projetos e as obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso dos recursos hídricos; (iii) acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; e (iv) propor ao(s) CBH(s) os valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos e o(s) plano(s) de aplicação dos recursos arrecadados. A partir da edição da Lei 10.881/2004, as funções de Agência de Águas do âmbito federal poderão ser exercidas por entidades delegatárias, mediante contrato de gestão firmado com a ANA, nas condições lá estabelecidas. Em 2020, oito bacias interestaduais contavam com apoio técnico e administrativo de entidades delegatárias: 1) Paraíba do Sul; 2) Piracicaba, Capivari e Jundiaí; 3) São Francisco; 4) Doce; 5) Paranaíba; 6) Verde Grande; 7) Piancó-Piranhas-Açu; e 8) Grande. As seis primeiras delegatárias mantêm Contrato de Gestão com a ANA e as duas últimas, Termos de Colaboração ou de Parceria³¹.

No tocante à cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, o Novo Marco do Saneamento não trouxe novidades. Assim, na ausência de uma Agência da Bacia, ainda compete à ANA³², dentre outras funções: (i) elaborar os estudos técnicos que subsidiarão a definição pelo CNRH dos respectivos valores, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos comitês; (ii) implementar a cobrança em articulação com os comitês; e (iii) arrecadar, distribuir e aplicar as receitas auferidas. Também é sua atribuição elaborar estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos³³, os quais, ademais, devem conter as diretrizes e os critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos³⁴.

Para fins deste estudo, é importante notar que à ANA é facultado celebrar:

- a) *Contratos de Gestão*³⁵ ou *Termo de Parceria*³⁶ com as Agências de Água ou de Bacia Hidrográfica para a execução dos serviços a que se refere o artigo 44 da Lei 9.433/1997, transferindo-lhes recursos financeiros para o cumprimento do objeto

30 Artigo 44, III, IV, V e XI, letra "b" e "c". Ainda, segundo o art. 42 da Lei 9.433/1997, as Agências de Águas terão a mesma área de atuação de um ou mais Comitês de Bacia Hidrográfica.

31 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO – ANA. **Conjuntura de recursos hídricos no Brasil 2021**: relatório pleno. 2021. Disponível em: <https://relatorio-conjuntura-ana-2021.webflow.io>. Acesso em: 01 jan. 2022.

32 Lei 9.984/2000, artigo 4º, VI, VIII e IX.

33 Lei 9.984/2000, artigo 4º, inciso XI.

34 Lei 9.433/1997, artigo 7º, IX.

35 Regulado pela Lei 10.881 (de 9 de junho de 2004).

36 Regulado pela Lei 9.790 (de 23 de março de 1999).



dos instrumentos celebrados³⁷. Os *Contratos de Gestão* também poderão ser firmados com consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas e com entidades sem fins lucrativos que se enquadrem no disposto no artigo 47 da Lei 9.433/1997 e tenham recebido delegação do CNRH para exercer funções de competência das Agências de Água (entidades delegatárias), conforme previsto nos artigos 41 e 44 da lei citada, relativas a recursos hídricos de domínio da União³⁸.

- b) *Convênios de Cooperação Técnica* com órgãos ou entidades públicas dos estados e do Distrito Federal, nos termos do artigo 4º da Lei 9.433/1997³⁹. Os *Convênios de Cooperação* de que tratam o *caput* deste artigo buscarão o entendimento entre as partes sobre critérios equivalentes de cobrança pelo uso de recursos hídricos em uma mesma bacia hidrográfica, independentemente do domínio dos cursos de água que a compõem.

Os *Contratos de Gestão* da ANA com entidades delegatárias estão regulados na Lei 10.881/2004⁴⁰. Nos termos da lei citada, enquanto as Agências de Bacia não forem criadas, o CNRH pode delegar a uma entidade civil, por meio de uma resolução⁴¹, competências inerentes às referidas agências, salvo a arrecadação⁴² do uso dos recursos hídricos⁴³, que não pode ser delegada às entidades definidas no artigo 47 da Lei 9.433/1997, por expressa vedação legal contida no inciso VI do artigo 2º da Lei 10.881/2004⁴⁴. A rigor, como o produto da cobrança pelo uso de bem público é de natureza pública (recurso público), não poderia ser arrecadado por entidades de direito privado. Entretanto, tal fato não conflita com a garantia de repasse à entidade delegatária dos recursos decorrentes da arrecadação da cobrança pelo uso da água em rios de domínio da União (incisos I, III e V do *caput* do artigo 12 da Lei 9.433/1997⁴⁵).

37 Lei 9.984/2000, artigo 4º, § 4º combinado com o Decreto 10.639 (de 1º de março de 2021), artigo 2º, parágrafos 3º e 4º.

38 Conforme regulado pela Lei 10.881/2004, combinada com o Decreto 10.639/2021, artigo 2º, parágrafos 3º e 4º.

39 Dispositivo legal ratificado no Decreto 10.639/2021, artigo 2º, inciso XV.

40 A Lei 10.881/2004, em seu artigo 1º, § 2º, dispõe que, instituída uma Agência de Águas, esta assumirá as competências estabelecidas pelos artigos 41 e 44 da Lei 9.433/1997, encerrando-se, em consequência, o contrato de gestão vigente referente à sua área de atuação. Nesse caso, a entidade delegatária perde essa condição junto ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Da mesma forma, o artigo 51 da Lei 9.433/1997, com a redação dada pela Lei 10.881/2004, determina que o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos poderão delegar a organizações sem fins lucrativos relacionadas no artigo 47 desta lei, por prazo determinado, o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto esses organismos não estiverem constituídos.

41 Por exemplo, a Resolução CNRH 114 (de 10 de junho de 2010) delegou competência à Associação Executiva de Apoio à Gestão de Bacias Hidrográficas Peixe Vivo para o exercício de funções inerentes à Agência de Água da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco e o prazo de delegação foi posteriormente prorrogado pela Resolução CNRH 170 (de 23 de setembro de 2015). A Resolução CNRH nº 228, de 04/11/2021, que prorroga "o prazo da delegação de competência à Agência de Bacia Hidrográfica Peixe Vivo - Agência Peixe Vivo para desempenhar as funções de Agência de Água da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco", foi publicada em 27/12/2021 no DOU.

42 Não confundir *arrecadação* com *cobrança*, conforme será explicado nesse estudo.

43 É importante não confundir arrecadação, que significa a coleta dos recursos ao erário, com os procedimentos de cobrança – cálculo dos valores a pagar, emissão de boletos, cobrança de inadimplentes, dentre outros.

44 Lei 10.881/2004.

Art. 2º. Os contratos de gestão, elaborados de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei, *discriminarão as atribuições, direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, com o seguinte conteúdo mínimo:*

(...)

VI – a impossibilidade de delegação da competência prevista no inciso III do art. 44 da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

45 Lei 10.881/2004, artigo 4º, § 1º.



1.4 IMPLICAÇÕES DA ENGENHARIA HÍDRICA DE GESTÃO

Algumas considerações sobre a gestão dos recursos hídricos frente aos comandos constitucionais e legais, à política e ao sistema até aqui apresentados se fazem necessárias, para que possamos demonstrar o tamanho do desafio a ser enfrentado.

Retomando à questão do duplo domínio – federal e estadual – e à participação dos municípios na gestão de recursos hídricos.

De fato, no ambiente da engenharia de gestão de recursos hídricos, o duplo domínio das águas estabelecido na Constituição de 1988 desperta calorosas discussões. Nesse debate, ganha voz a posição de que a Constituição criou uma ficção jurídica não condizente com a condição natural dos recursos e complicadora da gestão. Os defensores dessa linha concluem que o ideal é um único domínio, da União, seja porque a água é um bem de todos (todos os brasileiros, já que fisicamente não se segrega por estado), seja porque o domínio único facilitaria a responsabilização e definição de ações de gestão unificadas. No dizer popular: *cachorro com mais de um dono morre de fome*.

Para outros, essa pode ser uma visão simplista e não ideal. Conforme constatado em vários países, os problemas relacionados à disponibilidade de água não são atribuídos a uma escassez verdadeira, mas se manifestam como resultado da má gestão (local) dos recursos. A partir dessa premissa e conforme citado por Richter (2015): a escassez da água, problema de gestão que se sobreleva, não é global em sua expressão física; ela é altamente localizada.

Desse modo, entende-se que a centralização da gestão, expressa em um único domínio, em um país de dimensões continentais e com regiões com grande diversidade e especificidades, pode não ser recomendável. A tendência é concordar com o legislador constituinte, valorizando a forma de federalismo trino, que demandaria não mudança de domínio, mas maior esforço de integração e coordenação entre todos os entes federados.

Note-se que, no parágrafo anterior, destacou-se que todos os entes federados. Isso porque, como reflexão para apoiar *Os Caminhos*, urge reconhecer que nem domínio único (suscitada por alguns) ou duplo domínio constitucional podem levar à conclusão (confortável para alguns) de que os municípios não seriam responsáveis pela gestão direta dos recursos hídricos contidos em seus territórios, até porque são repositórios das demandas hídricas e titulares dos serviços de saneamento – que contemplam quatro componentes intrinsecamente relacionados à gestão de recursos hídricos: abastecimento de água, esgotamento sanitário, gestão de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais.

Portanto, a discussão entre domínio uno ou múltiplo não pode ocultar uma realidade. O tema é complexo em um país como o nosso, estruturado de forma federativa.



A responsabilidade intrínseca dos municípios (sem prejuízo do disposto na Carta Magna) é uma exigência principiológica da boa gestão das águas. A participação municipal em organismos de bacia, seja na condição de ente público, seja como usuário, está longe, muito longe, de ser satisfatória. Como essa participação é *menor* (se comparada à dos estados e à da União), ficam os municípios com mais conforto para *entender reduzida* sua responsabilidade, negligenciando o saneamento com indiscutível prejuízo à gestão hídrica. Impõe-se uma reflexão mais robusta, um novo pensar institucional para definição do correto papel dos municípios na gestão de recursos hídricos.

É importante ressaltar que esse problema foi citado nos estudos *Diálogos para o Aperfeiçoamento da Política e do Sistema de Gestão de Recursos Hídricos* (Banco Mundial, 2018). Uma das conclusões desse estudo merece destaque aqui: *ressalte-se, contudo, que para dar maior segurança jurídica à gestão de bacias no contexto de duplo domínio das águas, concluiu-se ser necessário esclarecer as atribuições federativas por meio de Lei Complementar.*

Ainda no campo do domínio dos corpos de água, reitera-se a complexidade da questão da gestão das águas subterrâneas. Sob domínio dos estados, mas sem vinculação com os limites das bacias hidrográficas, as águas subterrâneas são responsáveis pela manutenção das descargas de base dos cursos de água superficiais, durante todo o período de baixa pluviosidade. Para exemplificar a importância da gestão das águas subterrâneas, em recente artigo⁴⁶, especialistas informam que de 15% a 20% da elevação do nível dos oceanos deve-se à água que é extraída por aquíferos: *o planeta vem silenciosamente transferindo água dos continentes para os oceanos.*

Outro tema que merece um olhar técnico da engenharia de gestão é a imbricada relação entre as políticas de gestão de recursos hídricos e as políticas de saneamento. Esse tema também já foi introduzido em parágrafos antecedentes.

Puristas da gestão de recursos hídricos apontam haver muitas dificuldades quando a gestão está atrelada a uma tipologia de uso de água. Eles acreditam que o uso vinculado tende a capturar toda a gestão, que passa a ser tutelada por esse. Exemplo histórico, anterior à Lei das Águas, está na vinculação da gestão de recursos hídricos com a política energética do país, fortemente hidráulica. A necessidade de produção de energia hidrelétrica acabava por determinar os rumos e as metas da gestão hídrica.

Quando se avalia o risco de captura da política hídrica por um setor de usuário, não se pode desconsiderar as novidades da Lei 14.026 (de 15 de julho de 2020) que, ao tratar das novas competências da ANA, incluiu: (i) *declarar a situação crítica de escassez quantitativa ou qualitativa de recursos hídricos nos corpos hídricos que impacte o atendimento aos usos*

46 OLIVEIRA, Everton de; SOLDEIRA, Bruna. Espaço Aberto. **Estado de São Paulo**, 20 out. 2021. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,estamos-secando-os-continentes,70003873422>. Acesso em: 27 abr. 2022.



múltiplos localizados em rios de domínio da União, por prazo determinado, com base em estudos e dados de monitoramento, observados os critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, quando houver; e (ii) estabelecer e fiscalizar o cumprimento de regras de uso da água, a fim de assegurar os usos múltiplos durante a vigência da declaração de situação crítica de escassez de recursos hídricos. Na prática, essas novas regras indicam minimização do domínio dos estados. Interesses locais podem ser impactados com essas novas competências de um ente federal.

Não se pretende, neste trabalho, uma reflexão conceitual ou doutrinária mais profunda sobre a conexão das políticas de recursos hídricos com um tipo de uso, até porque dita vinculação, como explicado, está posta em lei. A discussão proposta, assim como nas questões de domínio e participação dos municípios, visa apenas instigar a reflexão, na busca de uma nova orientação, novos caminhos e soluções. Esse é o objeto deste trabalho.

Nesse sentido, dá-se novamente destaque à necessidade de novos arranjos territoriais além da bacia hidrográfica, tais como as circunscrições hidrográficas previstas na Constituição de Minas Gerais, considerando a grande variação de temas e problemas das regiões hidrográficas brasileiras. Em nota técnica da lavra de um dos autores desse estudo (Canali, 2009, já mencionada), dá-se especial atenção às características intrínsecas das regiões de alta disponibilidade hídrica (Região Norte do Brasil) e de escassez hídrica (Região Nordeste), além de especificidades de bacias transfronteiriças e transposições de bacia: *em conclusão, verifica-se que a dinâmica de implementação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos requer flexibilidade para o enfrentamento das diversidades encontradas nas diversas regiões do país, tornando frágeis propostas de modelagem padrão para a composição de colegiados no âmbito das bacias hidrográficas.* Como referência, convém mais uma vez destacar o que realizou o estado do Ceará, que implementou mudanças institucionais relevantes por meio da legislação estadual.

Sem prejuízo das discussões institucionais e estruturais, também cabe reavaliar os motivos da fragilidade dos órgãos gestores estaduais – uma realidade, ainda hoje. Entende-se que parte relevante dessa fragilidade deriva de fusão, em muitos estados, entre fundamentos, papéis, instrumentos dos sistemas de gestão ambiental e de gestão de recursos hídricos.

De fato, são de fácil percepção e entendimento as fragilidades decorrentes dessa fusão. A política ambiental tem uma verve explícita de proteção do meio ambiente, entendida como uma limitação de uso. É a famosa dicotomia do poluidor-pagador (crime e castigo). A política hídrica, ao revés, é de estímulo do uso e da valorização econômica da água, sem prejuízo da disponibilidade hídrica intergeracional. São conceitos muito díspares. Contudo, os preceitos da primeira contaminaram a segunda.



A água não é entendida como um bem público gerador de riqueza, cujo uso (racional) deve ser estimulado. Predomina o olhar para a gestão desses recursos como um bem a ser preservado e, portanto, explorado em condições muito restritas para os usuários. Pesa, ainda, a peculiaridade do poder público de total desmazelo (falta de conservação) no que tange ao controle de lançamento de esgoto doméstico não tratado em nossos corpos de água⁴⁷. Prova disso são os cálculos de vazão para fins de outorga de uso, que não evoluíram para aferir uma efetiva disponibilidade *on time*, adotando sempre condições de menor risco, por meio da definição de uma vazão mínima em períodos secos, como referência para outorga de uso em todas as estações – secas ou úmidas – sem considerar variações.

Portanto, o fortalecimento dos órgãos de gestão passa pela separação da gestão dos recursos hídricos de outros recursos naturais. A gestão da água pode ser inspirada na gestão de recursos minerários, do petróleo e mesmo do potencial hidrelétrico. A ANA e as agências estaduais de recursos hídricos podem orientar-se mais pelo modelo de gestão das agências reguladoras de serviços públicos (ANEEL, ANP, ANTT, ARSESP) do que pelo modelo do IBAMA ou das Secretarias Estaduais de Meio Ambiente. É preciso compreender que a gestão das águas deve ser atribuição exclusiva e independente, vinculada diretamente ao comando superior e estratégico da governança nacional e estadual, observadas as disposições originais estabelecidas na Política Nacional de Recursos Hídricos. Certamente, como nos demais recursos naturais, a gestão deverá seguir e observar as determinações e regulações das políticas ambientais, onde couber.

Esse reconhecimento e retorno aos princípios legais e constitucionais específicos da gestão de recursos hídricos teria consequências positivas inclusive sobre as fragilidades e os desafios diagnosticados em diversos estudos.

1.5 COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA

A cobrança pelo uso da água é um instrumento econômico que atende a vários objetivos, como: (i) melhorar a eficiência na alocação dos recursos hídricos; (ii) distribuir os custos de administração entre usuários; e (iii) proporcionar incentivos adequados ao seu uso eficiente e, conseqüentemente, restringir o mau uso, os despejos e a contaminação das águas. Sem prejuízo desses objetivos, não se pode negar que é uma remuneração pela utilização de um bem público por entes privados⁴⁸.

47 Trata Brasil – 100 milhões de brasileiros (46% da população) não têm acesso à coleta de esgoto.

48 Lei 6.938 (de 31 de agosto de 1981), artigo 4º, inciso III.



O Código Civil de 2002 dispõe que o uso comum de bens públicos pode ser gratuito ou retribuído⁴⁹. De forma similar, o Código de Águas (de 1934) havia previsto a possibilidade de uso gratuito ou retribuído das águas, conforme leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencessem⁵⁰. Outrossim, o princípio do usuário-pagador, consagrado na Lei que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente⁵¹, enseja a cobrança pelo uso dos recursos ambientais com fins econômicos, o que, por igual modo, tem sido adotado como noção próxima à ideia da cobrança pelo uso dos recursos hídricos⁵².

Assim, a exigência de retribuição financeira pelo uso de recursos hídricos não constitui inovação do artigo 20 da Lei 9.433/1997. O caráter inovador desse diploma legal está em caracterizar esta cobrança como um instrumento de gestão⁵³, a ser aplicado em conjunto com os demais instrumentos, como os Planos de Recursos Hídricos. Com a cobrança pelo uso de recursos hídricos, criam-se condições para: (i) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; (ii) incentivar a racionalização do uso da água; e (iii) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e das intervenções contemplados nos Planos de Recursos Hídricos (artigo 19)⁵⁴.

Em outras palavras, abrem-se aqui várias questões relevantes e apresenta-se a cobrança com uma faceta trinomial (três pilares).

O primeiro pilar é de indução ao reconhecimento da água como bem econômico. Esse conceito não suscita maior questionamento. Já defendida nesse trabalho (e não há conhecimento de doutrina divergente) que a cobrança é uma contraprestação pelo uso privado de um bem público. Se há interesse de entes privados em extrair valor econômico de um bem público, é incontroversa sua verve econômica.

O segundo pilar da trinômia é o *real valor* do bem. Esse não é um tema trivial e está a requerer amadurecimento. O que se tem visto, na definição das cobranças pelo uso dos recursos hídricos, é a substituição do valor econômico intrínseco da água pela cotização dos investimentos necessários à bacia (como um rateio de investimentos entre os usuários pagadores, e, não raro, não explicitados nos respectivos planos). Em outro viés,

49 Artigo 103 do Código atual, que reproduz o artigo 68 do Código Civil de 1916.

50 Código de Águas (Decreto Federal 24.643, de 10 de julho de 1934), artigo 36, § 2º.

51 Lei 6.938/1981, artigo 4º, VII.

52 A Conferência das Nações Unidas sobre Água, de 1977, em Mar del Plata, estabeleceu a adoção de escalas de tarifas que reflitam o seu custo econômico real (Pompeu, Cid Tomanik. Parte II, 8. A Cobrança pelo Uso das Águas. Em Direito de águas no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 271 a 283).

53 Lei 9.433/1997, artigo 5º, IV.

54 O reconhecimento do valor econômico da água, consolidado como um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (artigo 1º, II da Lei 9.433/1997), não fere a sua natureza de bem público (artigo 1º, I da lei citada), de uso comum do povo, nem lhe atribui características mercantis. Sua finalidade principal é conscientizar os usuários de que a água é um recurso natural limitado, cujo uso deve ser racional e sustentável, tendo em consideração a multiplicidade de demandas de uso (artigo 1º, IV da lei citada) – seja para fins domésticos, agrícolas, industriais, paisagísticos, de navegação, produção de energia, atividades desportivas, lazer etc.



são variados e talvez excessivos os usos não sujeitos a outorga e cobrança, o que reforça a ideia de desconsideração do valor econômico intrínseco do bem público.

Resta evidenciado que o acesso e o uso da água não podem ser indistintamente gratuitos, tanto mais quando se vislumbra, cada vez mais, conflitos em épocas e regiões de escassez pronunciada. É cada vez mais importante, portanto, a busca de um *valor real* do recurso hídrico, que induzirá a racionalização de uso.

Por fim, mas não menos importante, a lei estabeleceu um terceiro pilar, qual seja, a cobrança como elemento de captação de recursos para o financiamento de intervenções e programas contemplados nos Planos de Recursos Hídricos.

Como já antecipamos, esse pilar tem prevalecido em prejuízo aos demais. Não são poucos os casos em que o valor da cobrança é derivado e limitado à fórmula: *cobrança = despesas de manutenção do SINGREH + investimentos na bacia* (resultado aritmético ponderado pela capacidade de pagamento dos usuários).

Voltaremos a essas questões em outras partes desse estudo, mas vale a pena antecipar que, para que seja possível reconhecer a água como *bem econômico* e aferir o seu *real valor*, é necessário criar e manter instrumentos de controle e fiscalização de todos os usuários (mesmo aqueles que usarão gratuitamente), o que por sua vez implica em ter conhecimento detalhado do regime hídrico na bacia, de demandas e usos e dos resultados econômicos que esse uso do bem público propicia aos usuários. O instrumento previsto é o da outorga de direito de uso aos interessados. É preciso que o órgão titular do domínio tenha a capacidade técnica e administrativa para exercer o efetivo controle do uso do recurso e dar ao usuário a noção do valor da água a partir do cotejo dos resultados que seu uso gera a quem o faz. Somente assim poder-se-á mediar conflitos quando usuários concorrerem pelo uso do recurso em situações de escassez, definindo parâmetros de solução que, por sua incontestada razoabilidade, seriam acatados por todos.

Uma reflexão adicional é de se pensar que poderia ser implementada a cobrança em etapas, sendo que a primeira poderia ser o estabelecimento de um valor de base capaz de cobrir a prestação progressiva dos serviços de gestão até que a discussão das intervenções e dos programas necessários e acordados, visando à segurança hídrica na bacia, permitisse a definição dos reais valores, compartilhados entre usuários e com participação do poder público, relativamente às respectivas competências, dando assim início a uma cobrança verdadeiramente capaz de atender aos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Superada a questão conceitual, cabe analisar, com mais vagar, as regras aplicáveis à cobrança.

Os critérios gerais para a cobrança foram esclarecidos pelo CNRH, em razão de sua competência, por meio da Resolução 48, de 21 de março de 2005. Naquele ato administrativo,



o conselho deixou claro que a cobrança seria efetuada pelo órgão gestor de recursos hídricos ou, por delegação deste, pela Agência de Águas ou entidade delegatária. O artigo 5º da referida resolução, ao esclarecer que a cobrança poderá ser efetuada por entidade delegatária, deve ser corretamente interpretado. Conforme já mencionado, não há que se confundir *cobrança* com *arrecadação*. A *cobrança* (atividade delegada) consiste em atos preparatórios ao pagamento devido pelos usuários, tais como cálculo do valor devido, envio de informativos, comunicados, boletos ou outros instrumentos de pagamento. Além disso, contempla atos subsequentes, como persecução de devedores inadimplentes. A *arrecadação* (atividade não delegada) é representada pela coleta dos recursos ao erário do ente público titular dessa receita (proveniente de uso de bem público). O que a legislação não admite é a *arrecadação* pela agência ou entidade delegatária. Os recursos devem ser recolhidos aos cofres públicos para posterior repasse.

A mencionada resolução também prevê que a aprovação dos *valores a serem cobrados* é competência dos Conselhos de Recursos Hídricos, embora com base em proposta, tecnicamente fundamentada, do CBH⁵⁵, que podem inclusive propor mecanismos de incentivo e redução dos valores cobrados, em razão de investimentos voluntários para ações de incrementem a qualidade, a quantidade de água e o regime fluvial, de modo a resultar em sustentabilidade ambiental da bacia⁵⁶.

Convém, nesse ponto, dar destaque aos pagamentos em razão da utilização dos recursos hídricos pelo setor elétrico, objeto do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição. Uma vez que a produção de energia hidrelétrica é uma forma de utilização da água, cabe aos geradores remunerar o uso desse bem público. Com efeito, o artigo 17, parágrafo 1º, inciso II, da Lei 9.648 (de 27 de maio de 1998), com a redação dada pelo artigo 28 da Lei 9.984/2000, dispõe que 0,75% do valor da energia produzida será destinado ao Ministério do Meio Ambiente, para aplicação na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do SINGREH, nos termos do art. 22 da Lei 9.433/1997.

A Lei 9.648, de 27 de maio de 1998 (parágrafo 2º, artigo 17)⁵⁷ reitera que os 0,75% do valor da energia produzida, antes referidos, constituem cobrança pelo uso de recursos hídricos e são destinados, atualmente, ao Ministério de Desenvolvimento Regional (repassado à ANA) para a implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e suporte ao SINGREH.

É interessante notar que a compensação financeira referida na Lei 9.648/1998 é de 7% sobre o valor da energia elétrica produzida. Essa cobrança só se justifica pelo uso do

⁵⁵ Resolução 48/2005, artigo 6º, inciso IV.

⁵⁶ Resolução 48/2005, artigo 7º, § 2º.

⁵⁷ § 2º A parcela a que se refere o inciso II do § 1º constitui pagamento pelo uso de recursos hídricos e será aplicada nos termos do art. 22 da Lei 9.433, de 1997.



bem público água. Entretanto, esse preço público tem destinação bipartida: (i) 6,25% (seis inteiros e vinte e cinco por cento) do valor da energia são recolhidos aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica – ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios – e a órgãos da administração direta da União⁵⁸; (ii) 0,75% são destinados à Política Nacional de Recursos Hídricos e ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Decreto 7.402/2010, artigo 1º).

Os percentuais de repartição desta compensação financeira entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios foram definidos pela Lei 8.001/1990, sendo alterados pela Lei 13.661/2018. Do montante arrecadado, 65% cabem aos municípios e 25% aos estados e Distrito Federal. Essa informação é importante para que se tenha em mente um fato: além dos estados e do Distrito Federal, os municípios também recebem parte (a maior) da remuneração pelo uso dos recursos hídricos pelo setor elétrico e, portanto, têm recursos que poderiam aplicar, ao menos, no setor de saneamento, senão na gestão hídrica. Infelizmente o legislador optou por não vincular essa receita dos municípios à gestão de recursos hídricos ou serviços de saneamento, de forma que, na maioria dos casos, ela é destinada a outros usos e investimentos municipais, em prejuízo das obrigações de saneamento e, por conseguinte, da conservação ou preservação das bacias hidrográficas.

Note-se aqui algo interessante. Nesse caso, foi definido um valor pelo uso da água (*real valor*) bastante correlacionado ao benefício econômico extraído por aqueles que a usam – 7% do valor da energia gerada e comercializada. No entanto, a repartição da arrecadação não privilegiou o elemento implementação dos Planos de Bacia e segurança hídrica, mas sim uma (pretensa) compensação aos entes da federação que são *afetados* pela geração hidrelétrica, ou seja, nesse caso, as arestas do triângulo – *água como bem econômico* e *real valor* – foram valorizadas, mas a aresta *investimentos no Plano de Bacia*, desprestigiada. Precisamos buscar o equilíbrio entre essa relação trinomial em todos os casos de cobrança.

Muito embora a cobrança pelo uso das águas esteja prevista em lei federal, o detalhamento da hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota, usuário pagador e demais elementos objetivos foi delegado a diferentes atos infralegais, editados por órgãos e entidades que compõem o SINGREH. Tome-se, por exemplo, a imposição de regras de reajustes inflacionários dos valores da cobrança com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

⁵⁸ Lei 9.648/1998, artigo 17, *caput*, com a redação dada pela Lei 13.360 (de 17 de novembro de 2016).



Essa previsão não está disposta em lei, mas tem sido definida em atos administrativos, cuja legalidade é controversa, como será abordado no **Item III.2.3.** deste estudo.

De todo o exposto nos parágrafos anteriores, é possível anteciper uma conclusão sobre a cobrança: o instrumento ainda não consegue atingir os objetivos da Lei das Águas, inclusive, ao que tudo indica, o desejável incentivo ao uso múltiplo de forma racional e bem valorada. Os desequilíbrios entre os pilares da sua conformação trinomial são explícitos, ora se privilegiando a economicidade do uso (no caso do usuário do setor elétrico), ora se privilegiando (e limitando) os investimentos necessários à (mínima) gestão da bacia. É necessário agregar, a uma revisão conceitual, novos instrumentos e soluções criativas que consigam trazer maior equilíbrio entre as arestas do triângulo.







2 ANÁLISE DE SITUAÇÃO: COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA

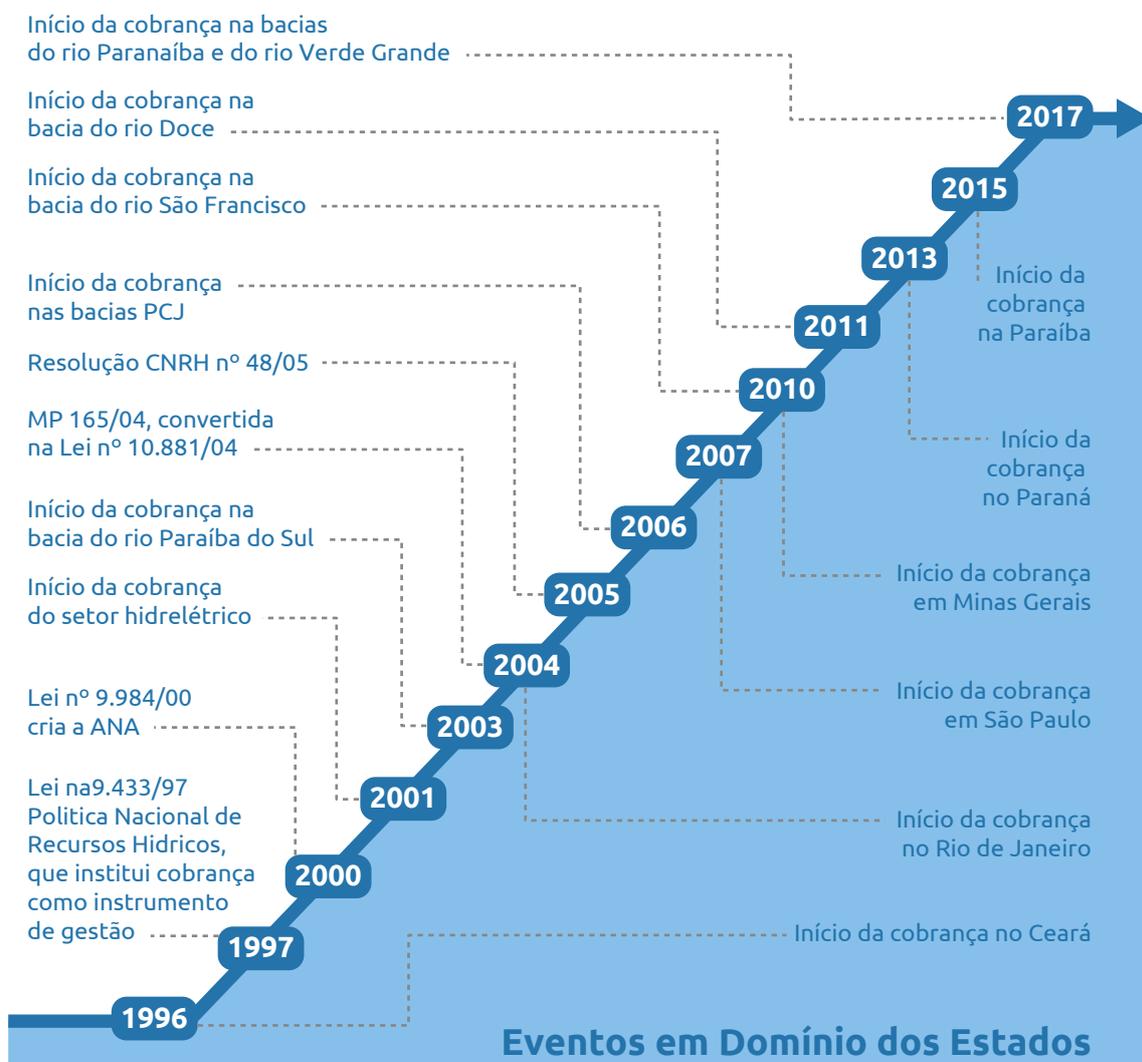
2.1 PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DA COBRANÇA

Nos termos do trabalho publicado pela ANA, denominado *Cobrança pelo uso de recursos hídricos – Conjuntura Recursos Hídricos Brasil 2019*⁵⁹, a cobrança pelo uso da água está implementada nos seguintes Comitês de Bacia de domínio da União: Paraíba do Sul, Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ), São Francisco, Doce, Paranaíba e Rio Verde Grande (afluente do rio São Francisco localizado no norte de Minas Gerais e no sul da Bahia). O Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, o CEIVAP, foi o primeiro a ter a cobrança implantada (em 2003) e o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Verde Grande, o mais recente (aprovação em 2017). O gráfico a seguir, apresentado no trabalho da ANA, permite uma contextualização histórica da cobrança.

⁵⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. **Cobrança pelo uso de recursos hídricos 2019**. 2019. Disponível: https://www.snirh.gov.br/portais/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/ana_encarte_cobranca_conjuntura2019.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

**FIGURA 1** – Evolução da cobrança no país

Eventos em Domínio da União

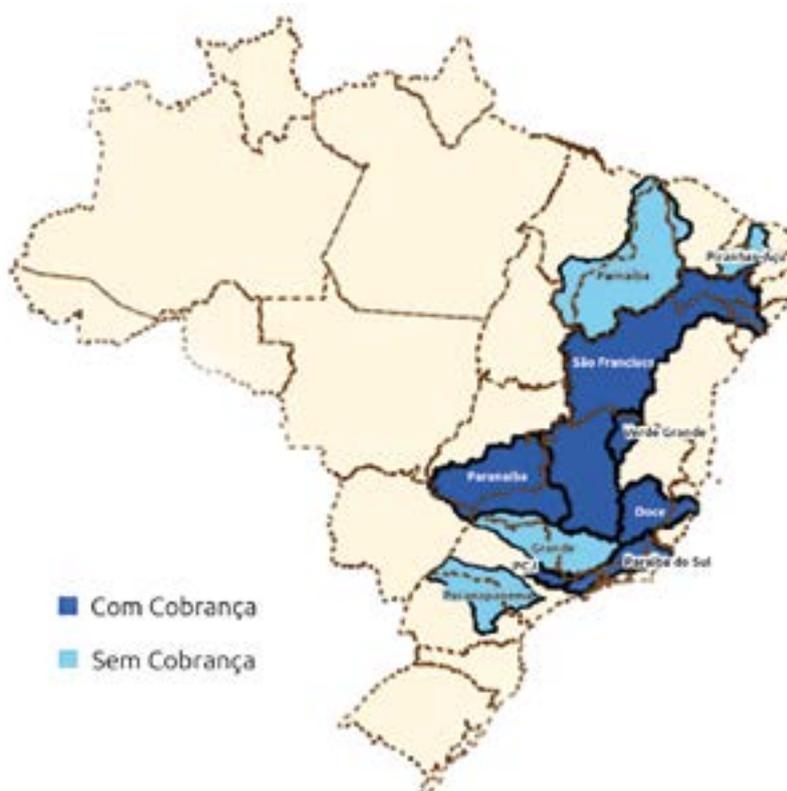


Fonte: ANA, 2019

Existem mais quatro comitês já instituídos em bacias de domínio da União, mas nos quais a cobrança ainda não foi implementada: Piranhas-Açu, Grande, Paranapanema e Parnaíba. A figura a seguir retrata⁶⁰ as bacias de domínio da União com CBHs instituídos e a realidade da implementação da cobrança.

60 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. **Cobrança pelo uso de recursos hídricos 2019**. 2019. Disponível: https://www.snirh.gov.br/portal/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/ana_encarte_cobranca_conjuntura2019.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

FIGURA 2 – Cobrança pelo uso de recursos hídricos no Brasil – bacias interestaduais



Fonte: ANA, 2019

Essa concentração territorial das bacias com cobrança tem uma explicação bastante óbvia: institui-se a cobrança nas bacias em que há maior número de usuários capazes de pagar e *bancar* as ações indicadas nos planos de gestão, ou seja, naquelas em que haverá retorno minimamente desejado de arrecadação. Entretanto, cenário semelhante, de usuários com capacidade de pagamento, pode ser encontrado na Região Sul, onde, de fato, predomina a ausência de cobrança, o que significa que a capacidade de arrecadação da bacia não é a única explicação.

A ausência da cobrança nas Regiões Norte e Centro-Oeste⁶¹ do Brasil tem outra possível explicação, também focada na economicidade. A abundância de recursos hídricos induz a pensar que não são necessários investimentos e não há escassez, sendo dispensável a cobrança. Ocorre que essa linha de pensar viola os princípios da Lei das Águas.

No caso da Região Nordeste, o problema é ainda pior. Não se pode falar, naquela região, em abundância de recurso que tornasse dispensável a cobrança. Muito ao contrário,

⁶¹ A bacia do rio São Marcos, afluente do rio Paraíba, é uma exceção; nela ocorrem conflitos de uso de água entre irrigação e a geração de energia elétrica, principalmente. Da mesma forma, encontra-se a bacia do rio Meia Ponte, principal manancial de água para a Região Metropolitana de Goiânia, devido à extração de água a montante da captação para indústrias e irrigação. Outras exceções podem ser igualmente encontradas, sem invalidar a argumentação, a indicar pouca precisão para se capturar alguma lógica na implementação da cobrança.



são décadas de escassez e conflito entre usuários que demandam ênfase na aplicação dos institutos e na realização dos princípios da lei. Contudo, como demonstra o mapa, são poucas as iniciativas de cobrança naquela região, apesar de ser o Ceará pioneiro na implantação desse instrumento em todo estado, tendo a Paraíba, recentemente, feito o mesmo.

Parece não haver sentido claro, uma lógica de gestão, nesse mapa de implementação da cobrança, retratando, ao nosso sentir, mais um cenário político de oportunidade. Essa má distribuição (concentração) da cobrança indica que há bacias com recursos para investimentos e, portanto, tendência de melhoria de gestão, ao passo que haverá outras em condições mais desvantajosas para a gestão adequada dos recursos hídricos e garantia de disponibilidade hídrica. Exemplo disso é a bacia do rio Paraná, em que já se identifica conflito hídrico, com riscos para a atividade de navegação fluvial⁶².

O histórico da implantação da cobrança pelo uso de água no Brasil é apresentado no quadro a seguir. Ela foi iniciada no estado do Ceará, em todas as bacias, tendo continuado na calha principal da bacia do rio Paraíba do Sul, em 2003, e em todas as bacias do estado do Rio de Janeiro, em 2004. Em 2006, iniciou-se a cobrança pelas águas de domínio da União na bacia PCJ, sendo que em 2007, São Paulo passou a cobrar pelas águas de seu domínio das bacias do Paraíba do Sul e PCJ. O processo de implantação prosseguiu de forma mais acelerada a partir de 2010, sendo que a última bacia hidrográfica a iniciar a cobrança pelo uso da água foi a do Alto Paranapanema, em São Paulo, em 2019.

TABELA 1 – Histórico da implantação da cobrança pelo uso de água no Brasil

| Domínio | Bacia | Início |
|---------|--|--------|
| CE | Em todas as bacias hidrográficas do estado | 1996 |
| União | Paraíba do Sul (CEIVAP) | 2003 |
| RJ | Em todas as bacias hidrográficas do estado | 2004 |
| União | Piracicaba, Capivari, Jundiá (Comitês PCJ) | 2006 |
| SP | Paraíba do Sul | 2007 |
| SP | PCJ (paulista) | 2007 |
| União | São Francisco (CBHSF) | 2010 |
| SP | Sorocaba e Médio Tietê | 2010 |
| MG | Piracicaba/Jaguari | 2010 |
| MG | Velhas | 2010 |
| MG | Araguari | 2010 |
| União | Doce (CBH-Doce) ¹ | 2011 |
| SP | Baixada Santista | 2012 |
| MG | Piranga | 2012 |
| MG | Piracicaba | 2012 |

62 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE – CNT. **Hidrovia Tietê-Paraná corre risco de ter navegação paralisada**. jul. 2018. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/hidrovia-tiete-parana-pode-ter-navegacao-paralisada>. Acesso em: 01 jan. 2022.



| Domínio | Bacia | Início |
|---------|--|--------|
| MG | Santo Antônio | 2012 |
| MG | Suaçuí | 2012 |
| MG | Caratinga | 2012 |
| MG | Manhuaçu | 2012 |
| SP | Baixo Tietê | 2013 |
| PR | Alto Iguaçu e afluentes do Alto Ribeira | 2013 |
| SP | Alto Tietê | 2014 |
| MG | Preto/Paraibuna | 2014 |
| MG | Pomba/Muriaé | 2014 |
| PB | Em todas as bacias hidrográficas do estado | 2015 |
| SP | Tietê Jacaré | 2016 |
| SP | Tietê Batalha | 2016 |
| SP | Ribeira de Iguape e Litoral Sul | 2016 |
| União | Paranaíba (CBH Paranaíba) | 2017 |
| União | Verde Grande (CBH Verde Grande) | 2017 |
| SP | Pardo | 2017 |
| SP | Baixo Pardo/Grande | 2017 |
| SP | Sapucaí-Mirim/Grande | 2017 |
| SP | Mogi | 2017 |
| MG | Pará | 2017 |
| SP | Serra da Mantiqueira | 2018 |
| SP | Turvo Grande | 2018 |
| SP | Pontal do Paranapanema | 2018 |
| SP | Médio Paranapanema | 2018 |
| SP | Aguapeí/Peixe | 2018 |
| SP | Alto Paranapanema | 2019 |

Fonte: ANA, obtido em <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/gestao-das-aguas/politica-nacional-de-recursos-hidricos/cobranca/historico-da-cobranca>. Acesso em janeiro de 2022.

Ao analisar as bacias estaduais com cobrança implementada verifica-se situação de concentração territorial similar à da União e que pode ser explicada da mesma forma.

De acordo com o Relatório de Conjuntura de Recursos Hídricos no Brasil 2021, até 2020 a cobrança de água de domínio da União estava implementada em seis bacias hidrográficas: Paraíba do Sul, PCJ, São Francisco, Doce, Verde Grande e Paranaíba. Cerca de 6.000 usuários foram cobrados, em um total de R\$ 119,52 milhões, sendo arrecadados 87,42 milhões, ou 73% do que foi cobrado. Desde o início da cobrança, foram arrecadados cerca de R\$ 800 milhões.

No mesmo relatório, é informado que seis estados implementaram a cobrança até 2020, sendo que no Ceará, no Rio de Janeiro e na Paraíba, ela ocorre em todo o território; já em São Paulo, Minas Gerais e Paraná, ocorre em apenas algumas bacias. O valor total arrecadado desde o início da cobrança em corpos d'água de domínio estadual (desde 1996) é de R\$ 3 trilhões e, em 2020, foram arrecadados cerca de R\$ 400 milhões.



Portanto, ao se somar a arrecadação em águas da União e dos estados, o montante em 2020 foi da ordem de R\$ 490 milhões. A este valor devem ser somados os quase R\$ 200 milhões arrecadados com a cobrança pelo uso de água das Usinas Hidrelétricas (Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH), totalizando R\$ 690 milhões em 2020, sempre com valores informados pelo Relatório Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil de 2021.

Não se pode dizer que são poucos os recursos disponíveis. Se a eficiência na aplicação dos valores arrecadados for aumentada, os efeitos serão significativos.

Além da arrecadação total, há um outro dado interessante a considerar. Quem são os usuários pagadores?

A distribuição da contribuição de cada setor usuário de água é apresentada no quadro a seguir. A participação setorial agregada nessas bacias é similar à de outras bacias do país, embora ocorram variações. Como regra, o setor de saneamento é o maior pagador em quase todas as bacias. O setor agropecuário tem participação importante apenas nas bacias do São Francisco e Verde Grande, sendo, em ambas, o segundo setor mais onerado.

TABELA 2 – Valores cobrados pelo uso de água nas bacias interestaduais em 2019, em percentual da participação de cada setor usuário

| Bacias interestaduais | Saneamento | Indústria | Agropecuária | Outros |
|------------------------------------|------------|------------|--------------|-----------|
| Piracicaba, Capivari e Jundiá | 84% | 13% | 0% | 3% |
| Paraíba do Sul | 64% | 34% | 0% | 2% |
| São Francisco | 55% | 1% | 44% | 1% |
| Doce | 30% | 68% | 1% | 1% |
| Paranaíba | 67% | 19% | 9% | 5% |
| Verde Grande | 71% | 0% | 29% | 0% |
| TOTAL BACIAS INTERESTADUAIS | 60% | 18% | 20% | 2% |

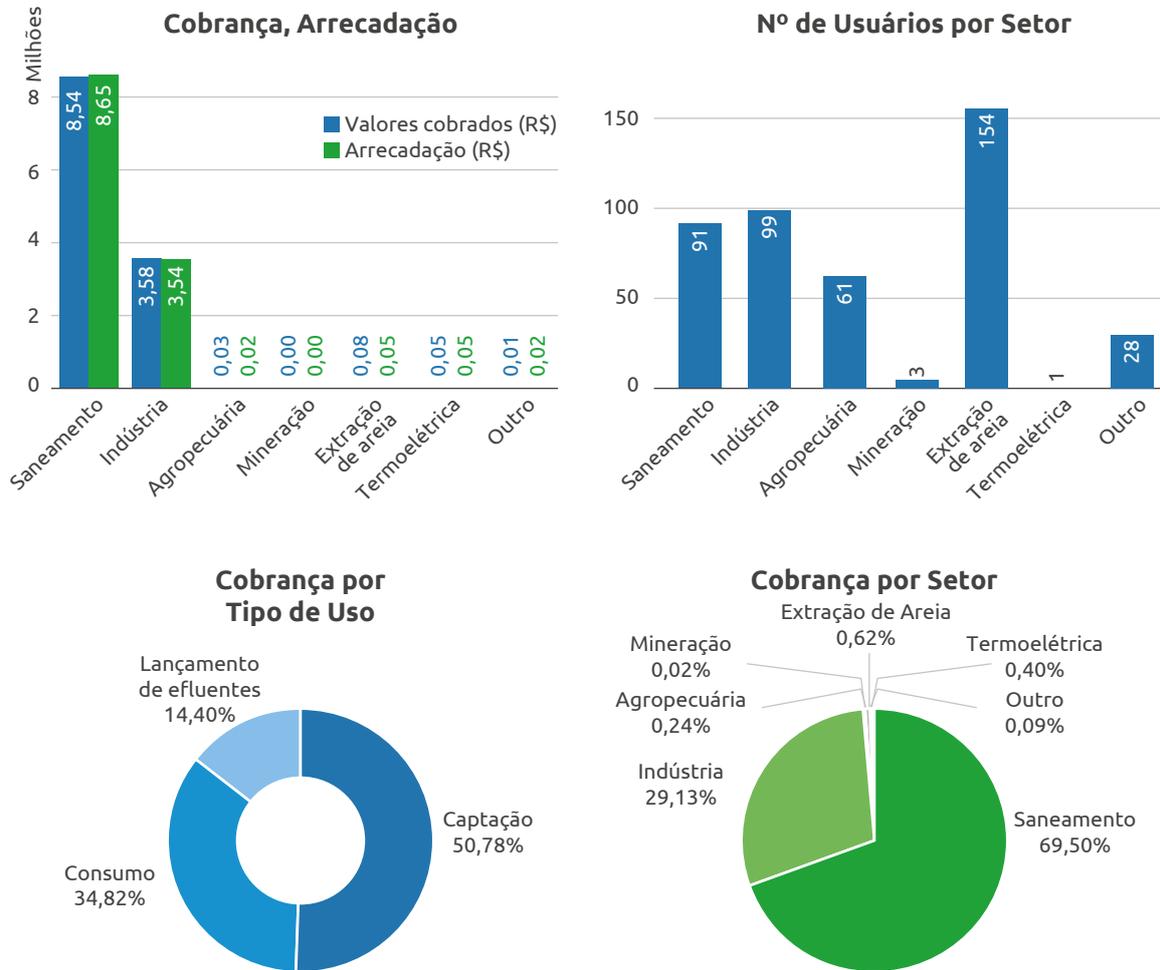
Fonte: ANA (2020).

Conforme mencionado, o setor de saneamento gerou a maior parte da arrecadação com a cobrança pelo uso da água (cerca de 60% do total). Na maioria das bacias, o setor industrial é o segundo maior contribuinte. O exemplo da Bacia do Paraíba do Sul (dados de 2019) mostra um cenário totalmente concentrado no saneamento e na indústria⁶³, que se repete na PCJ, Doce e Paranaíba.

63 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. **Cobrança pelo uso de recursos hídricos 2019**. 2019. Disponível: https://www.snirh.gov.br/portal/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/ana_encarte_cobranca_conjuntura2019.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.



GRÁFICO 1 – Cobrança pelo uso da água



Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. **Cobrança pelo uso de recursos hídricos 2019**. 2019. Disponível: https://www.snirh.gov.br/porta/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/ana_encarte_cobranca_conjuntura2019.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.



Conforme ilustra o quadro a seguir, a situação em 2017 era parecida com 2019.

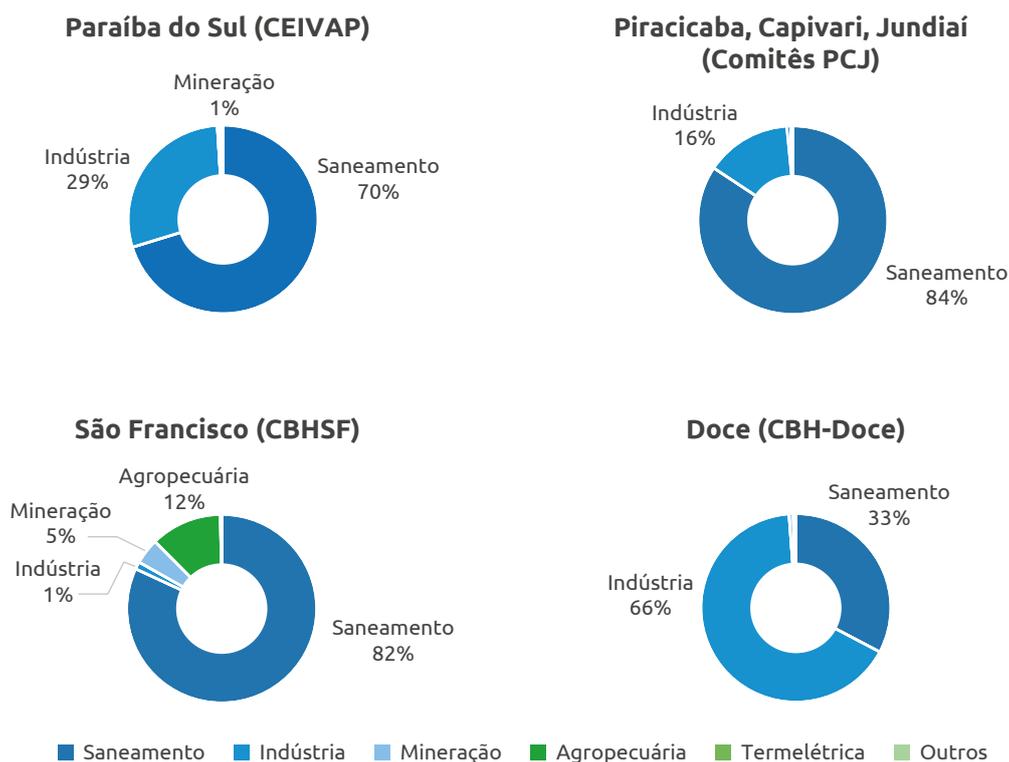
TABELA 3 – Cobrança pelo uso de água em 2017: origem setorial dos recursos

| | Saneamento | Indústria | Mineração | Agropecuária | Termelétrica | Outros | Total |
|--|--------------------|-------------------|-------------------|------------------|-------------------|------------------|--------------------|
| Paraíba do Sul (CEIVAP) | 8.218.162 | 3.369.468 | 45.256 | 37.973 | 14.447 | 16.866 | 11.702.172 |
| Piracicaba, Capivari, Jundiá (Comitês PCJ) | 16.352.349 | 2.980.215 | 5.662 | 15.440 | - | 34.266 | 19.387.932 |
| São Francisco (CBHSF) | 18.266.205 | 283.522 | 981.147 | 2.716.196 | - | 45.744 | 22.292.814 |
| Doce (CBH-Doce) ¹ | 3.688.708 | 7.444.909 | 80.630 | 26.158 | - | 22.942 | 11.263.347 |
| Total CE | 60.691.084 | 28.123.557 | - | 763.541 | 91.470.910 | 883.036 | 181.932.128 |
| Total RJ | 42.623.064 | 5.415.220 | 27.285 | 4.034 | 1.802.893 | 1.115.074 | 50.987.570 |
| Total SP | 68.704.138 | 16.095.669 | - | - | - | 3.526.117 | 88.325.924 |
| Total MG | 21.456.289 | 7.180.475 | 9.258.175 | 1.098.928 | - | 612.969 | 39.606.836 |
| Total PB | - | 239.894 | - | 387.771 | - | 159.725 | 787.390 |
| Total PR | - | - | - | - | - | - | 0 |
| Total 2017 | 239.999.999 | 71.132.929 | 10.398.156 | 5.050.041 | 93.288.250 | 6.416.739 | 426.286.113 |
| Percentuais | 56% | 17% | 2% | 1% | 22% | 2% | 100% |

Fonte: ANA (2021).

Os gráficos a seguir ilustram, uma vez mais, a situação.

GRÁFICO 2 – Cobrança pelo uso da água em 2019

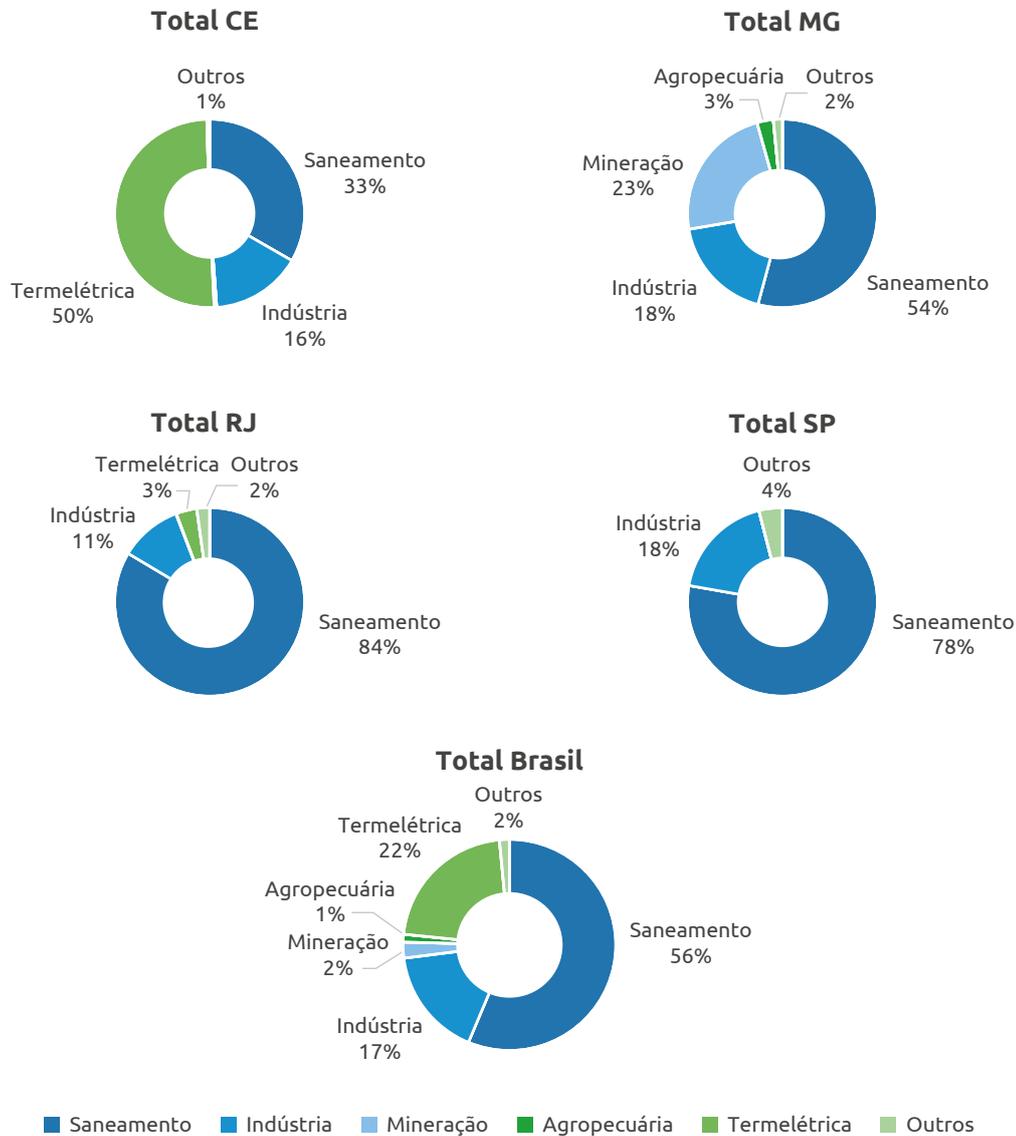


Fonte: Elaboração própria tendo por base informações da ANA (2020).



A avaliação por estado também não altera esse cenário.

GRÁFICO 3 – Cobrança pelo uso da água (avaliação por estados)



Fonte: Elaboração própria tendo por base informações da ANA (2020).

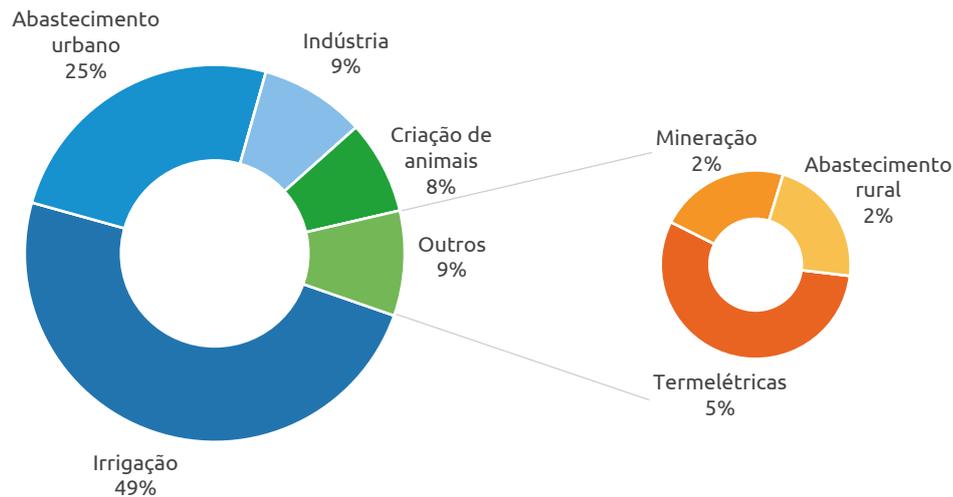
Esses dados permitem uma conclusão: o saneamento é, com muita vantagem, o maior **usuário pagador** de recursos hídricos, seja na captação para distribuição de água tratada, seja para diluição dos efluentes. O setor industrial tem participação relevante na maioria das bacias, ainda que muito menor do que o saneamento. O que chama atenção é que esses dois setores representam, na maior parte dos casos, mais de 70% dos valores arrecadados, enquanto os demais setores têm, individualmente, participação muito pouco relevante na cobrança, com a exceção das termelétricas no Ceará e da mineração em Minas Gerais.

Esses percentuais divergem dos efetivos usos de água no Brasil, em que sabidamente a irrigação tem a primazia. A figura a seguir, retirada do Relatório de Conjuntura de Recursos



Hídricos 2021 da ANA (dados de 2020), mostra que a irrigação, dentre os usos consuntivos, é responsável pela metade do volume utilizado de água, seguida do abastecimento urbano e da indústria.

GRÁFICO 4 – Volume utilizado de água



Fonte: ANA (2021).

O motivo de sua arrecadação ser tão reduzida em todas as bacias se prende à adoção de coeficientes de abatimento da cobrança aplicados à agropecuária. Com efeito, de forma geral, adota-se um abatimento de 1/40 na cobrança desse setor.

Tal cenário revela outro fato importante. Poucos pagam pelo uso de recursos hídricos e muitos se beneficiam da gestão, ainda que pouco eficiente, proporcionada pela cobrança. A universalização da cobrança ainda está longe de ser alcançada, seja pelo elevado percentual de uso irregular (há estados que sequer têm outorga), seja pelos limites possivelmente excessivos de isenção de outorga (e de cobrança), seja pela ineficiência fiscalizatória (dificuldade de identificar e cobrar quem usa a água sem outorga ou usa além da outorga).

Nesse sentido, o primeiro fator a ser avaliado é a implantação da outorga, em todo o território nacional: (i) por meio de um sistema de gestão e controle para a reversão de um quadro que aponta mais de 60% de usos irregulares (usos significativos e não outorgados, mesmo em bacias em que a cobrança já está implementada); (ii) na implementação da outorga para lançamento de efluentes (estados de elevada demanda como Minas Gerais ainda não têm esse instrumento implementado); e (iii) necessária revisão do que se chama uso insignificante⁶⁴, portanto legalmente isento de outorga.

⁶⁴ A Agência Nacional de Águas e Serviços de Saneamento definiu, a partir de alguns critérios associados ao volume de uso, características e situações de uso específicas, o que são usos insignificantes (Resolução ANA n. 1.940, de 30/10/2017). Vários Conselhos Estaduais e os respectivos órgãos outorgantes também possuem deliberações semelhantes.



Entende-se que todo usuário de recursos hídricos deve requerer outorga e, ainda que seja isento da cobrança, deve informar o volume de uso. O registro, especialmente da outorga, viabiliza o correto cálculo do balanço hídrico e auxilia o processo de fiscalização e a efetiva gestão da disponibilidade hídrica. Centenas de usuários com usos insignificantes, se considerados em conjunto, representam um grande volume captado ou de efluentes a serem diluídos.

Existem experiências de outorgas coletivas que poderiam ser aprimoradas para propiciar uma adequada *contabilidade de água* para usos com volumes considerados insignificantes. Independentemente do resultado na arrecadação financeira oriunda da cobrança, a pergunta que fica é: como controlar a disponibilidade hídrica e como fazer, portanto, a gestão, sem saber quantos são os usuários isentos ou não (relembrando o elevado percentual de uso irregular e a não aplicação da outorga para lançamento de efluentes em grande parte do país)?

A dispensa de outorga e a inexistência de registros sobre o efetivo uso dos recursos hídricos complica ainda mais a gestão em casos de escassez hídrica. A falta de controle do administrador sobre a disponibilidade hídrica imprime certa comodidade aos responsáveis pela gestão das bacias, que se limitam a negar ou cancelar as outorgas concedidas, na certeza de que, sendo precário o direito de uso da água, nada sofrerão por uma possível má gestão, ainda que seus atos resultem em perdas aos usuários.

Ainda sobre outorga, complementarmente, chamamos a atenção para a necessidade de uma interpretação mais adequada quanto à caracterização da outorga como um ato precário. A precariedade atribuída à outorga para aqueles que a entendem como ato administrativo de natureza jurídica de autorização não implica na possibilidade de sustação de seus efeitos de forma arbitrária. Se fosse precária, em termos absolutos, não teria sentido a legislação estabelecer um prazo de vigência para a outorga, bem como possibilitar a sua fixação em função da natureza e do porte do empreendimento, levando-se em consideração, quando for o caso, o período de retorno do investimento ou a importância social e econômica (Lei das Águas, artigo 16, e Lei 9.984/2000, artigo 5º).

Se o prazo de vigência aponta para uma estabilidade temporal e apesar disso o órgão gestor de recursos hídricos tem o poder de revisar o uso de recursos hídricos outorgados ou ajustá-lo à disponibilidade hídrica, na verdade a precariedade diz respeito ao risco hidrológico, que é um fato aleatório. A confiabilidade do suprimento de água é o elemento central do que se constitui uma adequada alocação de recursos hídricos. Embora exista um mínimo de confiabilidade no processo de alocação inicial, no momento da emissão da outorga, a confiabilidade subsequente ao processo de alocação de água na bacia não está claramente assegurada, em razão da variável aleatória do risco hidrológico e da emissão



incremental de outorgas. Estabelecer níveis de confiabilidade como parte dos termos da outorga – ou por meio de um Plano de Recursos Hídricos ou outros meios de pactuação – significa que o recurso hídrico será gerido de forma a proteger a confiabilidade a longo prazo (segurança hídrica ao usuário).

Sem prejuízo dos comentários anteriores, é certo que a arrecadação vem aumentando, seja pela aplicação (inadequada) de índices de atualização de preços, seja pela revisão dos critérios de cálculo dos preços públicos unitários. Em bacias hidrográficas de domínio da União, o valor cobrado correspondeu a R\$ 120 milhões (cerca de 24% do total cobrado no País em 2020), com uma arrecadação de R\$ 87 milhões pagos por cerca de 6.000 usuários de água. A cobrança por tal uso, em 2020, achava-se implementada em 64 bacias hidrográficas brasileiras, sendo 6 interestaduais, 11 no Ceará, 10 no Rio de Janeiro, 19 em São Paulo, 12 em Minas Gerais, 1 no Paraná e 5 na Paraíba⁶⁵.

Para melhor contextualizar a cobrança pelo uso dos recursos hídricos no tempo, recordemos alguns fatos históricos.

A bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul detém a primazia de implantação da cobrança pelos usos de águas de domínio da União no país. Sua experiência foi iniciada em março de 2001, quando o comitê para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (CEIVAP) aprovou a proposta inicial de cobrança, submetendo-a ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que a aprovou em 2002. Sua implantação foi iniciada em março de 2003.

Posteriormente, foi iniciada a cobrança pelos usos da água nas bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ) que, aparentemente, se inspirou nos critérios adotados pelo CEIVAP, aperfeiçoando-os e apresentando uma formulação mais inovadora e completa⁶⁶, aprovada no final de 2005 pelo CNRH⁶⁷. Tendo por base esse avanço promovido pelo PCJ, o CEIVAP promoveu estudos que apresentaram novos critérios de cobrança em 2006, com grande similaridade com os critérios adotados pelo PCJ, um ano antes, passando a implementá-los a partir de 2007.

65 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. **Histórico da cobrança**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/gestao-das-aguas/politica-nacional-de-recursos-hidricos/cobranca/historico-da-cobranca>. Acesso em: 01 jan. 2022.

66 O mecanismo original do CEIVAP era simplificado, mas baseado na cobrança de três fatores, como a maioria dos mecanismos atuais adota: captação, consumo e lançamento de carga orgânica. Os valores de consumo e de lançamento de carga orgânica eram baseados em coeficientes a serem estabelecidos caso a caso, considerando o volume outorgado como referência. Nos mecanismos aprimorados posteriormente, buscou-se estimar os valores de consumo e de lançamento de poluentes, sem recorrer a fórmulas. Também, se incorporou a cobrança pelo valor outorgado de captação e efetivamente captado. Foi levada em consideração a classe de qualidade de água em que a seção de captação se encontrava enquadrada. Na irrigação, foi considerado o método adotado como forma de se estimar o consumo de água, além de se promover a redução da cobrança para métodos mais eficientes de uso de água. Foram vários os aperfeiçoamentos, naturais em um processo de amadurecimento gerencial e de coleta mais criteriosa de informações.

67 Esta impressão decorre dos critérios de cobrança que estavam sendo discutidos em São Paulo, na época, que eram distintos dos que foram aprovados no PCJ do que os aplicados no CEIVAP.



Algum tempo depois, o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, por meio da Deliberação 40 (de 6 de maio de 2009)⁶⁸ e o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce, mediante a Deliberação 26 (de 31 de março de 2011)⁶⁹, propuseram mecanismos e valores de cobrança pelos usos de águas de domínio federal em suas bacias. Os estudos que levaram às citadas normas observaram as experiências já implementadas no Brasil em rios de domínio da União e, como resultado, as propostas aprovadas mostram pontos de contato com os critérios adotados pelo CEIVAP e pelo PCJ.

Iniciativas mais recentes buscaram aperfeiçoar os mecanismos de cobrança nas bacias dos rios São Francisco e Doce. Especialmente nessas bacias, foram inseridos coeficientes que buscaram reduzir o valor que oneraria usuários industriais e de saneamento que fossem mais eficientes quanto ao uso de água.

A cobrança pelo uso das águas de domínio estadual foi iniciada no Ceará (em 1996), antecedendo inclusive a Lei das Águas e a cobrança na bacia do Paraíba do Sul. Cabe reconhecer que, naquele estado, cobra-se pelos *serviços de suprimento de água por meio de um sistema de açudes*. É configurada, assim, uma cobrança de tarifa pela prestação de um serviço público, diferindo da cobrança pelo uso da água⁷⁰. Embora *sui generis*, a solução cearense atinge, inegavelmente, os objetivos da cobrança, como instrumento de *valorização da água, aferição de real valor e gestão da segurança hídrica* para usos e usuários.

No Rio de Janeiro (em 2004), em São Paulo (a partir de 2007), em Minas Gerais (a partir de 2010), no Paraná (em 2013) e na Paraíba (em 2015) também foi implementada a cobrança pelo uso de água. O Rio de Janeiro inovou ao aprovar a cobrança por lei e de imediato implementá-la em todas as bacias de rios com águas estaduais. Optou, porém, pelo mecanismo original de cobrança da bacia do rio Paraíba do Sul, algo que se mantém até hoje. O estado de São Paulo, a partir de 2007, adotou um mecanismo de cobrança com grande número de coeficientes que permite a adaptação a praticamente qualquer tipo de situação. O estado de Minas Gerais, a partir de 2010, adotou o mecanismo de cobrança também adotado em âmbito federal. Os estados do Paraná e da Paraíba, em 2015, adotaram mecanismos próprios.

No caso de Minas Gerais, vale destacar que, em 8 de março de 2020, por meio do Decreto 41.578, foi regulamentada a cobrança para todo uso outorgado, em todo território estadual. Caso o CBH não estabeleça os critérios de definição dos valores a serem cobrados (no prazo de até 1 ano a contar da edição do Decreto), caberá ao Conselho Estadual fazê-lo.

68 Aprovada pela Resolução CNRH 108 (de 13 de abril de 2010).

69 Aprovada pela Resolução CNRH 123 (de 29 de junho de 2011).

70 Isso, obviamente, não reduz a relevância da implantação deste tipo de cobrança no estado do Ceará, com base na qual foi criada e até hoje é mantida parte substancial de seu Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos.



O processo de implantação da cobrança nos comitês tem algumas variações, mas, via de regra, pode ser resumido a partir das seguintes etapas:

- a) Processo de conhecimento de usos e usuários das águas da bacia, por meio de um cadastro e acompanhado de uma campanha de regularização;
- b) Aprovação de um Plano de Recursos Hídricos que dê subsídios para um plano de aplicação dos recursos financeiros;
- c) Estabelecimento dos mecanismos e sugestão de valores da cobrança pelos comitês;
- d) Definição da entidade delegatária;
- e) Aprovação das regras de cobrança pelos conselhos;
- f) Cálculo dos valores a pagar por cada usuário, emissão de boletos pelos órgãos gestores, arrecadação da cobrança e repasse dos recursos financeiros pelos órgãos gestores (governamentais) para as Agências de Bacia (entidades delegatárias), por meio de Contrato de Gestão; e
- g) Definição, pelos respectivos comitês, das prioridades de aplicação (plano de trabalho e plano de aplicação e aplicação dos recursos financeiros).

Fato comum a todos os mecanismos de cobrança é a estratégia adotada para aprovar os valores a serem cobrados. Como regra, a cobrança é definida a partir de equação já comentada: *cobrança = despesas de gestão dos entes do SINGREH + investimentos necessários à bacia* (ponderados pela capacidade e disposição de pagamento dos usuários). Em outras palavras, o valor da cobrança deriva do seguinte embate: necessidade de captação de recursos vs. capacidade e disposição dos usuários em pagar.

Uma vez definidos e arrecadados, os recursos da cobrança são majoritariamente aplicados na bacia⁷¹, mas sem que, muitas vezes, as prioridades dos planos de gestão dos recursos hídricos sejam respeitadas. Vale, assim, a capacidade dos setores beneficiados de se mobilizar e influir nas decisões do CBH. O que impera, em uma discussão nessas bases, é menos a finalidade da política de recursos hídricos (segurança hídrica) e mais o imediatismo do valor a ser pago pelo uso. A discussão de valor a pagar embaça a necessária discussão do valor intrínseco da água.

Mas que não se ponha culpa nos usuários. Embora a água tenha valor intrínseco, não se pode esquecer que é a gestão da bacia que gera segurança hídrica. O usuário não quer, com toda razão, transferir recursos próprios (cobrança pelo uso da água) para um ente público se não recebe a justa contrapartida (disponibilidade e segurança hídrica).

⁷¹ Esta afirmação pode não ser precisa em alguns casos de alguns estados, havendo de se considerar casos de contingenciamento de verbas (por exemplo, em Minas Gerais) e casos de desvio dos recursos por determinação legal (por exemplo, no estado de Alagoas, parte dos recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FERH pode ser destinada ao Fundo Alagoano de Parcerias para garantir obrigações de PPPs – artigo 13, inciso IV da Lei estadual 7.893, de 23 de junho de 2017).



Um levantamento da implementação dos programas dos Planos de Recursos Hídricos das bacias hidrográficas do Paraíba do Sul (2007), Piracicaba, Capivari e Jundiá (2010), Doce (2010) e São Francisco (2016) leva às seguintes constatações⁷²:

Pelo lado negativo, não foram implantados 67% dos programas do Paraíba do Sul, 52% dos do Doce e 75% dos do São Francisco; e

Pelo lado positivo, todas as ações do Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ), de alguma forma, foram implantadas. Além disso, foram implantados totalmente 17% dos programas do Paraíba do Sul, 26% dos programas do Doce e 25% das atividades do São Francisco.

Diversas causas explicam esse relativo atraso na implantação dos programas. Uma delas, observada de forma mais imediata, pode ser o tempo exíguo para execução das atividades necessárias – por exemplo, no São Francisco, o plano foi aprovado em 2016, o que significa que poderá evoluir nos próximos anos. Entretanto, se se considerar a complexidade do processo de aplicação dos recursos financeiros oriundos da cobrança (como será discutido mais adiante), será possível concluir pela existência de obstáculos relevantes que prejudicam a efetividade da gestão das bacias.

Um dos obstáculos a se destacar está nas falhas dos Planos de Bacia. Esses planos são (ou deveriam ser) a base para a aplicação dos recursos financeiros oriundos da cobrança. Entretanto, os planos não têm sido capazes de traduzir as demandas dos setores usuários e garantir a segurança hídrica. Para suportar essa conclusão, vale mencionar o estudo *Diálogos do Banco Mundial*⁷³: “faltam princípios norteadores e planejamento integrado, usuários não percebem a gestão da água como um serviço prestado, há desconhecimento sobre estrutura de custos e a aplicação dos recursos é fragmentada”.

Outro obstáculo são os atuais regulamentos e controles para a atuação das agências (entidades delegatárias), impedindo que estas atuem de forma independente e célere, o que resulta na baixa eficiência da execução dos programas (tema tratado em maior detalhe adiante - item II.5. Comentários sobre a Agência de Bacia e a entidade delegatária). Digna de nota é ação administrativa sofrida pela Agência Peixe Vivo (CBHSF), que a impediu de fazer novas licitações durante um ano e meio, sendo que ao final restou comprovada a improcedência da medida. Os processos, por sua vez, duram, no mínimo, um ano, tempo em que são demandados recursos humanos e financeiros das agências para acompanhamento até sua conclusão.

72 LANNA, A. E. L. **Estratégias e arranjos institucionais voltados à implementação de planos de recursos hídricos nas bacias hidrográficas interestaduais**: produto 2: relatório de agrupamento de ações. 2020. Brasília: ANA, 2020. (Consultoria para MDR/ANA no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica BRA/IICA 12/003).

73 THE WORLD BANK. **Diálogos para o aperfeiçoamento da política e do sistema de recursos hídricos no Brasil**. Disponível no sítio eletrônico: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/improving-brazil-water-management-policy-system>. Acesso em: 01 fev. 2022.



Obstáculos adicionais para explicar a baixa eficiência da aplicação podem ser retratados também na pouca abertura normativa para novos modelos de pagamento pelo uso da água, como a aplicação direta (financiamento direto feito pelo usuário em ações de aumento da disponibilidade hídrica) e ainda a falta de previsibilidade do repasse dos recursos financeiros, especialmente pelos governos estaduais, às respectivas delegatárias.

Veja-se então o *cenário* da cobrança: os valores a serem cobrados são definidos de forma inadequada e com pouca aderência aos princípios da Lei das Águas, os Planos de Bacia contêm falhas que inviabilizam a finalidade *mor* da gestão (disponibilidade e segurança hídrica) e, para completar, falta previsibilidade ao repasse dos recursos financeiros pelos governos. Já afirmamos que 92,5% do total arrecadado com a cobrança têm como finalidade o investimento na bacia⁷⁴ (por força do artigo 22, parágrafo 1º, da Lei 9.433, de 1997). Entretanto, como a arrecadação é feita ao erário (conta única do ente federado com domínio sobre as águas), podem ocorrer atrasos nos repasses, contingenciamentos e até desvios de recursos (como já explicitado), em prejuízo à gestão das bacias e ao atingimento de metas.

Mesmo diante de tantos desafios e distorções, há ações exitosas e relevantes implementadas por algumas entidades delegatárias, a reforçar as possibilidades do sistema, especialmente se aperfeiçoada à delegação de poderes. Digna de nota é a implementação do sistema de informação SIGA São Francisco, lançado pela Agência Peixe Vivo (em 2020), com o objetivo de realizar a gestão de conhecimento e informação da bacia, permitindo acesso a todos que tenham interesse sobre dados dela⁷⁵. Sistemas de informações de qualidade também estão implementados nas bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí, o SSD PCJ, em desenvolvimento a bacia do rio Paraíba do Sul (SIGA CEIVAP)⁷⁶. Na bacia do rio Doce, também o SIGA Doce. Tais iniciativas demonstram que, havendo disposição política para revisão do sistema e aperfeiçoamento das regras, é possível atingir resultados mais satisfatórios e uma efetiva gestão voltada para a segurança hídrica.

74 Ver item neste documento o II.6. Relação entre Órgãos Gestores, Comitês, Agências e o Contrato de Gestão, deste documento.

75 O SIGA São Francisco integra informações de recursos hídricos, permite visualizações em formato geográfico e disponibiliza apresentação de indicadores, promovendo mais transparência. O sistema é composto por cinco módulos e dois deles já estão em pleno funcionamento: o de acompanhamento das ações (Contratos), o de acompanhamento de ações (Plano de Aplicação Plurianual) o “SF Map”, que permite a publicação de dados geográficos da bacia a serem utilizados para estruturação de estudos e análises espaciais diversas, o WEB PLAN, que trata da atualização dos dados referentes ao Plano de Recursos Hídricos, e o Info SF, que compartilha informações relevantes na gestão de recursos hídricos. Dos sete estados que integram a bacia e seus respectivos órgãos gestores, nenhum possui um sistema de informações dedicado da magnitude do SIGA São Francisco. Maiores informações podem ser obtidas em <https://siga.cbhsaofrancisco.org.br/#modulos>.

76 A bacia hidrográfica dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí tem o SSD PCJ (Sistema de Suporte a Decisões das Bacias PCJ). Em desenvolvimento encontra-se o SIGA CEIVAP na bacia do rio Paraíba do Sul e o SIGA Doce – Sistema Integrado de Gestão de Águas para a bacia do rio Doce, lançado em maio de 2021.



2.2 CADASTRO DE USOS E USUÁRIOS E REGULARIZAÇÃO

Além dos desafios da cobrança, também foi diagnosticada a necessidade de aprimoramento no cadastro de usos e usuários (questão já suscitada em parágrafos anteriores). Essa tem sido uma tarefa promovida pelos órgãos gestores, apenas em período suficiente para dar início ao processo de implantação da cobrança. Cumpre assim uma função quase que cartorial, na busca do atendimento à Resolução CNRH 48/2005 (ou regras similares dos estados), que estabelece, como condição precedente à cobrança, o processo de regularização de usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, incluindo o cadastramento dos usuários⁷⁷.

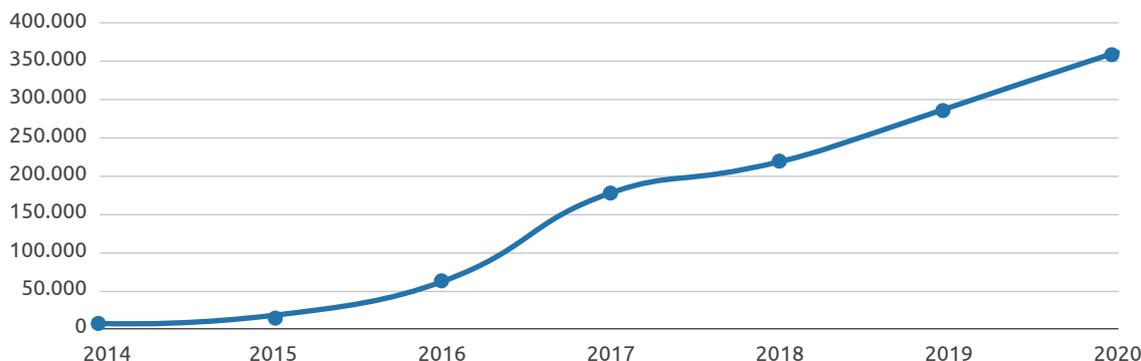
Na prática, conforme detalhado nos itens a seguir, houve pouco avanço no número de usuários cadastrados e/ou regularizados, especialmente nos estados. Não há, após a implantação da cobrança, nenhuma campanha mais robusta de cadastramento e fiscalização, com vistas à regularização e ao aumento da base de arrecadação da cobrança. Nem mesmo as entidades que têm a função delegada de agência – e que, teoricamente, deveriam ser as maiores interessadas nesse aumento – adotam medidas nesse sentido. Digna de nota é a exceção da bacia do rio São Francisco. Em 2020, a Agência Peixe Vivo iniciou ação de levantamento, por meio de aerolevanteamento, em trecho incremental do Rio São Francisco, de todos os usuários de água ao longo da área localizada entre as usinas de Três Maria e Sobradinho. Os dados referentes a captação demonstraram número maior que o dobro dos usos registrados oficialmente. Foram 1.942 visualizados versus apenas 850 registrados.

Temas reveladores. A ação teve que ser aprovada pelo CBHSF e envidou esforços de convencimento sobre sua importância, uma vez que é ação a ser financiada com os recursos da cobrança pelo uso da água e, assim, priorizada dentre outras tantas demandas. Até a conclusão deste trabalho, a ANA ainda não havia regularizado os usos visualizados.

O gráfico a seguir⁷⁸ apresenta uma curva ascendente e acentuada no número de usuários cadastrados no Cadastro Nacional de Usuários de Recursos Hídricos (CNARH), mas também indica outro fato – que serve de parâmetro para as bacias: de 2014 a 2020 partiu-se de 4.629 para 352.822 cadastrados, confirmando a estimativa de que existia um grande número de usuários *irregulares* (não devidamente cadastrados e, quando cabível, outorgados). Embora se possa assumir que os maiores usuários estão cadastrados, ainda deve existir um número considerável de pequenos usuários sem cadastro e sem outorga, que no acumulado podem representar um volume considerável de retirada de água.

⁷⁷ Resolução CNRH 48/2005, artigo 6º, inciso II.

⁷⁸ Gráfico disponível no Relatório de Conjuntura de Recursos Hídricos no Brasil 2021.

**GRÁFICO 5** – Número de interferências

Fonte:

Esse baixo número de usuários regulares tem explicação razoável no que já apontamos quando falamos sobre outorga. Contudo, também há muitos usuários com uso considerado individualmente insignificante (definido pela pouca vazão utilizada), dispensados, portanto, de outorga. Além disso, é preciso considerar que muitos *potenciais usuários* optam por contratar os serviços das concessionárias de saneamento. Há, ainda, um grande número de empreendimentos, industriais especialmente, que se apresentam não como usuários de recursos hídricos (embora pudessem sê-lo), mas como consumidores de serviços de saneamento, ou seja, aqueles que utilizam os serviços das concessionárias para o fornecimento da água necessária a seus processos operacionais e o lançamento de seus efluentes.

A pergunta que os participantes do SINGREH devem fazer é: por que uma empresa prefere pagar mais caro e adquirir serviços de saneamento a tornar-se um usuário de recursos hídricos pagando o valor da cobrança? E a resposta é simples e óbvia: *segurança jurídica, previsibilidade econômica e certeza de fornecimento (segurança hídrica)*.

Quando uma empresa contrata os serviços de saneamento, os direitos e as obrigações decorrentes dessa relação jurídica estão bem definidos⁷⁹ e são exigíveis. As tarifas de água e esgoto cobradas pelas concessionárias estão definidas em lei⁸⁰, com regras claras de revisão e reajuste que permitem ao usuário prever quanto vai pagar. Por fim, as concessionárias têm metas de universalização, eficiência, regularidade e continuidade dos serviços. Isso sem contar que, por serem as concessionárias de saneamento voltadas prioritariamente à dessedentação, tendem a ser as últimas a sofrer restrições em casos de estresse hídrico.

79 A segurança jurídica é infinitamente maior nos serviços de saneamento que têm uma lei específica (Lei 11.455/2007), muito mais detalhada do que a Lei das Águas, que foi recentemente atualizada (pela Lei 14.026/2020). Além disso, as concessionárias têm metas finalísticas e claras de prestação de serviços e são reguladas e fiscalizadas por agências reguladoras independentes. Por fim, em caso de inadimplência da concessionária, o usuário pode apresentar reclamações nas agências, no PROCON e no Judiciário.

80 *Lei* em seu sentido *lato*, que pode ser norma de direito público, edital de licitação, Contrato de Concessão ou Contrato de Programa.



Então, aqui cabe uma conclusão: os comentários dos parágrafos anteriores confirmam a necessidade de revisão das normas e da estrutura do SINGREH. Nesse estudo, o detalhamento será: (i) as normas legais precisam ser claras e estáveis (regras previstas em lei ou em contrato); (ii) o valor da cobrança deve ser previsível e não condicionado a forças políticas que arbitrem critérios de mensuração; e (iii) a aplicação dos recursos da cobrança deve ser eficaz e capaz de gerar efetiva segurança hídrica.

2.3 PLANO DE RECURSOS HÍDRICOS E DEMAIS INSTRUMENTOS

É imperioso comentar os demais instrumentos de gestão e a relação com a cobrança pelo uso da água, pois há cenários que indicam caminhos para sua efetividade. A outorga pelo uso de recursos hídricos já foi analisada. No contexto, apresentamos considerações sobre o estágio de implantação do enquadramento, citamos as possibilidades de outros instrumentos econômicos vigentes em algumas políticas estaduais e avaliamos, especialmente, os Planos de Bacia, que são de fato a base para a aplicação dos recursos financeiros oriundos da cobrança.

O Plano de Recursos Hídricos (usualmente denominado Plano de Bacia) é um instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos que deve ser elaborado por bacia hidrográfica, por estado e para o país. No seu conteúdo mínimo, fixado por lei, exige-se a apresentação de medidas, programas e projetos a serem desenvolvidos para o atendimento das metas previstas, bem como diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso da água⁸¹.

Como já antecipado, os Planos de Bacia estão longe de cumprir seu papel como instrumento de gestão dos recursos hídricos. Nas bacias onde existe cobrança pelo uso da água, tais programas são implementados, ainda que, em alguns casos, de forma parcial (Bacias PCJ, Lanna - 2020). Porém, nas bacias sem cobrança pelo uso de água, não são verificadas medidas efetivas de implementação de planos.

Além disso há indicativos de que tais planos, não raro, projetam vícios da gestão ambiental, com orientação inadequada de sustentabilidade em três dimensões⁸² postas como concorrentes: ambiental, social e econômica. Em palavras mais simples: na elaboração dos planos, é usual que sejam privilegiados conceitos e metas ambientais (de conservação ou preservação do recurso) e sociais (viabilização do uso sem cobrança ou com a menor cobrança possível para setores necessitados de assistência) em prejuízo da *valorização econômica do recurso* e do *real valor* da água.

81 Lei 9.433/1997, artigos 5º, inciso I, 6º, 7º, incisos V e IX, e 8º.

82 Ver interpretação do *triple bottom line*, pilar para a construção do desenvolvimento sustentável do Prof. José Eli da Veiga, em seu livro *A Desgovernança Mundial da Sustentabilidade*.



Não se defende aqui que as duas primeiras visões (ambiental e social) devam ser ignoradas. A conservação do recurso hídrico e mesmo a preservação em alguns ambientes é indispensável à vida, assim como a busca por menor valor para a cobrança e para usos insignificantes, cuja aplicação já tem paradigmas nos setores elétrico e de saneamento. Ocorre que conservar não pode ser confundido com preservar (restrito à contemplação) o recurso, ou seja, não significa o não uso, mas um uso adequado às condições hidrogeofísicas e biológicas da bacia hidrográfica, o que pode significar necessidade de investimentos. Ou seja, quanto mais uso racional se possa conceder, maior deverá ser a valoração econômica e, portanto, a arrecadação, que vai garantir a disponibilidade hídrica no tempo e para os múltiplos usos. Da mesma forma, estipular algum valor ao bem consumido pelo usuário necessitado, ainda que ínfimo, dá a ele a noção do valor intrínseco do bem usado ou consumido, com estímulo ao uso eficiente.

Além das distorções conceituais, nos Planos de Bacias Interfederativas, há pouca coordenação e integração. A União elabora planos para a parte federal da bacia e o(s) estado(s) elaboram outro(s) para a(s) porção(ões) estadual(ais) dessa mesma bacia, criando sobreposições, desperdícios, muito desconforto e pouca aceitação, mas não tem que ser assim. Pode-se tomar como exemplo a bacia do Rio Doce, na qual esse equívoco foi minimizado a partir de um arranjo institucional que permitiu uma maior integração entre os Planos de Bacia. Vale lembrar que esse não é um exemplo definitivo, pois sofreu desgastes ao longo do tempo.

Outro problema identificado é que os planos não são vinculantes para quem os recomenda ou aprova, ou seja, não há previsão lógica expressa que estabeleça quem os implementará e em que tempo ou em qual ordem os implementará. De fato, esse é o ponto a merecer grande esforço para a superação.

Enfim, os planos estão distantes de cumprir suas principais funções, quais seriam: (i) traduzir um contrato de desenvolvimento no domínio das águas, acordado entre os diversos atores, com base numa avaliação e distribuição do potencial hídrico e hidráulico da bacia; (ii) estabelecer mecanismos e instrumentos eficientes de consultas locais para construção de pactos factíveis – que levem em consideração todas as instâncias decisórias; e (iii) promover o engajamento das partes direta ou indiretamente ligadas à sua execução, traduzido no número de decisões executivas e legislativas emanadas a partir das concepções e indicações do plano, no âmbito municipal, estadual e federal, e no número de deliberações emanadas dos comitês, de forma integrada e com objetivos otimizados.

Em verdade, os planos acabaram por se transformar em tabelas de problemas ambientais e de disponibilidade hídrica com os custos estimados para minimizar danos. Nesse contexto, a questão da necessidade de investimentos no saneamento é sempre predominante e a cobrança se transforma em instrumento-chave para incrementar ações nesse



segmento. Enfim, o plano se presta a apresentar o que é apurado como investimento a ser feito na bacia, que se transforma em base para um *rateio* entre os usuários e, conseqüentemente, os pactos factíveis são reduzidos à simples tradução da *disposição a pagar* dos principais usuários.

Cabe destacar, ainda o instrumento enquadramento dos corpos hídricos⁸³ que, sob o ponto de vista conceitual, não deveria ser parte (um capítulo, um relatório separado ou até mesmo uma atividade separada) dos planos, mas a própria execução destes, na medida em que o enquadramento representa um objetivo de qualidade de água, pactuado entre todos, a ser alcançado e mantido na bacia, e que, por isso, deveria ser considerado pelas estratégias e pelos programas voltados ao alcance dessa qualidade de água. Da forma como alguns planos se posicionam com relação a esse instrumento, além de se afastarem de sua definição original, acabam sendo mera formalidade de conteúdo.

É necessário também citar os instrumentos econômicos de gestão constantes em algumas políticas estaduais e que poderiam, se bem regulamentados, funcionar como instrumento complementar da cobrança pelo uso da água. Mencionou-se a compensação a municípios pela exploração e restrição de uso de recursos hídricos, parcialmente vetado na Lei 9.433/97, e que inclusive poderia também atuar como apoio para uma modelagem institucional de fortalecimento desse ente federado na gestão hídrica. Apontou-se também o rateio de custos das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo, certamente um instrumento complementar para investimentos na bacia, para segurança hídrica de usos e usuários, igualmente objeto de veto presidencial ao artigo que o previa.

2.4 MECANISMOS E VALORES DA COBRANÇA

Seguindo uma lógica sistêmica, tratamos genericamente da cobrança; depois, do cadastro (elemento precedente – identificação de usuários – para que se possa pensar na cobrança); e depois, dos Planos de Bacia (que trarão os insumos e elementos para que se possa valorar a água e entender a necessidade de captação de recursos). A partir desses elementos, seria possível definir os critérios a serem adotados na definição do *quantum debeat* da cobrança. É o que se passa a comentar.

Como anteriormente indicado, é de competência dos comitês (com subsídios das agências ou entidades delegatárias) estabelecer os mecanismos e propor valores para a cobrança

⁸³ Para contextualizar o o trabalho, ainda em uma avaliação macro, é importante destacar que a Lei das Águas foi promulgada em 1997. Entretanto, quase 25 anos após sua edição, mesmo sem recorrer a estudos mais detalhados, é possível afirmar que o cenário que se apresenta é de baixa efetividade dos instrumentos legais básicos (sobretudo a cobrança pelo uso de água e o enquadramento dos corpos de água em classes de qualidade) e de absoluta insegurança hídrica, com riscos de racionamento em várias bacias, inclusive aquelas com índices pluviométricos elevados, mesmo que abaixo de suas próprias médias nos últimos oito anos. Tal fato comprova que se está distante do alcance dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos.



pelo uso da água em sua área de atuação. A proposição do CBH é submetida à aprovação do Conselho de Recursos Hídricos que, normalmente, tem acatado as propostas apresentadas, a menos que haja violação legal ou flagrante erro técnico.

Até o momento, os mecanismos básicos que foram propostos no CEIVAP têm sido adotados para todas as demais bacias. Define-se um valor para o Preço Público Unitário (PPU), sendo a unidade o m³ de água que sofre variações numa equação de três parcelas que se somam: água captada + água consumida + água lançada (efluente). Para definição dos valores a pagar, multiplica-se o PPU por coeficientes, definidos para cada parcela e para cada um dos principais segmentos usuários (indústria, agricultura, saneamento), que aumentam ou reduzem o preço-parâmetro. O preço/m³ final para a água captada é sempre menor do que o da água consumida, que por sua vez é menor do que o preço do efluente lançado.

As variações dessa equação para o cálculo dos valores a pagar são poucas de comitê para comitê, não sendo necessário aprofundar essa questão. A maior variação está na bacia do rio Doce, onde a parcela de consumo foi incorporada à de captação, sendo essa uma tendência. Também, adotou-se o *Kt* como coeficiente de ponderação do valor a pagar, a partir da natureza do uso e/ou das boas práticas de uso e conservação da água.

Passadas quase duas décadas desde a primeira experiência de cobrança, dois fatos chamam atenção: (i) a ausência de uma análise de mérito em relação ao estabelecimento de um PPU para toda a bacia e para qualquer uso, não havendo diferenciação quanto às suas particularidades; e (ii) a adoção de um único parâmetro (demanda bioquímica de oxigênio – DBO) como base de cálculo da parcela referente ao lançamento de efluente, com exceção das bacias dos rios São Francisco e Doce⁸⁴.

Na definição do PPU, também cabe destacar o diferencial da bacia do Rio Doce, na qual foi definida uma progressão no aumento do valor unitário para o m³ de água, ano a ano (de 2012 a 2015), condicionado à eficiência na aplicação, à facilidade de acesso aos recursos pelo setor privado e à aplicação da cobrança para lançamento sobre outros parâmetros, além da DBO.

Vale registrar que a Deliberação Normativa do CBH-Doce n.º 93, de 13 de maio de 2021⁸⁵, enfraqueceu esse diferencial conquistado quando estabeleceu mecanismo de reajustes progressivos e em valores pré-fixados, mesmo quando determina que tal reajuste, conforme seu artigo 3º, deva estar condicionado ao cumprimento, pela entidade delegatária,

84 Nas bacias dos rios São Francisco e Doce foram propostas recentemente alternativas de cobrança do lançamento de cargas poluentes baseadas na vazão de diluição (SF) ou no equivalente populacional limitante (Doce), sendo possível incluir, por esses artifícios, qualquer poluente, mesmo que no momento apenas as cargas orgânicas sejam consideradas.

85 COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO DOCE - CBH DOCE. **Deliberação normativa cbh-doce nº 93, de 13 de maio de 2021**. Disponível em: http://www.cbhdoce.org.br/wp-content/uploads/2021/05/DN-93_2021-Atualizacao-dos-valores-de-cobranca-na-Bacia-do-Rio-Doce-.pdf. Acesso em: 01 mar. 2022.



dos indicadores e das metas a serem definidos pelo CBH-Doce, os quais sugere-se que estejam em consonância com o Contrato de Gestão.

No passado, o CEIVAP promoveu um amplo estudo que objetivou uma reavaliação dos mecanismos e valores da cobrança com vistas a promover aperfeiçoamentos e ajustes. Entretanto, quando se analisa tais estudos, verifica-se que o processo tem seu foco principal no reajuste do PPU. Em todos os relatórios produzidos, verifica-se que o que realmente precisa ser feito são incrementos nos valores cobrados em relação aos atualmente praticados. De acordo com esses relatórios, *os baixos valores praticados de cobrança não são indutores de modificações do comportamento dos usuários*⁸⁶, além de resultarem em montantes de pouca significação em face da demanda real de recursos para investimento na bacia.

Percebe-se que há divergência entre as conclusões sustentadas e o que vem ocorrendo na prática. Pretende-se o aumento da cobrança como indutor de modificação de comportamento. Entretanto, se de fato o usuário *abusa* dos *baixos valores* da cobrança, o que explica a majoritária opção pelos serviços de saneamento que são mais caros, quando seria possível a captação ou diluição direta nos cursos hídricos? Como buscar o *real valor* da água se os recursos da cobrança não são aplicados ou são aplicados de forma ineficiente ou são desviados? Um consumidor só opta por comprar um produto mais caro se este lhe propicia melhores benefícios. Por que pagar mais caro pelo recurso hídrico sem a possibilidade de firmar contratos de longo prazo, com previsibilidade de preço e segurança hídrica (benefícios proporcionados pelos serviços de saneamento)?

Em verdade, o que se verifica é: arrecada-se pouco, porque poucos pagam e muitos se beneficiam; porque o usuário não aceita investir em um sistema que não lhe propicia nenhuma garantia, sequer segurança hídrica. Ainda, porque os poucos recursos arrecadados são usados majoritariamente para suprir uma omissão ilegal dos municípios em relação ao saneamento. Esse *status quo* já é suficientemente indutor. Induz o usuário a buscar alternativas que superem todos os problemas apontados nesse estudo, inclusive localizar suas atividades em bacias que sejam mais eficientes do que outras, especialmente em atividades que não têm rigidez locacional. Se já é famosa a *Guerra Fiscal*, em pouco tempo teremos a *Guerra Hídrica*. E quem evoluir, sai na frente.

Para finalizar, duas considerações adicionais.

A primeira é que a cobrança vem sendo tratada como um instituto unitário, sem qualquer vínculo e integração com os demais instrumentos de gestão, predominantemente sob o enfoque econômico, isto é, como um instrumento puramente econômico. E, mesmo

⁸⁶ *Estudos para o Aperfeiçoamento da Metodologia da Cobrança dos Recursos Hídricos na Bacia Hidrográfica do rio Paraíba - AGEVAP - Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Ato Convocatório 002/2009.*



nesse viés, falha por não considerar métodos de precificação da água, valores de mercado, possível criação de mercados de transação de outorgas, disposição a pagar em função de custos agregados a bens e serviços que utilizam recursos hídricos e outras. Entretanto, sob o enfoque jurídico-administrativo, a cobrança permite outras visões a respeito de sua natureza e de procedimentos que eventualmente deveriam ser considerados para a sua implementação.

A segunda é a constatação de que a cobrança, sozinha, jamais arrecadará o suficiente para investimento em obras e serviços necessários à segurança hídrica desejada, em especial se tomarmos em conta a qualidade das águas para seus múltiplos usos. É preciso considerar que a degradação da qualidade das águas é consequência de, pelo menos, um século de atividades econômicas, não parecendo justo atribuir aos atuais usuários, por meio da cobrança, o ônus da sua recuperação, assim como não parece justo que outros continuem a auferir benefícios econômicos com o uso da água sem a devida contraprestação.

2.5 COMENTÁRIOS SOBRE A AGÊNCIA DE BACIA E A ENTIDADE DELEGATÁRIA

De nada adianta ter uma cobrança bem-conceituada, fazer cadastro, elaborar bons planos e definir boas métricas de cobrança sem que se possa contar com bons gestores dos recursos arrecadados e executores dos Planos de Bacia. Então é importante tratar das Agências de Bacia e entidades delegatárias.

A Lei 9.433/1997, seguida pelas leis estaduais que implementaram a cobrança pelo uso da água, instituiu a figura da Agência de Água (Agência de Bacia) como entidade com competência para executar a política de recursos hídricos na bacia hidrográfica. A agência pode atuar em uma ou mais bacias e será autorizada pelo Conselho de Recursos Hídricos (nacional ou estadual). Existem duas condições para se aprovar uma agência: a existência do comitê e a comprovada viabilidade financeira assegurada pela cobrança pelo uso da água em sua área de atuação⁸⁷.

Em seu artigo 53, a Lei 9.433/1997 determinou prazo para que o Poder Executivo encaminhasse ao Congresso Nacional projeto de lei dispendo sobre a criação das Agências de Água. Estamos chegando aos 25 anos da criação da Lei das Águas e, até o momento, não se tem este regramento, em que pese tramitar na Câmara dos Deputados, desde 1999, o PL 1616 e, desde 2011, o PL 29.

⁸⁷ Lei 9.433/97, artigos 42 e 43.



Na falta de uma lei sobre o tema, tem-se recorrido à alternativa prevista no artigo 51 da Lei 9.433/1997, que possibilita ao CNRH e aos Conselhos Estaduais delegar a organizações sem fins lucrativos, por prazo determinado, o exercício de competências das Agências de Água. A Lei 9.984/2000 expressamente autorizou a ANA a realizar mencionada delegação, com base contrato de gestão, conforme disposto na Lei 10.881/2004.

A adoção do modelo das entidades delegatárias gerou uma expectativa de aumento da eficiência na gestão dos recursos hídricos, especialmente por se tratar da delegação de atividades executivas a um ente privado. Independentemente de ideologia, é incontestável que os entes privados tendem a ser mais eficientes do que os entes públicos, seja por sua maior flexibilidade de gestão, seja por maior foco em resultados. Infelizmente essa expectativa foi rapidamente frustrada. A lei autorizou a delegação de funções típicas de entes públicos, mas o legislador esqueceu-se de prever que as entidades delegatárias poderiam gerir a aplicação dos recursos da cobrança de forma privada e finalística. Ao contrário: submetem tais entidades a uma gestão aplicável a autarquias (como já apontamos). Assim, os entes públicos que delegaram as atividades concluíram que, por gerir recursos públicos, caberia às entidades delegatárias adotar procedimentos típicos de órgãos estatais. O resultado foi ineficiência na aplicação dos recursos da cobrança e incapacidade de atingir os objetivos mais importantes da Lei 9.433/1997.

A experiência pioneira na bacia do rio Paraíba do Sul levou à escolha de um modelo de organização especialmente criado para a função delegatária, com o formato de organização civil de interesse público, que espelhava as representações do próprio Comitê de Bacia. Em 2002, foi criada a Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do rio Paraíba do Sul (AGEVAP) que assumiu, em 2004⁸⁸ e por prazo determinado, as funções de uma Agência de Águas, com ênfase na elaboração do Plano de Recursos Hídricos e na execução das ações deliberadas pelo comitê para a gestão dos recursos hídricos da bacia. A entidade recebeu os recursos oriundos da cobrança pelo uso da água para investimentos no plano aprovado pelo Comitê da Bacia. Em 2015, a AGEVAP teve o prazo da delegação de competência estendido até 30 de junho de 2026⁸⁹.

Nesse modelo de organização civil adotado pela AGEVAP, há uma Assembleia Geral, formada pelos representantes dos seus associados, um Conselho de Administração, um Conselho Fiscal e uma Diretoria. Os membros da Diretoria possuem vínculo empregatício, cabendo ao Conselho Administrativo selecioná-los. À Diretoria cabe a seleção das equipes técnicas e administrativas de apoio.

⁸⁸ A Resolução CNRH 38 (de 26 de março de 2004) delegou competência à Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul para o exercício de funções e atividades inerentes à Agência de Água da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

⁸⁹ A Resolução CNRH 167 (de 23 de setembro de 2015) prorrogou o prazo da delegação de competência à Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul para o exercício de funções e atividades inerentes à Agência de Água da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.



Como pioneira, a AGEVAP se deparou com várias restrições e excessos de controle que dificultam a aplicação eficiente dos recursos financeiros advindos da cobrança, carimbados como público, perdendo-se uma das principais vantagens de se utilizar uma entidade delegatária, de direito privado, que seria a agilidade e eficiência na administração dos recursos.

Há relatos de que a ANA impôs à AGEVAP a realização de concurso público para a formação de sua diminuta equipe – fato depois estendido às demais delegatárias e hoje consolidado em diversos atos administrativos, como a Resolução ANA 28/2020, que *estabelece procedimentos a serem adotados pelas entidades delegatárias (...) para a seleção e recrutamento de pessoal*. Não fosse o bastante, e como já dito, as entidades delegatárias são obrigadas a assumir procedimentos e atender burocracia de reporte (prestação de contas, relatórios e outros) que transformaram uma gestão, que deveria ser finalística, em procedimental. Apenas para ilustrar, a Resolução ANA 29/2020 propõe regras para o *enquadramento de despesas a ser observado pelas entidades delegatárias (...) referentes à aplicação dos valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos*. Na prática, portanto, as entidades delegatárias são entidades privadas travestidas de autarquias (ver comentários sobre os processos da AGB Peixe Vivo – parágrafo 142 deste trabalho).

Cumprе esclarecer que não se está, nesse estudo, depreciando ou desconsiderando a necessidade de fiscalização e controle do uso dos recursos (públicos) da cobrança. Não se desconhece que se aplica às transferências de recursos financeiros provenientes da cobrança o disposto na Lei Complementar 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e outras próprias da administração pública. Não obstante, percebe-se que os entes do SINGREH, por excesso de zelo e cautela, engessam demais a atuação das entidades delegatárias ao obrigarem-nas a atuar como entes públicos.

Mas que não se ponha toda a culpa no SINGREH. Esse desvirtuamento do instituto da entidade delegatária começou por falha do legislador ao redigir o artigo 9º da Lei 10.881/2004. Esse dispositivo delegou à ANA competência para editar normas administrativas definindo os procedimentos que a entidade delegatária adotará para a seleção e o recrutamento de pessoal, bem como para compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos públicos, observados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal. O artigo 37 da Carta Magna traz, em seu inciso XXI, os princípios que regem a licitação pública. Se o legislador optou pelos princípios de gestão pública, inclusive o da licitação, é compreensível e justificável a cautela dos entes públicos do SINGREH.

Sem prejuízo da culpa do legislador, há excessos que poderiam ser evitados se o artigo 9º (antes citado) fosse interpretado de forma sistêmica e integrada com os incisos I e III



do artigo 2º e artigo 3º dessa mesma lei. Além disso, foi editado, em 1º de abril de 2021, o Novo Marco Legal de Licitações – Lei 14.133 – que traz inovações que, aplicadas de forma criativa e com objetivo de simplificar procedimentos, poderiam contribuir para maior eficácia das entidades delegatárias.

O fato é que esse modelo – entidade privada sujeita aos controles normalmente aplicados à Administração Pública – tem limitações burocráticas que, por certo, vêm comprometendo a sua eficiência administrativa, sobretudo na aplicação dos recursos advindos da cobrança pelo uso da água, trazendo desconfiança ao usuário e limitando sua capacidade de adesão ao sistema, como efetivamente parte e solução da segurança hídrica.

Nos estados, as experiências com Agências de Bacia (entidades delegatárias) são muito similares àquelas das bacias federais, conforme exemplos que já mencionamos.

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual 7.663 (de 30 de dezembro de 1991) admitia a figura de Agências de Águas a serem criadas a partir do início da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, como entidades jurídicas com estrutura administrativa e financeira próprias, vinculadas ao Estado, e disciplinadas na lei que viesse a autorizar a sua criação. A Agência das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá foi proposta pelo Comitê PCJ em 1993, mas somente em 1998, a Lei Paulista 10.020 (de 3 de julho) autorizou o Poder Executivo a participar da constituição de Fundações Agências de Bacia Hidrográfica e tomar as medidas necessárias à participação do Estado, juntamente com os municípios e a sociedade civil, na instituição da Fundação Agência das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá e outras cuja criação viesse a ser decidida pelos respectivos comitês e aprovada pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos.

Uma vez que a cobrança só foi regulamentada no ano de 2006⁹⁰, os Comitês PCJ deliberaram pela indicação do Consórcio Intermunicipal já existente para exercer temporariamente as funções de sua Agência de Águas. Essa experiência foi mais exitosa do que a do Paraíba do Sul, pois consórcio e comitês já coexistiam numa relação de resultados profícuos e tecnicamente consistentes. O consórcio tinha acumulada atuação calcada em resultados, demonstrando experiência e capacidade de execução.

Finalmente, em 2009, foi instalada a Fundação Agência das Bacias PCJ e encaminhada ao CNRH a sua indicação como entidade delegatária das funções de Agência de Águas das citadas bacias. O modelo da fundação atende à determinação da legislação do Estado de São Paulo e, dessa maneira, permite que haja uma relação mais harmoniosa entre a entidade e os comitês. É necessário comentar que a opção por esse modelo, considerando se tratar de uma bacia interestadual, criou um problema na participação do estado de Minas

⁹⁰ Deliberação Conjunta PCJ 048 (de 28 de setembro de 2006).



Gerais, por veto de sua Constituição quanto a fundações de direito privado (artigo 14, parágrafo 5º da Constituição Estadual de 1989, que estabeleceu que ao Estado de Minas Gerais só é permitido manter fundação pública de direito público). A consequência é que na mesma bacia, em Minas Gerais, não há delegação. O próprio órgão gestor, o Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM), exerce as funções de Agência de Bacia Hidrográfica.

As experiências vividas pela AGEVAP e pelo PCJ levaram o Comitê da Bacia Hidrográfica do São Francisco a proceder à escolha de outra forma. Abriu-se um edital pelo qual foram convidadas a participar da escolha as organizações civis que se enquadrassem na legislação vigente e nas exigências do edital, para exercerem a função de entidade delegatária na bacia. Como resultado, foi selecionada a organização civil Agência de Bacia Peixe Vivo que, na ocasião, já exercia essa função para o Comitê da Bacia do Rio das Velhas, curso de água de domínio do estado de Minas Gerais e afluente do rio São Francisco. A AGB Peixe Vivo é uma associação de usuários que tem a mesma estrutura da AGEVAP: uma Assembleia Geral, um Conselho Administrativo, um Conselho Fiscal e uma Diretoria⁹¹. A AGB Peixe Vivo optou por montar uma robusta equipe diretora, composta por nomes reconhecidos na área de gestão de recursos hídricos. A excelência técnica, respaldada por salários competitivos, foi a opção do modelo dessa associação.

Apesar do pouco tempo de existência, a AGB Peixe Vivo sofre com os mesmos problemas de relacionamento com o comitê e se submete a rígidas regras de controle do uso dos recursos públicos, incluindo severas restrições para contratação e compras, mesmo que de baixos valores.

O modelo seguinte foi do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce, que foi selecionado para atuar como entidade delegatária, nas mesmas condições de edital postas para o São Francisco, o Instituto Bio-Atlântica (IBIO). A história do IBIO repete as experiências antecedentes: excesso de burocracia, falta de autonomia e interferências levaram o instituto a, após alguns anos de atuação, rescindir os contratos firmados e devolver a gestão aos entes públicos. O IBIO foi sucedido pela AGEDOce, que é a denominação utilizada pela AGEVAP – filial Governador Valadares-MG, a qual está legalmente habilitada a exercer as funções de Agência de Água para CBH-Doce, em âmbito federal, e para seis comitês estaduais mineiros: Piranga, Piracicaba, Santo Antônio, Suaçuí, Caratinga e Manhuaçu.

Em Minas Gerais, além da AGB Peixe Vivo, existe a Associação Multissetorial de Usuários de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Araguari (ABHA)⁹², que obteve aprovação do CNRH para ser a entidade delegatária de toda a bacia do Rio Paranaíba, do qual o rio Araguari

⁹¹ Seu conselho é mais enxuto e composto por representantes de empresas usuárias de recursos hídricos da bacia e ainda por alguns membros da organização/sociedade civil.

⁹² Resolução CNRH 134, de 15 de dezembro de 2011, que delegou competência à ABHA para desempenhar, como entidade delegatária, as funções inerentes à Agência de Água da Bacia Hidrográfica do Rio Paranaíba.



é afluente. Essa tem sido uma tendência: uma única entidade para atuar como agência em uma bacia, congregando corpos de água de domínio da União de domínio dos estados, tal como no rio São Francisco e no rio Doce. Vale destacar que o processo de seleção da ABHA partiu de uma iniciativa da ANA, que, para repassar os recursos financeiros de apoio ao funcionamento do comitê, especialmente no processo de mobilização para a discussão do Plano de Recursos Hídricos e implementação da cobrança da água, condicionou o repasse à formalização de um contrato de gestão, portanto, à prévia seleção de uma entidade delegatária.

No Rio de Janeiro, além da AGEVAP que atua como entidade delegatária, as bacias dos rios São João e Zona Costeira (Lagos São João) e das lagoas de Araruama e Saquarema escolheram como entidade delegatária o Consórcio Intermunicipal para a Gestão Ambiental das Bacias da Região dos Lagos⁹³.

Do exposto, verifica-se que há uma predominância pelo modelo de entidades delegatárias que acabam sendo espécies de associações de usuários, com estrutura semelhante à das organizações civis de interesse público, sem que se tenha de fato uma avaliação com base em estudos mais profundos sobre qual deve ser a alternativa mais adequada de modelo jurídico. Fato é que, com esse modelo, a entidade com maior tempo de existência, a AGEVAP, não conseguiu se firmar como uma entidade forte, capacitada a dar respostas para os principais problemas de disponibilidade de água da bacia e ser referência para a sociedade na busca de soluções no campo da gestão de recursos hídricos.

2.6 RELAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS GESTORES, COMITÊS, AGÊNCIAS E O CONTRATO DE GESTÃO

Como dito acima, não tem sido simples a relação entre órgãos gestores, comitês e entidades delegatárias, o que explica em parte a baixa efetividade na gestão das bacias e justifica a proposição apresentada no **Item C deste estudo — Dos Caminhos**. O que se propõe é uma revisão completa das funções e competências dos membros do SINGREH, com regras claras de responsabilidades.

Tome-se, por exemplo, a conflituosa relação entre comitês e entidades delegatárias, inclusive na definição das prioridades de aplicação dos recursos financeiros e na forma de fazê-lo. No contrato de gestão com a entidade delegatária, o comitê, sem previsão legal, atua como anuente⁹⁴. Esse desvirtuamento também contamina a questão financeira.

⁹³ Resolução CERHI-RJ 47, de 26 de maio de 2010, que aprovou a indicação do Consórcio Intermunicipal para a Gestão Ambiental das Bacias da Região dos Lagos, do Rio São João e Zona Costeira – CILSJ como entidade delegatária das funções de Agência de Água do Comitê das Bacias Hidrográficas das Lagoas de Araruama e Saquarema e dos rios São João e Una, por um período de 5 (cinco) anos a partir de 2010, conforme Resolução 33/2010 do referido comitê.

⁹⁴ De acordo com artigo 2º, § 1º da Lei 10.881/2004, o termo de contrato de gestão deve ser aprovado pelo Ministro do Meio Ambiente, após **manifestação** do comitê. Portanto, cabe ao comitê apenas recomendar ou não a contratação, não lhe cabendo anuir.



Lembramos aqui que o contrato de gestão delega a função pública a uma entidade de direito privado. O comitê, conforme previsão legal, é **definidor** dos mecanismos e valores da cobrança e tem competência para decidir onde e como aplicar (Plano de Bacia), não havendo amparo legal que o leve a interferir na atuação da entidade delegatária.

Por certo, essa intervenção é contrária à própria natureza dos contratos de gestão, qual seja, viabilizar o cumprimento de determinados objetivos a partir da conferência de maior grau de autonomia à entidade executora, mediante a substituição do controle meramente formal (contabilidade, orçamento, licitação, processo de seleção de pessoal etc) pelo controle de resultados. Nesse sentido, deve-se examinar a conveniência e oportunidade em se propor alteração legislativa que estabeleça, de maneira expressa, exceções e/ou métodos simplificados à observância dos referidos controles pelas entidades sob o regime de contrato de gestão.

2.7 TRAMITAÇÃO E APLICAÇÃO DO RECURSO FINANCEIRO

O atual processo de arrecadação, repasse à entidade delegatária e aplicação do recurso financeiro oriundo da cobrança pelo uso da água é o último obstáculo relevante, identificado em nossos estudos, a ser superado para a eficiência do SINGREH.

O problema surgiu de forma mais clara quando da implementação da cobrança no Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Logo, na primeira remessa, os recursos arrecadados pela ANA e contabilizados no Tesouro Nacional sofreram cortes por meio de um decreto de contingenciamento. Constatou-se, assim, o distanciamento entre o modelo proposto para a gestão das águas na Lei 9.433/1997 e todos os demais sistemas da administração pública brasileira. Os contingenciamentos e desvios de recursos implicam, também, em desvirtuamento do princípio da cobrança pelo uso da água, que pressupõe a aplicação na bacia hidrográfica onde foi arrecadado e conforme determinação do respectivo comitê. A falta de repasse dos recursos em questão colocou em risco a credibilidade e legitimidade do SINGREH, a ponto de uma grande empresa usuária ter ajuizado ação judicial questionando a validade do instrumento da cobrança⁹⁵.

Esse acontecimento proporcionou uma grande mobilização de vários agentes, incluindo os representantes da sociedade civil e usuários de água membros do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, mas especialmente da ANA, para aprovar, via Medida Provisória, uma lei que pudesse dar garantias de um tratamento diferenciado para esses recursos.

⁹⁵ Processo 2003.51.01.024266-6 (23ª Vara Federal do Rio de Janeiro) e processo nº 2003.51.01.027538-0, Tribunal Regional Federal da 2ª Região no qual se discutiu “o pagamento de preço público, com destinação determinada, sabendo que o mesmo pode ser desviado da sua finalidade em razão de contingenciamento”.



Foi assim que, em 2004, foi promulgada a Lei 10.881, que além de dar maior segurança ao não contingenciamento dos recursos financeiros advindos da cobrança (apoia a peregrinação, ainda existente e necessária, dos dirigentes da agência para a liberação dos recursos), regulamentou o contrato de gestão, por meio do qual a entidade equiparada a uma Agência de Bacia pudesse receber os recursos para cumprir as funções delegadas de gestão.

Essa lei certamente foi um grande avanço, se comparada aos modelos de repasse de recursos públicos até então existentes, não raro via convênio ou termo de parceria. Entretanto, ela não foi suficiente para contornar todos os obstáculos e não solucionou o mesmo problema em alguns estados, cujos contingenciamentos ainda são uma constante realidade. Em verdade, o ideal de se ter uma entidade mais ágil para a gestão dos recursos hídricos transformou-se em mais uma complexidade para a gestão, na qual o que se tem efetivamente é um custo de transação elevadíssimo para que uma entidade, mesmo que de direito privado, aja de fato como um organismo da administração pública direta.

O problema de contingenciamento não existe nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, pois neles os recursos são diretamente contabilizados nos respectivos Fundos de Recursos Hídricos (FEHIDRO e FUNDRHI).

Em São Paulo, recursos arrecadados na cobrança pelo uso da água não foram incluídos entre as fontes de receita das Agências de Bacia, porquanto tal disposição foi objeto de veto do Executivo, *in verbis*: *Ocorre que tais recursos, nos expressos termos da mencionada Lei 7.663/1991, constituem receita do Fundo Estadual de Recursos Hídricos, criado para dar suporte financeiro à Política Estadual de Recursos Hídricos e organizado mediante subcontas que permitam a gestão autônoma dos recursos financeiros pertinentes a cada bacia hidrográfica, cabendo às Agências de Bacia gerir esses mesmos recursos, administrando, assim, as respectivas subcontas do FEHIDRO (artigo 29, parágrafo 1º, III e artigos 35, 36 e 37). E mais: (...) é o FEHIDRO que deve repassar às Agências de Bacia, por intermédio das correspondentes subcontas, os recursos financeiros derivados da cobrança pela utilização dos recursos hídricos, os quais deverão ser por elas administrados, de acordo com as leis orçamentárias do Estado, (...).*

Na prática, os recursos das agências são contabilizados em subcontas do FEHIDRO (por bacia hidrográfica) e é estabelecido um fluxo financeiro (acordo entre a Fazenda de SP, a Agência e o FEHIDRO), de forma a garantir que o total dos recursos arrecadados esteja à disposição da agência, em conta bancária por ela movimentada, na periodicidade prevista na legislação sobre execução orçamentária.

No estado do Rio de Janeiro, os recursos arrecadados, assim como as multas e a dívida ativa decorrente de débitos com a cobrança, são dirigidos ao Fundo Estadual de Recursos



Hídricos (FUNDRHI). A compensação para o estado pelo aproveitamento hidrelétrico do território e a cobrança do passivo ambiental também são administradas pelo fundo. Os recursos são utilizados para financiar estudos, projetos e obras incluídos nos Planos de Bacia Hidrográfica, inclusive para proteção de mananciais ou aquíferos, além de custear despesas de monitoramento da qualidade da água e de capacitação de pessoal em gerenciamento de recursos hídricos.

Assim como no FEHIDRO (SP), os recursos do FUNDRHI são organizados em subcontas, por bacia. O fundo carioca permite a gestão autônoma dos recursos em cada região hidrográfica. Os projetos dos comitês que dependem de recursos do FUNDRHI são submetidos ao Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERHI), para deliberação e aprovação. Na ausência do Plano de Bacia, o órgão gestor pode aplicar diretamente os recursos do FUNDRHI nos programas governamentais de recursos hídricos.

Entretanto, a Emenda Constitucional estadual 73/2019 alterou o artigo 94 do ADCT da Constituição do RJ, permitindo o que foi chamado de *desvinculação* de 30% do saldo das contas do Fundo, que serão transferidos para a conta única do Tesouro Estadual. Dessa forma, parte da arrecadação da cobrança foi desviada.

Em Minas Gerais, o estado repassa os recursos como se tratasse de um convênio, portanto, com todas as dificuldades desse tipo de ato administrativo. O repasse fica condicionado à conveniência e oportunidade dos agentes públicos responsáveis, ao invés de vinculado aos compromissos assumidos pela entidade delegatária responsável pela execução das ações na bacia, tornando o fluxo de caixa inseguro e a aplicação dos recursos ineficiente. O atual modelo permite o constante contingenciamento dos recursos financeiros, especialmente os referentes aos 92,7% para investimentos em ações de gestão, que só são liberados por ação do Ministério Público e de forma imprevisível.

Para desestimular o contingenciamento ou a inconstância dos repasses, alguns comitês tentaram criar um fator multiplicador (*Kgestão*) a ser aplicado no valor da cobrança, reduzindo-o ou zerando-o em função do efetivo retorno à bacia dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos. Entretanto, na prática, esse critério de ponderação nunca foi aplicado.

Em suma, no que tange à aplicação dos recursos da cobrança pelo uso de recursos hídricos, tem-se os cenários detalhados nos parágrafos a seguir.

Em rios de domínio da União (Lei 9.433/1997) e no estado de Minas Gerais (Lei 13.199/1999), 7,5% dos valores arrecadados devem ser aplicados no custeio do sistema. A maior parte desse percentual sustenta o custeio da entidade delegatária e tem-se demonstrado insuficiente. Esse é um dado delicado, pois se tem um modelo em que o gestor requer



mais recursos para funcionar, mas é pouco eficiente na implementação dos Planos de Bacia. É um dilema de *Tostines: o gestor alega que faz pouco porque não tem recursos suficientes para seu custeio e os membros do SINGREH não querem aumentar os recursos do custeio porque o gestor entrega pouco resultado*. E a segurança hídrica continua sendo um ideal inalcançável.

Os 92,5% restantes da arrecadação devem ser destinados a ações definidas nos Planos de Bacia. Ocorre que, como regra, são priorizados pelos comitês os investimentos em saneamento, com claro desvirtuamento de aplicação, já que o saneamento é uma obrigação legal dos municípios. É compreensível que os comitês optem pelo pragmatismo: como os municípios não investem em saneamento e os descartes de esgoto e resíduos sólidos são as principais fontes poluidoras dos cursos hídricos, 60% (sessenta por cento) dos recursos da cobrança suprem a omissão municipal, mas o pragmatismo não pode obscurecer o erro. Essa opção aumenta a já mencionada desconfiança e descrença entre os demais usuários, que enxergam nessa opção um modo equivocado de se corrigir o problema.

Em São Paulo, até 7,5% dos valores arrecadados são destinados para: (i) desenvolvimento de bases técnicas e instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos; (ii) pagamento dos agentes técnicos e financeiro do FEHIDRO, que fazem a gestão financeira; e (iii) operação e manutenção dos sistemas de controle da cobrança – Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) e Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB). Até 10% (dez por cento) são destinados à Agência de Águas ou, na sua ausência, ao DAEE, para: (i) cobertura de custos operacionais da cobrança; e (ii) custeio da Secretaria Executiva do CBH. Os recursos restantes são aplicados nos Planos de Bacia, conforme decisão dos comitês e, assim como no caso dos recursos federais, em torno de 74% são destinados para ações em saneamento⁹⁶.

No estado do Rio de Janeiro, 10% devem ser aplicados no próprio órgão gestor, o INEA. Os 90% restantes devem ser investidos na região hidrográfica onde foram captados, com base nos programas previstos nos Planos de Bacia aprovados pelos respectivos comitês. Por lei, 70% dos recursos arrecadados com a cobrança do setor de saneamento devem ser, obrigatoriamente, investidos em coleta e tratamento de esgotos, até que se atinja o percentual de 80% do esgoto coletado e tratado na respectiva Região Hidrográfica⁹⁷. O programa de aplicação, constante dos Planos de Recursos Hídricos de cada comitê, depende da aprovação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERHI). Onde não há comitê formado, o INEA aplica diretamente, também mediante aprovação do CERHI, os recursos em intervenções e ações de conservação.

96 No estado de São Paulo, vide a Lei Estadual 12.183 (29 de dezembro de 2005), regulamentada pelo Decreto Estadual 50.667 (30 de março de 2006).

97 Lei Estadual 5.234/2008. Essa regra deve ser revista, já que os serviços de saneamento no estado do Rio de Janeiro foram concedidos.



Problema comum a todos, oriundo também das amarras da burocracia da administração pública, é o financiamento reembolsável. De acordo com a legislação, os valores oriundos da cobrança devem ser aplicados, a fundo perdido, em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água. Dentre outros problemas, essa limitação impede o acesso aos recursos por entes privados, usuários de água e contribuidores do Sistema (há exceção em SP, com os recursos do FEHIDRO e no RJ com os recursos do FUNDRHI que podem ser disponibilizados via financiamento⁹⁸).

Ao tratar da aplicação dos recursos da cobrança, volta-se à discussão sobre a *simbiose* entre a agenda de recursos hídricos e a do saneamento. O tratamento do esgoto é um ponto estratégico a merecer, no desenvolvimento deste trabalho, maior reflexão. Em todas as bacias hidrográficas onde se tem a cobrança pelo uso da água, é o esgoto a atividade causadora de maior poluição e, portanto, de redução da disponibilidade hídrica no que diz respeito à qualidade adequada aos seus múltiplos usos.

Uma vez que os municípios não têm recursos ou não priorizam investimentos em saneamento, a saída estruturada, com incentivo do Governo Federal, foi a concessão dos serviços de saneamento a empresas privadas. A título de exemplo, nos últimos dois anos, foram licitadas concessões no interior do Rio Grande do Sul, na região metropolitana de Maceió, no interior do Mato Grosso do Sul, em Cariacica (ES), em todo o estado do Amapá e, finalmente, em diversas regiões do estado do Rio de Janeiro – maior concessão de saneamento até hoje licitada, com mais R\$20 bilhões pagos apenas como outorga. E ainda virão a COPASA, o interior de Alagoas, todo o estado de Rondônia, e outras.

Essa tendência alterará radicalmente a situação dos recursos hídricos. De um lado deve aumentar a arrecadação com o uso da água, já que as concessionárias privadas de saneamento tendem a maximizar a oferta de água. De outro lado, haverá menos demanda de investimentos de recursos da cobrança em saneamento. Por fim, haverá maior pressão para que seja garantida a disponibilidade hídrica, já que a falta de água afeta de forma relevante o equilíbrio das concessões. Todos esses fatos reforçam a necessidade de revisão do SINGREH e de adoção de ideias criativas que aumentem a efetividade na aplicação dos recursos.

2.8 SÍNTESE – TEMAS E PROBLEMAS DA COBRANÇA

Como guia para a apresentação e compreensão dos próximos itens que tratarão sobre sugestões *Dos Caminhos* a seguir e para dar maior robustez a este estudo, que pode ser um instrumento de aperfeiçoamento da gestão, sintetizamos os principais temas e problemas até agora abordados.

⁹⁸SP - Decreto 48.896 (de 26 de agosto de 2004), artigos 14 e seguintes. RJ - Decreto 35.724 (de 18 de junho de 2004), artigo 6º.



Nos parágrafos anteriores, demonstrou-se que, passados 25 anos da promulgação da Lei 9.433/97, os objetivos da Política Nacional e das Políticas Estaduais de Gestão de Recursos Hídricos, qual sejam, assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, está longe de ser alcançado, apesar de ter havido avanços notáveis e casos de sucesso. A crise hídrica e energética demonstra a necessidade premente de revisão da atuação do SINGREH e dos instrumentos de gestão, como a seguir sintetizado:

- a) Planos de Bacia – Em que pese o grande e valoroso conteúdo técnico e de informações e os esforços de integração, fato é que, seja pelas suas limitações de alcance legal, seja pela explícita falta de uma abordagem correta, os Planos de Bacia, de maneira geral, não contribuem de forma clara e propositiva para uma implementação eficaz da cobrança pelo uso da água ou para o aumento da quantidade e da qualidade da água.
- b) Outorga – O elevado número de usos irregulares, cadastros não atualizados, a falta de modelo para a contabilidade hídrica dos usos cujos volumes são considerados insignificantes e a falta de regulamentação (ou insuficiente regulamentação) da outorga para lançamento de efluentes prejudicam a gestão de modo geral, impactam a capacidade de arrecadação e geram a ideia de que a cobrança recai apenas àqueles usuários regulares.
- c) Poder Público – A fragilidade dos órgãos gestores estaduais, refletida em planos de carreira e salários pouco competitivos com o mercado e pela fusão (não a necessária integração) com o sistema ambiental, é uma das causas da ineficiência na aplicação dos instrumentos de gestão, gerando ineficiência também em todo o processo de implementação da cobrança pelo uso da água.
- d) Agências de Água e Entidades Delegatárias – Na maioria das bacias hidrográficas nas quais a cobrança foi implementada (pouquíssimas, diga-se), as agências não foram criadas e o modelo dominante é da delegação da gestão a um ente privado, que, entretanto, luta contra as amarras da burocracia impostas aos órgãos públicos. Essa idiossincrasia reduz a eficiência na gestão. O limite legal para as verbas de custeio, 7,5% a 10% do valor arrecadado com a cobrança, também representa um problema, sobretudo porque, a partir de nossas experiências pregressas, inferimos que o potencial arrecadação com a cobrança pelo direito de uso da água, na maioria das bacias, seria insuficiente para implementação dos Planos de Bacia e custeio de uma agência ou uma delegatária. Daí decorre que não se nos afigura adequado, e mesmo juridicamente correto (considerando, por exemplo, o princípio constitucional da eficiência), criar um limite geral de custeio, quando cada bacia pode ter suas especificidades e necessidades não necessariamente correspondentes ao montante da arrecadação da cobrança pelo uso da água.



- e) Modelos e Aplicação dos Recursos – É urgente e necessária a revisão das regras para que sejam evitados contingenciamentos ou desvios na aplicação dos recursos, bem como para retirar da aplicação dos recursos financeiros as amarras burocráticas exigidas para as contratações públicas de bens e serviços. Ademais, há de se pensar e considerar soluções mais criativas que viabilizem a aplicação direta da cobrança por quem paga, o usuário. Seria inovar em modelos de securitização, ou processos alternativos e complementares de captação de recursos, tão necessários a nossas bacias hidrográficas e alinhados, por exemplo, com a nova Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais (PNPSA).
- f) Órgãos gestores, comitês e agências/delegatárias – A relação entre todos os entes envolvidos no sistema também precisa ser repensada, com a busca de consenso quanto aos papéis de cada um. Merece destaque a conflituosa relação entre comitê e entidade delegatária que se expressa de maneira clara na definição das prioridades de aplicação dos recursos financeiros, em que pese deveriam estar claramente postas nos Planos de Bacia e vinculadas aos contratos de gestão.
- g) Dupla dominialidade e o papel dos municípios – O tema, embora complexo, é de grande impacto na gestão de recursos hídricos, com implicações na implementação da cobrança. É necessário um olhar inovador e uma ação ousada para dar maior segurança jurídica à gestão de bacias no contexto de duplo domínio das águas, a exigir esclarecimento das atribuições federativas e melhor integração por meio de lei complementar.
- h) Inovação – A busca de respostas demanda desapego e inovação. É necessário aprofundar questões como: cessão onerosa de direito de uso dos recursos hídricos; créditos para investimentos privados no Plano de Bacia; fundos de recursos hídricos; e, concessões da gestão de bacias (modelo considerado no PL do Novo Marco Legal dos Recursos Hídricos)⁹⁹. No contexto, há que se montar uma agenda parlamentar em que se disponha a *pensar fora da caixa*.
- i) Avaliação e integração com demais instrumentos econômicos e mecanismos de estímulo ao aumento da disponibilidade – Dois instrumentos estão presentes nos estados e precisam ser avaliados quanto à integração e complementação à cobrança: compensação aos municípios pela criação de áreas de restrição para proteção dos recursos hídricos e rateio de obras de uso múltiplo. A questão do reúso, com a proposição de uma qualificação jurídica do efluente tratado de esgoto doméstico para fins de destinação ao reúso, também é oportunidade a ser avaliada, assim como mecanismos alternativos de pagamento.

⁹⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Projeto de lei Marco Hídrico**: política nacional de infraestrutura hídrica. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/cnrh/VisogeraldoPLdoMarcoHidrico_SeminrioCNRH17.02.22.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.



- j) Complementação de investimentos – Independentemente do critério de valoração do preço do m³ de água utilizado, é de se reconhecer que a cobrança não será capaz de atingir os valores de investimentos necessários. Há de se buscar novas fontes de captação como as compensações ambientais, PSA e outras formas de investimento privado, incluindo aportes dos tesouros municipais, estaduais e federal, justificados pelo acúmulo do passivo em décadas de má gestão e controle.





3 DOS RECURSOS FINANCEIROS ADVINDOS DA COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA – QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

3.1 ÁGUA (BEM PÚBLICO): USO E APROPRIAÇÃO

Uma vez apresentados os dispositivos legais aplicáveis ao tema e o diagnóstico das principais questões e obstáculos para a aplicação dos recursos advindos da cobrança pelo uso da água (temas e problemas), necessário se faz partir para uma qualificação jurídica do instituto ora em estudo, o que permitirá, a seguir, identificar a necessidade de aprimoramento da legislação e, em fase posterior, as alternativas de uso dos recursos arrecadados.

Quando se está a analisar a natureza jurídica de um determinado fato ou bem, por óbvio, deve-se partir de suas características intrínsecas, sejam elas materiais (características físicas, químicas, biológicas) ou imateriais (objetivo a ser alcançado, interesses envolvidos, função desempenhada etc).

Não parece haver nenhuma dúvida de que a água é um bem material (tem existência física), com características físico-químicas definidas. Sem embargo, esse bem também tem uma natureza imaterial, pois é um recurso essencial à vida, escasso e que deve ser compartilhado por toda a sociedade¹⁰⁰.

A propósito, o Ministério do Meio Ambiente, por meio da Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano, elaborou um estudo denominado *PROGRAMA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS – PROÁGUA NACIONAL – Relatório Técnico*

¹⁰⁰ Maria Luiza Machado Granziera denota essa ideia ao afirmar que *a necessidade de controlar o uso da água está intrinsecamente relacionada com a escassez do recurso. À medida que a água é entendida como um bem finito e escasso passível de valoração econômica, o controle do seu uso assume contornos de garantia de sobrevivência. É nesse quadro que se vislumbra, hoje a outorga de direito de uso da água.* Granziera, Maria Luiza Machado – no artigo *Outorga de Direito de Uso da Água: Aspectos Legais* publicado na Revista de Direito Ambiental – Editora Revista dos Tribunais, volume 26, página 152.



*Parcial 2A*¹⁰¹, que confirma a adoção dessas mesmas ideias em organismos internacionais. Vale reproduzir o 2º parágrafo do item 2.1 desse relatório, *verbis*:

Com efeito, os modernos conceitos, reconhecidos internacionalmente para orientar a política e o gerenciamento dos recursos hídricos, têm suas raízes na Declaração da Conferência de Dublin de 1992, evento preparatório à Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de junho de 1992, no Rio de Janeiro, que contém quatro princípios. São eles: Princípio 1. A água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para manter a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente. (...) Princípio 4. A água tem um valor econômico em todos os seus usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico assim como um bem social.

Uma vez consolidadas essas características intrínsecas dos recursos hídricos, cumpre averiguar *se e de que forma* as mesmas foram refletidas em nosso sistema jurídico.

Conforme anteriormente mencionado, a Constituição trata a água como um bem público sob domínio da União ou dos estados¹⁰². Como se pode facilmente notar, o legislador constituinte abraçou o conceito de que a água é um recurso essencial, estratégico, e que deve ser compartilhado por toda a sociedade, razão pela qual o classificou como de um dos bens sob domínio daqueles entes públicos¹⁰³.

Vale esclarecer, todavia, que o fato de a água ser um bem sob domínio da União ou dos estados não significa que cabe exclusivamente a essas entidades estatais o direito de uso, fruição e disposição dos mesmos. A água deve ser entendida como um bem de todos, um bem que a todos pertence sem pertencer individualmente a ninguém.

As normas infraconstitucionais seguem idêntica orientação. O artigo 1º da Lei 9.433/1997 estabelece que a água é um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico¹⁰⁴. Da mesma forma, o Código Civil estabelece que são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, constituindo de uso comum do povo os rios e mares¹⁰⁵.

101 Levantamento e análise dos artigos da Lei 9.433/1997 referentes à Política Nacional de Recursos Hídricos, visando à proposição de possíveis ajustes e regulamentações pelo positivismo, qual seja a formalização das regras em normas escritas e integradas de forma sistêmica. Nesse sentido, é a Constituição Federal que estabelece o arcabouço ou a estrutura fundamental do sistema jurídico pátrio. Essa estrutura basilar é complementada e ordenada por leis (complementares ou ordinárias) que, por sua vez, são reguladas, detalhadas e comentadas por meio de atos infralegais ou administrativos (decretos, instruções, portaria, resoluções etc). Sendo assim, é recomendável iniciar a qualificação jurídica da água pela revisão das normas constitucionais aplicáveis.

102 Constituição Federal, artigos 20, inciso III, e 26, inciso I.

103 A propósito, tratou do tema José Marcos Domingues, no artigo *Cobrança de Água. Regime Jurídico-Financeiro dos Recursos Hídricos*, publicado na obra *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direito Ambiental Estadual – Editora Lumen Juris – volume XXI – página 113*.

104 Lei 9.433/1997, artigo 1º, incisos I e II.

105 Lei 10.496/2002, artigo 98 e 99, inciso I.



Uma vez que estamos a tratar de um bem público, é necessário definir a que tipo de bem público nos referimos. O Prof. José dos Santos propõe explicação didática sobre o conceito e a classificação dos bens públicos, como se reproduz¹⁰⁶:

Considerando a destinação, vale dizer, o objetivo a que se destinam, os bens públicos classificam-se em: bens de uso comum do povo; bens de uso especial; e bens dominicais. Essa classificação não é nova. Ao tratar dos bens públicos e particulares, o Código Civil procedeu à distinção entre essas três categorias de bens, procurando explicá-la no art. 99 do Código Civil. Vejamos os dados mais significativos dessa classificação. Como deflui da própria expressão, os bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais ou municipais. Nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira do Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público. (...) Bens de uso especial são aqueles que visam a execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. (...) Quanto ao uso em si, pode dizer-se que primordialmente cabe ao Poder Público. Os indivíduos podem utilizá-los na medida em que algumas vezes precisam estar presentes nas repartições estatais, mas essa utilização deverá observar as condições previamente estabelecidas pela pessoa pública interessada, não somente quanto à autorização de horário, preço e regulamento. (...) De acordo com o antigo Código Civil, os bens dominicais eram 'os que constituem o patrimônio da União, dos estados e dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades' (art. 66, III). O novo Código Civil alargou um pouco o conceito, substituindo a alusão a União, Estados e Municípios pela expressão 'pessoas jurídicas de direito público' (art. 99, III), à evidência mais abrangente e compatível com a própria ideia de bens públicos trazida no art. 98. (...) Desse modo, são bens dominicais as terras sem destinação pública específica (entre elas, as terras devolutas, adiante estudadas), os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa. Esses que constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público.

O Prof. Diogo de Figueiredo, ao tratar da classificação dos bens públicos em função de sua utilização, leciona no mesmo sentido¹⁰⁷:

106 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. [S.l.]: Lumen Juris, 2007. p. 1078-1080.

107 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. [S.l.]: Forense, 2011. P. 385.



É a clássica tríplice divisão, mantida no art. 99 do Código Civil: 'bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais'. Se o uso é aberto ao público, como o das ruas, praças, avenidas, estradas, praias etc., têm-se os 'bens públicos de uso comum'. Se o uso é restrito, de modo a atender à execução ou apoio de atividades públicas, incluídos os serviços públicos de execução transferida, têm-se os 'bens públicos de uso especial', como são os edifícios públicos, as praças militares, os navios e aeronaves de guerra, as vias férreas, os aeroportos, os artefatos bélicos, os veículos oficiais, etc. Finalmente, se os bens públicos ainda não receberam ou perderam uma destinação pública – comum ou especial – mas podem vir a ser utilizados de futuro para qualquer fim administrativo, têm-se os 'bens públicos dominicais', pertencendo a esta categoria, as terras devolutas e os bens que decaíram da necessária qualidade para atender a determinados tipos de utilização.

Das lições anteriormente reproduzidas, conclui-se que a água não é um bem público de uso especial, pois não é um instrumento para a realização da atividade estatal. Tampouco é um bem dominical, uma vez que não constitui objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público. É, por exclusão, um bem de uso comum do povo, uma vez que se possibilita a sua utilização efetiva pelos membros da coletividade (destinação pública), conforme a regulamentação do seu uso pelo poder público, restringindo-o ou até mesmo impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público.

Muito embora seja usual sustentar que os bens de uso comum do povo são inalienáveis e não passíveis de apropriação pelo indivíduo, não se pode desconsiderar a realidade dos fatos, contemplada em exceções estipuladas pela legislação vigente. O Código Civil admite expressamente essa possibilidade, ao mencionar que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, *enquanto conservarem a sua qualificação*, na forma que a lei determinar¹⁰⁸. No mesmo sentido, a Lei 9.433/97 dispõe expressamente sobre a possibilidade de apropriação de parte da água¹⁰⁹.

Os comentários do Prof. José dos Santos são, uma vez mais, úteis para aclarar o tema¹¹⁰:

É comum ouvir-se que os bens públicos têm como característica a inalienabilidade. Na verdade, porém, a afirmação não resulta de análise precisa do tema. Se é certo que, em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação. (...) O novo Código Civil disciplinou a matéria com maior precisão e exatamente nos termos que deduzimos acima. No art. 100, dispõe o novo diploma: Os

108 Código Civil, artigo 100.

109 Lei 9.433/1997, artigo 12, incisos I e II.

110 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. [S.l.]: Lumen Juris, 2007. p. 1084-1085.



bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar'. (...) Emanam de tais preceitos que a regra é a alienabilidade na forma em que a lei dispuser a respeito, atribuindo-se a inalienabilidade somente nos casos do art. 100, e assim mesmo enquanto perdurar a situação específica que envolve os bens.

No mesmo sentido o Prof. Diogo de Figueiredo arremata¹¹¹:

Em princípio, todos os bens públicos são indisponíveis. Todavia, há exceções. Esta classificação distingue aqueles bens que, em determinadas circunstâncias, sempre de previsão legal, poderão ser divertidos para outros fins e até alienados. Assim são 'absolutamente indisponíveis', como regra, os bens públicos de uso comum e os bens públicos de uso especial, vinculados que se encontram, por definição, a interesse público caracterizado e atual. (...) Os 'bens públicos de uso comum do povo' e os de 'uso especial' são 'inalienáveis', enquanto conservarem sua qualificação (afetação), na forma que a lei determinar (art. 100 do Código Civil), e os 'bens públicos dominicais' podem ser alienados, observadas as exigências legais (art. 101 do Código Civil). A alienação de bens públicos, conforme, aliás, dispõe o Código Civil, no seu art. 100, só pode ser feita 'nos casos e na forma que a lei prescrever'.

As lições acima reproduzidas se amoldam adequadamente ao caso da água. Como anteriormente sustentado, esse recurso é, por princípios consagrados mundialmente e como regra, um bem do povo, de uso comum, a ser compartilhado sem ser apropriado por ninguém. Não obstante, também é fato que, em situações especiais, esse bem é, e pode ser apropriado por um ente privado, como nas hipóteses de consumo humano ou de incorporação da água a um novo bem a ser produzido. Essa exceção à regra é possível, nos termos da lei, porque há um interesse público e coletivo de flexibilização do conceito de inalienabilidade desse bem. É do interesse da sociedade que cada cidadão possa matar sua sede e que um indivíduo possa se apropriar de parte da água disponível para produzir outros bens também necessários à coletividade. Portanto, o Código Civil e a Lei 9.433/97 dão fundamento legal à apropriação da água.

Seguindo essa lógica, e embora a Lei 9.433/1997 reforce que a outorga¹¹² não importa em alienação das águas, mas é simples atribuição do direito de uso¹¹³, o artigo 12 da mencionada lei permite: a (i) *captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; e*

111 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. [S.l.]: Forense, 2011. P. 385-387.

112 A outorga constitui ato de competência do Poder Executivo, sendo permitido à esfera federal delegá-la aos estados e ao Distrito Federal (Lei nº 9.433/1997, artigo 14 e § 1º). A outorga do uso de águas de domínio da União é atribuição da Agência Nacional de Águas (ANA), que o faz por meio de autorização (Lei 9.984/2000, artigo 4º, IV). Os estados podem delegar às respectivas Agências de Água a recepção e análise técnica dos pedidos de outorga e a emissão de parecer sobre os ditos requerimentos (art. 29 da Resolução CNRH nº 16/2001).

113 Lei 9.433/1997, artigo 18. Disposição reiterada pelo parágrafo 1º do artigo 1º, da Resolução CNRH 16/2001.



(ii) e a *extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo*. Portanto, a própria Lei 9.433/1997 permite a apropriação da água na exata medida da parcela como é outorgado a um particular o direito de captação ou extração.

Outros exemplos de apropriação de bens públicos por entes privados reforçam a tese ora sustentada. Assim como a água, os recursos minerais, inclusive os hidrocarbonetos, e o potencial hidráulico (hidrelétrico) também são constitucionalmente qualificados como bens públicos, mas não resta dúvida de que sua apropriação pelos entes privados é permitida nos termos das leis aplicáveis a cada setor.

Além da hipótese de alienação da água a um ente privado, o legislador ordinário também reconheceu a possibilidade de conceder a um ente privado o direito de utilização desse bem de uso comum. O artigo 103 do Código Civil regula expressamente essa hipótese: *O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem*.

A Lei 9.433/1997 também trata expressamente dessa hipótese de uso de um bem público por um ente privado¹¹⁴. Em determinadas situações, é do interesse coletivo que um determinado indivíduo possa usar a água para gerar outros bens também necessários à coletividade, como nos casos também previstos no artigo 12 da mencionada lei, a saber: (i) *lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de diluição, transporte ou disposição final*; (ii) *aproveitamento dos potenciais hidrelétricos*; e (iii) *outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água*. Esse uso do bem público por um ente pode inclusive se dar em prejuízo de outro, quando a lei privilegia a dessedentação gerando danos a outros usuários em situações de escassez.

Em suma, é possível extrair duas conclusões relevantes sobre a qualificação jurídica da água:

- a) É um bem público de uso comum do povo e, como regra, não é passível de alienação/apropriação; e
- b) Entretanto, em situações específicas, o uso desse bem público ou a sua apropriação pelo ente privado podem ser (e de fato são) autorizadas por lei, mediante outorga.

Tais conclusões são importantes para derivar a natureza jurídica da cobrança pelo uso da água como se passa a tratar.

¹¹⁴ A Lei 9.433/1997 delimitou diretrizes sobre a outorga de direitos de uso da água (artigos 11 a 18) e atribuiu ao CNRH competência para estabelecer seus critérios gerais (artigo 35, X), o que fez pelas suas Resoluções 16.104, de 8 de maio de 2002, e 37.104, de 26 de março de 2004. Porém, pode-se discutir se tais critérios gerais deveriam ser matéria reservada à lei, cabendo ao CNRH apenas regulamentá-los.



3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA

Uma vez consignado que a água pode ser apropriada por um ente privado ou pode ter seu uso concedido ou autorizado a uma pessoa física ou jurídica, deve-se considerar a possibilidade de pagamento, remuneração ou contraprestação nessas hipóteses. De um ponto de vista jurídico-filosófico, acredita-se ser justificável que aquele que se apropria e/ou obtém benefícios pelo uso de um bem do povo retorne à coletividade algum pagamento, remuneração ou contraprestação.

3.2.1 REMUNERAÇÃO PELO USO DO BEM PÚBLICO

A possibilidade de pagamento, remuneração ou contraprestação pela apropriação ou pelo uso de bens públicos foi expressamente prevista no artigo 20, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 nas hipóteses de petróleo e gás natural, recursos hídricos para fins de geração de energia e de outros recursos minerais¹¹⁵.

É importante consignar que o referido dispositivo constitucional serve de paradigma de pagamento, remuneração ou contraprestação pela apropriação de um bem público, mas não se aplica ao caso ora em estudo. Isso ocorre porque a água não foi incluída no parágrafo acima reproduzido. E nem se diga que a regra constitucional faz referência a recursos hídricos e que essa expressão seria sinônimo de água. Em primeiro lugar, o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal não faz referência a qualquer recurso hídrico, mas apenas àquele usado para geração de energia¹¹⁶.

Note-se que o potencial de energia hidráulica tem a natureza de bem dominial, do *domínio privado do Estado*¹¹⁷, para diferenciar do então domínio público, que hoje se denomina bens de uso comum do povo, como os lagos, os rios e as águas subterrâneas. O potencial de energia hidráulica é destacado, por ficção jurídica, dos corpos de água de que provêm. Enquanto estes podem ser de domínio da União ou dos estados, aquele a Constituição atribui tão somente ao domínio federal¹¹⁸.

115 Constituição Federal: Art. 20 (...) parágrafo 1º - *É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.*

116 É bem de ver que o vocábulo “água” e o termo “recurso hídrico” não são sinônimos, conforme elucida Cid Tomanik Pompeu: *No estudo das matérias relativas à água, deve-se ter presente a distinção entre o significado do vocábulo ‘água’ e o da expressão ‘recurso hídrico’, pois é comum encontrar, em leis e manifestações doutrinárias e técnicas, a utilização do vocábulo e da expressão como sinônimos, o que não é verdade. ‘Água’ é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o gênero. ‘Recurso hídrico’ é a água como bem econômico, ‘utilitário’, passível de uso com tal fim. (...) Embora para alguns possa parecer árida, a distinção é bem simples. Quando afirmamos ser a ‘água’ o ‘gênero’ e o ‘recurso hídrico’ a ‘espécie’, não o fazemos porque o Código de Águas deixou de empregar a expressão ‘recurso hídrico’ e optou pelo vocábulo ‘água’, no que está correto, mas, para explicar que, por ser um Código, tratou do elemento líquido em seu gênero.* Pompeu, Cid Tomanik – *Direito de Águas no Brasil* – Editora Revista dos Tribunais – 2006 – página 71.

117 VEIGA, Dídimo da. **Lições de ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. P. 141, 144.

118 Constituição Federal, artigo 20, VIII. Ver também Lei 7.990, de 1989.



Muito embora não haja expressa previsão constitucional para a cobrança pela apropriação e o uso da água, não está o legislador ordinário impedido de estabelecer dita remuneração, compensação ou contraprestação. Como já dito, o Código Civil, em seu artigo 100, admite a alienação de bens de uso comum, em circunstâncias especiais previstas em lei. Em adição, o artigo 103 do mesmo código expressamente estabelece que o uso de um bem público pode ser gratuito ou oneroso. Não restam dúvidas, portanto, de que a apropriação ou o uso da água podem ser objeto de remuneração, contraprestação ou compensação.

Esse pagamento, remuneração ou contraprestação não tem em sua gênese o elemento da compulsoriedade (obrigatoriedade), ou seja, não se trata da hipótese do Estado intervindo em uma relação privada e usando seu poder de império para impor um ônus a uma das partes (ou a ambas) participantes na transação. Nos termos do artigo 20 da Lei 9.433/1997, esse ônus só será cobrado daqueles que solicitarem a outorga de uso da água. Nos casos de usos de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural, bem como as derivações, captações, lançamentos e acumulações de água considerados insignificantes, essa contraprestação não é cobrada¹¹⁹.

Portanto, entende-se que o pagamento, a remuneração ou a contraprestação deriva de uma relação bilateral (indivíduo x sociedade), onerosa e sinalagmática. O ente público cobra, na qualidade de representante do povo, pela transferência de um direito seu a outrem. Aquele que se apropria de um bem público, ou toma o seu uso, se dispõe a pagar por isso.

E nem se diga que o fato do pagamento, da remuneração ou da contraprestação serem preestabelecidos em lei implicaria em uma imediata compulsoriedade da relação jurídica. A um, porque a necessidade de previsão legal para a referida cobrança deriva da condição da parte cedente ou alienante da água (um ente público). A dois, porque a lei não estabelece, de forma definitiva, o valor da contraprestação, mas apenas indica os critérios que deverão ser adotados pelo ente estatal na valoração do bem público transferido ou cedido¹²⁰.

Essa contraprestação é uma renda patrimonial e originária dos entes públicos aos quais os bens estão afetados por determinação constitucional. Em outras palavras, se a contraprestação for pela apropriação ou pelo uso de águas da União, dita receita pertencerá à União; se for de águas do domínio de um determinado Estado, será receita originária da unidade federada. Essa contraprestação é uma renda que tem uma finalidade e uma destinação predefinidas. Isso significa que, embora recolhidas ao erário (Federal ou Estadual), são repassadas e aplicadas na consecução dos fins previstos nos artigos 19 e 22 da Lei 9.433/1997, combinado com artigo 4º da Lei 10.881/2004.

¹¹⁹ Lei 9.433/1997, artigo 12, parágrafo 1º., I, II e III, c/c artigo 20.

¹²⁰ A questão da aplicação do princípio da legalidade à hipótese ora em comento será discutida oportunamente neste trabalho.



Considerados todos os comentários antecedentes, entende-se possível partir para a qualificação jurídica da cobrança pelo uso da água: **trata-se de remuneração ou contraprestação pela apropriação ou pelo uso de um bem público de uso comum; é não compulsória e de origem eminentemente contratual, na medida em que, por meio da outorga, o ente privado declara a sua livre vontade de se apropriar ou usar a água e, por sua vez, o ente público consente; é devida à União ou aos estados e qualificada como renda patrimonial originária desses entes; e tem destinação específica.**

3.2.2 PREÇO PÚBLICO

Dúvidas poderiam surgir sobre a eventual caracterização dessa cobrança como uma obrigação de natureza tributária. Ainda que se admita a controvérsia, entende-se que a mesma deva prosperar e, portanto, essa hipótese deve, desde logo, ser afastada, isso porque a primeira característica das exações tributárias é a compulsoriedade. Todos os tipos tributários (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições de seguridade social e empréstimos compulsórios) são qualificados pela compulsoriedade.

Entretanto, conforme anteriormente examinado, essa característica não é um elemento definidor ou qualificador da hipótese ora em estudo. Não custa repetir: entende-se a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água resulta de uma relação jurídica bilateral, consensual e sinalagmática. O indivíduo quer se apropriar ou usar um recurso natural que pertence ao povo e se dispõe voluntariamente a pagar pela cessão do bem público.

Ainda que assim não fosse, não se poderia entender essa cobrança como um imposto porque nesse tipo tributário não há uma contraprestação estatal. Também não se trata de taxa, pois esse tipo tributário pressupõe uma contraprestação por um serviço público usado ou colocado à disposição do contribuinte (pagador) ou ainda uma indenização pelo exercício do poder de polícia.

Ocorre que se estar a tratar da hipótese de apropriação da água, ou cessão de seu uso ao ente privado (cessão de um bem material), não de um serviço prestado pelo ente público. A água está disponível na natureza e alguém dela se apropria ou a usa, sem uma necessária atividade prévia do poder estatal, exceto a própria outorga. Tampouco se trata de indenização pelo exercício do poder de polícia, pois a atividade estatal de fiscalização da observância das regras pertinentes ao meio ambiente já é indenizada ou suportada por outras taxas pagas pelos contribuintes.

Por fim, não custa lembrar que, nos termos da jurisprudência reinante, a taxa tem por base de cálculo o custo incorrido na execução do serviço público ou exercício do poder de polícia, ao passo que a cobrança da água tem por parâmetro a quantidade e qualidade do bem público apropriado e usado. Por conseguinte, não se estar a tratar de taxa.



Julga-se desnecessário alongar explicações sobre as figuras do empréstimo compulsório e da contribuição de melhoria, sendo fácil concluir que também não se aplicam ao caso. O primeiro instituto, como o próprio nome expressa, se qualifica como uma expropriação temporária do bem privado, o que nada tem a ver com o caso em estudo. O segundo instituto é uma exação exigida do ente privado quando o Estado realiza uma obra que o beneficia, o que também é uma hipótese diversa da apropriação ou do uso da água.

Da mesma forma, não há de se cogitar isso na qualificação de contribuições para a seguridade social, pois os elementos dessa exação (hipótese de incidência, fato gerador, base, alíquota e contribuintes) são indiscutivelmente diversos da cobrança ora em análise.

Sendo assim, a única das figuras tributárias previstas na Constituição Federal que poderia suscitar dúvidas é a contribuição de intervenção no domínio econômico (ou CIDE). A CIDE é uma exação tributária compulsória, exigida de membros de um determinado setor econômico e destinada a intervir economicamente no domínio desse setor. O fato de ser exigida apenas de alguns entes privados e ter destinação vinculada poderia ensejar alguma comparação com a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água. Entretanto, acredita-se que uma análise mais acurada da questão permite concluir pela inaplicabilidade desse instituto tributário.

Como já mencionado, a cobrança pela apropriação, ou cessão do uso da água, não tem a compulsoriedade como elemento inerente à relação jurídica. Outrossim, em atenção ao princípio da isonomia, a CIDE deve ser cobrada de todos aqueles que estão incluídos no grupo econômico que é objeto da intervenção, enquanto a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água será exigida apenas do ente privado que deseje se apropriar ou usar o bem público, independentemente do grupo econômico a que pertence. Por fim, a CIDE tem seus recursos aplicados na intervenção de um determinado setor econômico, enquanto a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água será destinada à manutenção do próprio bem público explorado e do SINGREH, não tendo essa premissa de intervenção econômica em qualquer setor específico.

Assim, se descartada a natureza tributária da cobrança pela apropriação ou pelo uso da água, restaria rememorar o artigo 20 da Constituição Federal para concluir que a mesma só pode ser qualificada como uma remuneração, contraprestação ou indenização pela privatização ou pelo uso de um bem do povo. **Trata-se, por conseguinte, de preço público.**

Por se tratar de tema bastante novo, não há jurisprudência dos tribunais superiores tratando especificamente da questão. Como parâmetro para apoiar essa linha de raciocínio, vale citar as interpretações do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a qualificação da cobrança pelo fornecimento de água tratada (esse sim um serviço público).

Já em 1963, ou seja, antes mesmo da Constituição de 1988, o STF firmara a seguinte posição:



As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e de esgoto de Recife são preço público, pois nem toda contribuição por serviços prestados é taxa, conforme está no art. 30 da Constituição que diz competir à união, ao Distrito Federal, aos Estados e Municípios cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. À contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde a utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal, se denomina preço público”. Em seu voto, o Ministro Hermes Lima (relator) arremata: “Ora, a contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde à utilização de bem e serviços instalados e operados pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxas, mas de um pagamento que, na técnica fiscal-administrativa, se denomina preço público. A renda, assim obtida é classificada como renda industrial. Pode ter destinação específica, particularmente, como, por exemplo, para exclusivo custeio do próprio serviço a que corresponde¹²¹.

Mais recentemente, a Ministra Ellen Gracie (relatora) adota a mesma linha de raciocínio ora esposada e sustenta em seu voto:

Por entender correta essa posição, neguei seguimento ao extraordinário, pelo despacho ora impugnado, que se fundou em jurisprudência já há muito consolidada nesta Corte, no sentido de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público e não de taxa, como manifestado no ERE 54.491/PE e nos RREE 85.268/PR e 77.162/SP, para concluir que também o acréscimo cobrado para fins de controle de consumo não possui caráter tributário¹²².

A *rationale* dessas decisões do STF está na qualificação da remuneração do serviço de fornecimento de água tratada e coleta de esgoto como preço público, e não como taxa. Note-se a similaridade em relação ao objeto de nosso estudo: o ilustre Ministro Hermes Lima, já na década de 60, sustentava que o indivíduo que usasse um bem público – no caso a rede de esgoto – se obrigava a pagar uma contraprestação ou remuneração ao erário por esse uso e que essa cobrança se qualificava como preço público. Essa linha de entendimento vem sendo aplicada pelo STF até os dias atuais.

Cumpra reiterar que o serviço público de fornecimento de água tratada não é equivalente ou similar à apropriação ou ao uso da água objeto de nosso estudo, como bem assevera o Prof. José Marcos Domingues¹²³:

¹²¹ RE 54.491/PE.

¹²² Acórdão AGRG no RE 201.630-6/DF (de 11 de junho de 2002).

¹²³ DOMINGUES, José Marcos. Cobrança de água: regime jurídico-financeiro dos recursos hídricos. In: **Direito ambiental estadual**: revista de direito da associação dos procuradores do novo estado do rio de janeiro, v. 21, p. 120, 121, 2009.



No caso de aproveitamento de recursos hídricos, há que se distinguir preliminarmente entre duas atuações estatais: a outorga para captação de água e para lançamento de efluentes (concessão de uso); e a distribuição de água e coleta de esgoto (serviço público) – que não é o foco dessa consulta. A natureza jurídica (se taxa ou preço) da cobrança por distribuição de água e coleta de esgoto firmou-se na jurisprudência do STF como sendo preço público. A rigor, essa discussão não se relaciona com o objeto dessa consulta. A captação de água bruta em corpos hídricos não se confunde com o serviço público de distribuição de água, assim como o lançamento de efluentes nos corpos de água não se confunde com o serviço público de coleta de esgoto. Os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga e cobrança nos termos da Lei das Águas (art. 12 c/c art. 20) não representam prestação de serviços, senão a utilização de um bem público material. É dizer que usuário de recursos hídricos não recebe um serviço do Poder Público; ele adquire, através de outorga, o direito de uso desses recursos naturais, pertencentes à União e aos Estados.

Muito embora o fornecimento de água tratada ou a coleta de esgoto não sejam hipótese idêntica à apropriação de água e lançamento de efluentes, julga-se possível adotar a mesma linha básica de entendimento para todos os casos, a fim de se concluir que a cobrança, em qualquer dessas hipóteses, é caracterizada como preço público.

Esse tema já foi objeto de estudo por outros doutrinadores. Ricardo Lobo Torres explica, de forma simples¹²⁴:

Nas últimas décadas, modificou-se o sistema de tributação, que se baseava na cobrança pelo fornecimento da prestação do serviço público ao consumidor final e na gratuidade de captação da água nos mananciais, que não raro se realizavam pelas empresas estatais. Passou-se a cobrar também pela captação e pela utilização industrial ou energética da água. As principais causas da mudança de atitude, aqui e no estrangeiro, foram a privatização das empresas e a emergência de novos riscos ambientais, nomeadamente o esgotamento das fontes e a poluição. A cobrança abandonou definitivamente a categoria da taxa, inadequada à incidência na captação e na utilização, e concentrou-se na figura do preço público, sob diversas figurações: participação no resultado da exploração; compensação financeira; tarifas diversas pelo uso de recursos hídricos.

Recorre-se, uma vez mais, às precisas lições do Prof. José Marcos para reforçar a qualificação jurídica dessa cobrança, como a seguir¹²⁵:

Por sua vez, os preços públicos, receitas originárias, destinam-se a remunerar a aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo efetivo de bens públicos – patrimônio do Estado (bens materiais) assim como serviços públicos (bens imateriais) efetivamente

124 TORRES, Ricardo Lobo. A fiscalidade da água. In: **Direito Tributário Ambiental**. [S.l.]: Lumen Juris, 2006. p. 6-7.

125 TORRES, Ricardo Lobo. A fiscalidade da água. In: **Direito Tributário Ambiental**. [S.l.]: Lumen Juris, 2006. p. 120, 212.



prestados sem caráter de compulsoriedade. Quando se trata de vender bens ou permitir sua utilização, não há dúvida: o Estado cobra o pagamento de um ‘preço’ porque aqui não se põe o dilema da natureza ‘coativa’ ou não da atuação estatal ‘imaterial’: aliena-se ou loca-se uma ‘coisa desejada’ pela outra parte. Tampouco o Estado age como potestade pública, não praticando ato de império atinente a um serviço público essencial, até porque a outorga é ‘requerida’ pelo interessado. (...) Não se cogita, pois, de taxa visto que a outorga de água não corresponde a exercício de poder de polícia, nem a prestação de serviço público. Ora, os recursos hídricos são passíveis de outorga para captação, diluição de efluentes e produção de energia elétrica. Seu respectivo valor se traduz num preço; e preço é receita originária, patrimonial, voluntariamente prestada – verdadeira contraprestação que o outorgado paga ao dono do recurso natural ou ambiental (o Estado); o que faz livremente, quando se dispõe a utilizá-lo. A retribuição pelo uso da água constitui ‘receita pública originária’ ou ‘receita patrimonial’, decorrente da exploração do patrimônio público. Adequa-se a esses ingressos públicos o instituto do preço público, remunerando o uso efetivo de bens materiais do Estado.

Clarissa Ferreira, citando dois outros doutrinadores, conclui em sentido idêntico¹²⁶:

Diante do silêncio dos tribunais brasileiros, a doutrina se manifesta, pautada em estudos comparados, em sentido equiparado de negar o caráter tributário da cobrança pelo uso da água, posições dentre as quais podemos sintetizar as de Machado, Tomanik e Granziera, esses dois últimos apontando a natureza jurídica da cobrança como de ‘preço público’, sem, necessariamente, distinguir o instrumento de cobrança e do preço atribuído.

Por todo o exposto, entende-se que não restam dúvidas sobre a qualificação jurídica da hipótese em comento. Vale relembrar: o ente privado expressa a intenção de se apropriar de um bem público (água) ou fazer uso privado dela. É do interesse da sociedade ceder a propriedade ou o uso desse bem material ao ente privado, mas exige-se dele pagamento, remuneração ou contraprestação por essa cessão. Tal cobrança é um preço público, receita originária e patrimonial do ente público que detém o domínio sobre o recurso¹²⁷.

3.2.3 CRÍTICAS À LEGISLAÇÃO VIGENTE

Uma vez qualificada juridicamente a cobrança, cumpre-nos apresentar algumas críticas sobre a legislação vigente, identificando a necessidade de aperfeiçoamento das normas aplicáveis. No presente estudo, tais críticas estarão concentradas em três questões prioritárias que não estão precisamente contempladas ou reguladas na legislação editada, que são: (a) legalidade; (b) igualdade; e (c) moralidade e segurança jurídica.

¹²⁶ D’ISEP, Clarisse Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2010. p. 274-275.

¹²⁷ De mesma opinião, Nelson Luís Sampaio de ANDRADE, *A Cobrança pelo Uso dos Recursos Hídricos*, in *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, 1996, v. 4, páginas 88 a 90. Para Eduardo Coral Viegas, esta é a opinião dominante (*Visão Jurídica da Água*, Porto Alegre: Livro do Advogado, 2005, página 109).



3.2.3.1 Legalidade

Como dito, a Constituição Federal não regulou, de forma expressa, a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água. Não obstante, no legítimo exercício da atividade legislativa, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.433/97, que serve como marco regulatório básico para a essa hipótese. Falhou, contudo, o legislador ao não estabelecer os pressupostos ou elementos delimitadores dessa cobrança.

A Lei 9.433/97 dispõe sobre os objetivos (ou fundamentos de natureza jurídico-filosófica) da cobrança¹²⁸, define o polo passivo da relação jurídica¹²⁹ e determina onde serão aplicados os recursos derivados da cobrança¹³⁰. Há apenas um dispositivo¹³¹ tratando dos elementos delimitadores dessa cobrança e o mesmo contém apenas mandamentos de natureza programática, se limitando a indicar que, na definição dos valores a serem cobrados, deverão ser observados: (a) nas derivações, captações e extrações, o volume de água retirado e seu regime de variação; e (b) nos lançamentos de esgotos e demais resíduos, o volume lançado, seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente.

Não tendo a lei definido os elementos objetivos da cobrança, o CNRH tentou cobrir tal lacuna com a edição de um ato administrativo (Resolução 48/2005). Uma leitura sumária dessa resolução revela a diversidade e multiplicidade de elementos objetivos e concretos definidores da cobrança que foram ofertados pelo Poder Executivo, mas que foram ignorados pelo Poder Legislativo. O artigo 6º do referido ato trata das condições precedentes à imposição da cobrança. O artigo 7º é ainda mais específico, listando variáveis objetivas a serem consideradas na definição do preço público a ser cobrado. Nas hipóteses de derivação, captação e extração são 15 variáveis, enquanto nas hipóteses de lançamento de efluentes são 17 variáveis. O artigo 7º da Resolução 48/2005 sugere ainda 11 variáveis para os demais tipos de usos ou interferências que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água – hipótese que nem mesmo foi tratada pela Lei 9.433/1997, na parte em que esta define os critérios gerais para determinação dos valores de cobrança.

Não é viável, nesse momento, aprofundar uma crítica sobre os critérios e as variáveis adotadas na referida resolução. Não obstante, não se pode deixar de avaliar se o arcabouço legal ora existente está em estrita consonância com a melhor prática legislativa. Existem princípios fundamentais, constantes do artigo 5º da Constituição Federal, que, por serem formadores do sistema jurídico pátrio, são aplicados à hipótese em estudo.

¹²⁸ Lei 9.433/1997, artigo 19.

¹²⁹ Lei 9.433/1997, artigo 20.

¹³⁰ Lei 9.433/1997, artigo 22.

¹³¹ Lei 9.433/1997, artigo 21.



O inciso II do artigo 5º da Carta Magna estabelece, como princípio, que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei* (princípio da legalidade). A doutrina adota como premissa que os atos públicos derivam necessariamente de lei, enquanto os atos privados decorrem da livre vontade das partes materializada em alternativas não vedadas em lei: os atos públicos são vinculados enquanto, nos atos privados, prevalece da autonomia da vontade.

No caso em tela, tem-se uma relação híbrida público-privada, pois a cobrança decorre da outorga (ato público) de apropriação ou uso da água para um ente privado. Isso, por si, bastaria para concluir que tais atos públicos devem ser resultantes de dispositivo legal expresso – isto é, de norma com *status* de lei. Todavia, não é o que ocorre na situação atual.

É importante esclarecer por que se usou o termo *norma com status de lei*. As normas de direito público são aquelas elaboradas pelo Legislativo e promulgadas (ou vetadas) pelo Executivo. Entretanto, o contrato sem vícios faz *lei* entre as partes contratantes¹³². É uma norma de direito privado com *status* de lei. Portanto, uma saída para o SINGREH ante a omissão do legislador seria estabelecer, com o usuário dos recursos hídricos, um contrato com direitos e obrigações claros e sinalagmáticos, em especial, a definição de regras claras da cobrança.

Contudo, o que se vê é que o legislador ordinário se limitou a estabelecer parâmetros legais de natureza principiológica ao tratar do valor da cobrança pela apropriação ou pelo uso da água e foi por meio de um ato administrativo, emanado do Poder Executivo, que o SINGREH estabeleceu os critérios a serem adotados na cobrança, o que resulta na violação do princípio da legalidade. Ainda assim, tal ato administrativo apenas tratou dos critérios de definição do montante a ser cobrado, sem estabelecer, por exemplo, o fato gerador dessa cobrança, sua periodicidade, a responsabilidade objetiva ou subjetiva de pagamento, a forma de cobrança e pagamento, dentre outros elementos que devem constar de lei. Nesse sentido, o SINGREH deveria buscar inspiração nos exemplos de outras normas, princípios e dispositivos constitucionais.

A título de exemplo, sugerimos que fosse considerada uma estruturação da cobrança com base em cinco elementos: hipótese de incidência, fato gerador, base de cálculo, fator de cálculo e usuário pagador.

Veja-se s como aplicar essa estrutura à cobrança.

- c) Hipótese de incidência: *serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta lei* (artigo 20 da Lei 9.433/1997);

¹³² Ratificando essa ideia, o artigo 5º da Carta Magna, em seu inciso XXXVI, estabelece:

Art. 5º. (omissis)

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;



- a) Fato gerador: por derivação da base de cálculo, é o uso ou a apropriação dos recursos hídricos;
- b) Base de cálculo: diz respeito às *derivações, captações e extrações de água, ao volume retirado e seu regime de variação e aos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, ao volume lançado e seu regime de variação e às características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do efluente* (artigo 21 da lei citada);
- c) Fator de cálculo: não é definido na lei. Na prática, em atos administrativos, define-se um PPU/m³; e
- iv. Usuário pagador (na lei é chamado de usuário): por lógica de interpretação do artigo 20 da citada lei, são aqueles que usam recursos sujeitos a outorga (incluindo aqueles que usam os recursos hídricos de forma irregular, sem outorga – o que é revelado pelos cadastros).

Como se vê, é possível aplicar elementos estruturantes à cobrança pelo uso da água. Logo, pode ser interessante buscar inspiração em princípios constitucionais que, devidamente adaptados, trariam evolução às regras de recursos hídricos.

O princípio da legalidade é tão importante que está ratificado em diversos artigos da nossa Constituição. Portanto, mesmo no caso da cobrança pelo uso da água, não se pode prescindir de regras (legais ou contratuais) formais, claras e estáveis. Por isso a proposta de um contrato entre os usuários e o poder concedente, que defina de forma concreta os critérios e parâmetros da cobrança, suprimindo a lacuna legislativa.

Para que não restem dúvidas da viabilidade da sugestão antecedente, basta analisar o caso da exploração de óleo e gás. Assim como o uso da água gera uma cobrança, a exploração de petróleo e gás gera um pagamento de *royalties* e participação especial, cujas bases de cálculo também não estão devidamente previstas em lei. O que fez o Executivo para minimizar o problema? Criou a figura dos contratos de concessão¹³³ com as regras necessárias a preencher a lacuna legal. Quando da outorga do direito de exploração e produção de petróleo e gás natural, o ente público (União), no ato representado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), firma com o ente privado um contrato de concessão¹³⁴.

É bem verdade que, no caso de recursos hídricos, os conflitos de competência (ou hipóteses de integração) entre os entes públicos, bem como as limitações ao poder de cobrar, só poderiam ser aclarados e regulados por nova lei ordinária. Entretanto, os elementos da cobrança, em especial critérios claros e objetivos de cálculo, podem e devem ser estabelecidos em contrato (como dito, norma privada com *status* de lei), contendo regras que

¹³³ Lei 9.478 (de 6 de agosto de 1997), artigo 43 e seguintes.

¹³⁴ Esse fato vai ao encontro de nossos argumentos no sentido de que a relação de cessão da propriedade ou posse de um bem público tem natureza contratual.



fundamentariam a cobrança quando da outorga de direito de uso. Essa sugestão privilegia não apenas o princípio da legalidade, mas também da moralidade e segurança jurídica que estão comentados nos itens subsequentes.

O que fragiliza o SINGREH e desestimula os usuários são cálculos da cobrança arbitrados pelos comitês, a partir do cotejo entre a necessidades de investimentos na bacia e a disposição de pagar dos usuários. Essa alternativa não encontra apoio na Constituição Federal e desestimula a adesão de usuários ao sistema. Não custa repetir: o usuário precisa saber e ter segurança de quanto irá pagar e que o resultado desse pagamento será uma garantia de fornecimento. Se não há regras claras de quanto irá pagar (a curto, médio e longo prazo) e se o comitê (órgão colegiado em que os usuários são minoria) pode arbitrar o PPU, fica inviabilizada qualquer orçamentação, previsibilidade e segurança jurídica e operacional. Por isso as empresas, muitas vezes, preferem contratar serviços das concessionárias de saneamento – contrato em que a segurança e garantia de fornecimento podem ser obtidos.

Por todo o exposto, a **primeira recomendação** a considerar seria a possibilidade de **promulgação de nova lei**, de forma similar ao que foi feito com o Novo Marco do Saneamento. **Essa norma poderia incorporar os elementos da cobrança e os critérios objetivos de determinação do seu valor** sugeridos na Resolução 48/05, sem prejuízo de outros critérios alternativos e/ou complementares discutidos e aprovados no processo legislativo. Em adição à uma nova lei regulamentadora, poder-se-ia adotar procedimento similar ao do setor de óleo e gás, qual seja, a elaboração e assinatura de um contrato tal como o de concessão, mencionado, que poder-se-ia denominar de **contrato de outorga**, em que prevaleceria o primado do *pacta sunt servanda* – o contrato faz lei entre as partes. Porém, mesmo no setor de petróleo, o teor mínimo do referido contrato é regulado por meio de lei e regulamentos específicos.

Isso significa que, se o ente privado firmar com o ente público um contrato, a partir da autorização do direito de uso, reforçar-se-iam os fundamentos no sentido da licitude dos direitos e das obrigações de ambas as partes, inclusive a cobrança ora em comento. Assim, em complemento do arcabouço legislativo necessário, pode ser interessante firmar um contrato de outorga (de apropriação ou uso da água) que consigne a obrigação pecuniária que será exigida do outorgado, os parâmetros e os critérios objetivos de apuração desse pagamento, remuneração ou contraprestação e os eventuais benefícios e incentivos que poderia aproveitar – se e quando aplicáveis.

3.2.3.2 Igualdade (Isonomia)

O artigo 5º, *caput*, da Constituição também estabelece, como princípio, que *todos são iguais perante a lei*. Esse princípio é objeto de consagrada interpretação que toma por



base as lições do magistral Rui Barbosa, segundo o qual a isonomia não se traduz em tratar todos de modo igual, mas tratar de modo igual aqueles que são iguais e de modo desigual aqueles que são desiguais.

À Lei 9.433/97 não pode ser imputada violação do princípio da igualdade. Muito ao revés, a lei reconheceu existirem diferentes formas de apropriação da água (captação e extração), distinguindo-as entre si e das hipóteses de mero uso desse recurso (derivação, lançamento de efluentes, aproveitamento de potencial hidrelétrico e outros que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água).

Não obstante a lei ter reconhecido a diferença entre os desiguais, ao definir a contraprestação, remuneração ou compensação pela apropriação ou pelo uso da água, adotou critério extremamente limitado que não reflete a desigualdade das hipóteses com precisão. Assim, equiparou, para fins da cobrança, as extrações, as captações e as derivações, imputando a todas essas hipóteses os mesmos fundamentos definidores de pagamento, remuneração ou contraprestação (artigo 21, I da lei). Outrossim, deixou de reconhecer que, em uma mesma espécie (por exemplo, captações) pode haver circunstâncias específicas que recomendariam tratamento desigual (a captação para irrigação não deve ser equiparada à captação para produção de um bem de consumo, por exemplo). Por fim, em um país com dimensões continentais, há também desigualdades regionais que não estão concretamente previstas ou reconhecidas na lei.

O fato é que, ainda que de forma indireta, a questão da igualdade está intrinsecamente relacionada com a controvérsia da legalidade. Uma vez que seja editado ato com força de lei regulando efetivamente os elementos definidores da cobrança, deve-se também atentar para que o princípio da igualdade também seja estritamente observado.

De outra parte, se adotada a solução complementar dos contratos de outorga, não se poderia prescindir de elementos e parâmetros objetivos que atendessem ao princípio da isonomia. Não é lícito acordar regras de forma casuística para cada usuário. Usuários iguais têm que ter direitos e obrigações iguais, sob pena de violação de princípio basilar da Constituição Federal.

3.2.3.3 *Moralidade e segurança jurídica*

O princípio da moralidade vem sendo pouco discutido quando se trata da administração pública. Sua capacidade balizadora dos atos públicos deveria ser mais explorada. Não se trata de adotar a *moralidade* como conceito vulgar de moral ou sinônimo de ética. Trata-se de extrair sua verdadeira essência constitucional. Aliás, a segurança jurídica é um



dos objetivos expressamente previstos no Mapa Estratégico da indústria (2018-2022)¹³⁵. Nesse reporte, os autores do estudo relembram¹³⁶:

A falta de clareza sobre direitos e deveres e as crescentes alterações nas legislações e nos marcos regulatórios são prejudiciais à competitividade. A falta de confiança de que as instituições garantirão o direito vigente gera dúvidas sobre a estabilidade das relações jurídicas e incertezas sobre as consequências dos atos baseados nas normas jurídicas vigentes, isto é, insegurança jurídica.

O ilustre professo Humberto Ávila¹³⁷ é preciso ao definir a ideia de moralidade contida no artigo 37:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Um fim é um estado desejado de coisas. O princípio da moralidade não foge a esse modelo. Com efeito, ele exige a realização de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para realizar um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para efetivar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é essencial colaborar com o administrado e informá-lo dos seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário dizer por que age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza o princípio, portanto.

O citado jurista, no mesmo artigo antes referido, é ainda mais claro ao exemplificar uma conduta não condizente com o princípio da moralidade, senão observe-se¹³⁸:

Para melhor especificar esse rígido padrão de conduta, é necessário encontrar casos paradigmáticos que permitam esclarecer o significado da seriedade, da motivação e da objetividade que delimita a moralidade almejada. (...) Um sujeito pede transferência de uma universidade federal para outra e tem seu pedido deferido, em razão do quê realiza a transferência e passa a frequentar o curso durante longo

¹³⁵ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. **Mapa estratégico da indústria 2018-2022**. 2018. p. 42-48. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ee/50/ee50ea49-2d62-42f6-a304-1972c32623d4/mapa_final_ajustado_leve_out_2018.pdf. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹³⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. **Mapa estratégico da indústria 2018-2022**. 2018. p. 42. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ee/50/ee50ea49-2d62-42f6-a304-1972c32623d4/mapa_final_ajustado_leve_out_2018.pdf. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. p. 6. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹³⁸ Política Nacional de Recursos Hídricos (artigo 2º da Lei das Águas), quais sejam: (i) a garantia de disponibilidade de água intergeracional; (ii) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos; (iii) a prevenção e defesa contra eventos hidrológicos críticos (naturais ou decorrentes da ação humana); e (iv) a promoção do aproveitamento de águas pluviais



período. Mais tarde, a autoridade administrativa constata que foi desobedecida uma formalidade, razão por que pretende anular os atos anteriores que permitiram a transferência. Nesse caso, ficou demonstrado não cumprimento de determinada promessa bem como foi ferida uma expectativa criada pela própria administração. E esses comportamentos são incompatíveis com a lealdade e boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa.

Observe-se se seria possível construir um paradigma de recursos hídricos similar ao citado pelo ilustre jurista¹³⁹:

uma empresa agrícola decide adquirir milhares de alqueires para o cultivo irrigado de cana-de-açúcar. Antes de adquirir as terras, avalia se há recursos hídricos suficientes, disponíveis e com boas perspectivas de garantia hídrica futura, avalia o trabalho da entidade delegatária, do Comitê de Bacia e, por óbvio, inclui em seu estudo de viabilidade econômico-financeira o custo pertinente ao valor da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, visto que será uma parcela relevante de seu custo da produção. Após arrendar as terras por 15 anos, requer e obtém a outorga para captação da água necessária para a cultura da cana. Ocorre que, decorridos três anos, a empresa é surpreendida por um ato do conselho, por recomendação do comitê, que pretende majorar o valor da cobrança de forma relevante.

Não há alguma similaridade conceitual entre o exemplo do ilustre doutrinador e aquele por nós imaginado para demonstrar a falta de segurança jurídica e a violação à moralidade? Nos dois casos, as justas expectativas criadas nos entes privados foram violadas e por atos administrativos que traem a boa-fé. Dir-se-ia até que o exemplo criado pelo professor Humberto Ávila é menos grave, porque naquela hipótese, foi identificado um erro. Na hipótese criada por nós, há um fato superveniente que pretende *mudar a regra do jogo*.

Ora, tal mudança fere a moralidade administrativa. A empresa, ao fazer seu planejamento e seus estudos, contava com a estabilidade das regras. Ao obter a outorga, a empresa teve a justa expectativa (faceta de outro princípio – da segurança jurídica) de que teria o uso dos recursos hídricos nos montantes outorgados e pagando, em contrapartida, o valor previsto. Essa expectativa, como aborda o citado jurista, foi criada pela própria administração. Parafraseando-o: criar regra nova de forma unilateral é um comportamento incompatível com a lealdade e a boa-fé, necessárias à promoção da moralidade administrativa, ressalvadas as condições e características apresentadas nos parágrafos 127 a 128 deste trabalho.

¹³⁹ São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos (artigo 2º da Lei das Águas): (i) a garantia de disponibilidade de água intergeracional; (ii) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos; (iii) a prevenção e defesa contra eventos hidrológicos críticos (naturais ou decorrentes da ação humana); e (iv) a promoção do aproveitamento de águas pluviais



Uma breve análise da jurisprudência do STF e do STJ é de grande ajuda nesse caso. Há milhares de decisões (nos tribunais inferiores), mas observe-se as poucas que podem nos trazer a luz:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A PENSÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da submissão do ato concessivo da pensão ao TCU, consolidou afirmativamente a expectativa da pensionista quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de pensão. 2. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). (MS 28720/DF - Relator: **Min. AYRES BRITTO - Julgamento: 20/03/2012 – sem grifos no original**).

EMENTA: CONTRATO. CUMPRIMENTO. RETENÇÃO. PAGAMENTO. REGULARIDADE FISCAL.

Não pode a Administração, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços, reter o pagamento ao fundamento de que não comprovada a regularidade fiscal pela empresa contratada, porquanto isso fere os princípios da moralidade administrativa e da legalidade. No caso, cuidou-se do fornecimento de “quentinhas” e sequer foi exigida a certidão de regularidade fiscal (art. 29, III, da Lei n. 8.666/1993) quando da habilitação dos concorrentes. (REsp 730.800-DF, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 6/9/2005).

Há um elemento comum nos acórdãos acima. Uma expectativa justa de um direito, derivada de atos da própria administração que não podem, *a posteriori*, ser frustradas por mudança de regras. Mas não é tudo. O artigo 37 da CF/88 traz também o princípio da eficiência. Tal princípio é muito equivocadamente interpretado como se tivesse sido dada ao ente público carta branca para agir quando os fins justificarem os meios. Mas é exatamente o contrário.



Tal princípio foi trazido para a Carta Magna, junto com as suas facetas da proporcionalidade e razoabilidade, para dizer ao ente público que os meios devem ser orientados, pautados e calibrados apenas e tão somente para atingir os fins, sejam tais fins derivados do próprio texto constitucional, sejam derivados de lei ou contrato.

O prof. Alexandre Aragão¹⁴⁰, em artigo específico sobre o tema, ensina:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”. Mais adiante, esse grande jurista concilia tal princípio com a proporcionalidade, verbis¹⁴¹: “O Princípio da Eficiência se vê ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o Princípio da Proporcionalidade¹⁴², já que também por força deste, em seus elementos ‘adequação’ e ‘necessidade’, não se poderia impor a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo.

Esses conceitos são muito importantes quando se está a tratar da cobrança e de práticas usualmente adotadas.

Tome-se um exemplo: a atualização constante e periódica da cobrança é necessária? Por certo que não. Em muitas bacias, os valores já arrecadados são superiores aos valores aplicados, o que deveria ensejar, segundo o princípio da eficiência, redução ou até suspensão da cobrança, ainda que temporária.

Outro exemplo: aumentos da cobrança baseados em índice inflacionário geral são razoáveis e proporcionais? Não. Um aumento da cobrança com base em um índice inflacionário genérico, não exatamente coincidente com o aumento dos custos de gestão da bacia, não atende à razoabilidade e à proporcionalidade. Pode-se admitir que haja um determinado caso ou outro em que os Planos de Bacia consignaram custos de investimento e despesas de gestão a valores históricos (o que seria um erro econômico-financeiro crasso) e, por conseguinte, não previram a necessidade de uma majoração do valor da cobrança. Nesse caso, já deveria haver regra clara estabelecendo uma revisão da cobrança em função da

140 ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=68>. Acesso em: 01 jan. 2012.

141 Artigo citado, página 4.

142 Embora o ilustre mestre trate a proporcionalidade como princípio constitucional, preferimos entendê-la como uma das facetas do princípio da eficiência, assim como a necessidade, razoabilidade e utilidade/adequação.



majoração de custos – como se faz, de forma unânime e incontroversa, nos contratos de concessões de serviços públicos (previsão de reajustes inflacionários específicos e regras de reequilíbrio da concessão).

Por fim, a moralidade também pressupõe avaliar a adequação e utilidade da cobrança. Essas características não podem ser avaliadas senão em função da finalidade. A cobrança, como se sabe, tem três objetivos legais, objetivos esses que em verdade visam, juntamente com os demais instrumentos, alcançar os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, e aqui destaca-se o objetivo de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, simplificada e traduzido aqui por segurança hídrica. Daí a cobrança se apresenta como o instrumento para viabilizar os recursos financeiros para o financiamento dos programas e das intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos, que por sua vez são postos para o alcance da segurança hídrica. Essas finalidades precisam ainda ser ponderadas pela ideia de valorização da água como um bem da sociedade, escasso e finito.

Todos esses conceitos são úteis para ratificar a ideia de que a definição da cobrança não pode ser arbitrária, desmotivada e não pautada nos princípios. Muito ao contrário. As recomendações dos comitês de estabelecimento ou alteração da cobrança deveriam ser precedidas de capítulo específico em que todos esses princípios estivessem formalmente cotejados e justificados – princípio da motivação do ato público.

Todos os comentários antecedentes vão desaguar no princípio da segurança jurídica – talvez um dos princípios mais caros ao Estado de Direito e dos mais vilipendiados em nosso país.

A segurança jurídica não se perfaz somente ao estabelecer ou acordar normas. Deve ser diretriz na aplicabilidade dessas normas. A segurança de aplicação normativa deve direcionar e limitar os aplicadores do direito, ou seja, é critério e técnica mandatária do exercício de interpretação e aplicação das regras.

Tais conceitos transbordam em duas facetas desse princípio: a não surpresa e a justa expectativa de direito. Como dito, a pessoa física ou jurídica, baseada na interpretação das normas pautadas no princípio em comento, prevê os efeitos correlatos e cria expectativas do que esperar e do que pode obter. E o faz com ainda mais razão quando a sua interpretação da norma está também apoiada em procedimentos pregressos dos entes públicos que toma por paradigmas razoáveis.

Todos esses conceitos são necessários apenas para reforçar o que vem sendo sustentado: também em observância do princípio da segurança jurídica, é imprescindível que todos os elementos da cobrança pelo uso de recursos hídricos estejam previstos de forma objetiva, clara e formal em normas com status de lei (seja uma lei ordinária complementadora



da Lei das Águas, seja em contratos de outorga). Mas não apenas isso. Os comitês e os conselhos precisam entender que suas sugestões, recomendações e deliberações, em especial no que tange a cobrança, precisam estar norteadas por tais princípios, sob pena de ilegalidade¹⁴³.

Note-se que o anseio não é apenas dos usuários de recursos hídricos. É uma demanda de qualquer investidor, como bem pondera o Dr. Cassio Lourenço, em palestra reproduzida no sítio eletrônico da Agência Infra¹⁴⁴:

A segurança jurídica é a base do desenvolvimento da infraestrutura e a chave para atrair investimentos. A partir desse conceito, o consultor Cassio Lourenço, da Lourenço Ribeiro Advogados, definiu aos participantes do Summit Portos 5.0 aquilo que entende ser o fundamento para o salto de aportes privados de que o Brasil necessita nessa área. O especialista compôs o painel 'Estabilidade Jurídica e Segurança dos Investimentos'. Lourenço alertou que a expressão, contudo, não pode ser tomada como um bordão vazio. Para se ter realmente um cenário que inspire confiança ao investidor, são necessários três elementos: previsibilidade, estabilidade e racionalidade. 'A previsibilidade é para o investidor que vai colocar capital para retorno a longo prazo. Ele quer saber se o plano de negócios dele vai se realizar ou não. A estabilidade é saber se as regras vão mudar no meio do caminho. E a racionalidade, que é saber se as normas estão bem-criadas. Não adianta a regra ser estável e ser ruim, precisamos que ela seja boa', explicou. Na leitura do consultor, o Brasil tem problemas especialmente nas áreas da racionalidade e da estabilidade. Segundo ele, o investidor internacional tem a percepção de que as regras são, por vezes, mal embasadas, e que são revistas em curto espaço de tempo. 'Isso não é um problema de um governo ou de outro, é endêmico, uma percepção generalizada', comenta.

Atualmente, não raro, os usuários têm sido surpreendidos com novos regramentos, a exemplo daquele que prevê reajustes como atualização de valores dos preços públicos. Essas surpresas precisam ser eliminadas em benefício dos princípios constitucionais antes comentados. Regras claras e estáveis são imprescindíveis a relações harmônicas, profícuas e duradouras a todas as partes.

143 Essas conclusões também encontram amparo nos artigos 20 a 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

144 PORTAL DA INFRA. **Investimento depende de segurança jurídica com regras previsíveis, estáveis e racionais**. 26 out. 2021. Disponível em: https://www.agenciainfra.com/blog/investimento-depende-de-seguranca-juridica-com-regras-previsiveis-estaveis-e-rationais/?utm_source=pushnews. Acesso em: 01 out. 2021.



3.3 OUTROS ASPECTOS LEGAIS RELATIVOS À DESTINAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS E À ARRECADAÇÃO PELO USO DA ÁGUA

3.3.1 ANALOGIA COM SETOR ELÉTRICO, ROYALTIES, PARTICIPAÇÃO ESPECIAL E COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Anteriormente, afirmou-se que há certa correlação ou comparabilidade entre a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água e a apropriação ou o uso de outros bens públicos. O artigo 20 da Constituição Federal inclui no mesmo rol de bens públicos da União o potencial de energia hidráulica e os recursos minerais. O parágrafo 1º desse mesmo artigo é expresso ao reconhecer que tais bens, embora públicos, podem ser apropriados ou usados pelo ente privado, mas que nessa hipótese, caberá ao erário uma participação no resultado da exploração ou compensação financeira por essa exploração.

Reitera-se, assim, que a hipótese de cobrança pelo uso da água não é uma inovação em nosso sistema jurídico. Nesse contexto, passa-se a tratar, de forma breve, dos outros exemplos antes referidos apenas para confirmar a procedência do que está sendo discutido nesse estudo.

A Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989, ao regular o aproveitamento de potencial hídrico para geração de energia estabeleceu (artigo 1º) que o aproveitamento de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida nesta lei. As isenções estão reguladas no artigo 4º da lei e os critérios de cálculo estão no artigo 6º. Posteriormente, o artigo 17 da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, alterou não apenas os critérios de cálculo da compensação financeira, mas também a destinação desses recursos.

É importante destacar que tais mandamentos estão contidos em norma com status de lei, o que confirma a observância do princípio da legalidade nessa hipótese- paradigma de apropriação de um bem público (exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica).

No setor de petróleo e gás, o legislador optou por estabelecer não apenas uma contraprestação pela apropriação do recurso mineral, mas várias contraprestações. O primeiro valor cobrado é qualificado como um bônus de assinatura e encontra fundamento legal



na Lei 9.478 (de 6 de agosto de 1997). A cobrança do bônus de assinatura, na outorga do direito de exploração e produção, encontra fundamento na multiplicidade de entes privados interessados no mesmo bem público – a concessão dos campos de exploração e produção de óleo e gás. Assim, o bônus de assinatura seria uma forma de maximização do valor da cessão do bem público, ou ainda, em outra linha interpretativa, uma antecipação da contraprestação pela apropriação privada desse bem.

Em adição, a legislação do petróleo prevê a cobrança de royalties sobre a produção do óleo e do gás natural. A qualificação jurídica do *royalty* é controversa. Há uma corrente doutrinária que o entende como uma contraprestação indenizatória devida em função dos ônus sociais e econômicos que são gerados pela exploração e produção dos hidrocarbonetos (riscos ou danos ambientais, afluxo populacional com demanda de infraestrutura de serviços estatais etc). Outra corrente entende que os royalties não têm natureza indenizatória, mas efetivamente remuneratória. Remunera a sociedade pela cessão, ao ente privado, de um bem público. Assim é o caso expresso em anexo ao Tratado de Itaipu, explicitando o pagamento de *royalties* aos dois países signatários pelo uso do potencial hidroenergético a ambos pertencente, em igualdade. Essa linha teria, a nosso ver, mais estreita relação com a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água.

Por fim, a legislação desse setor também impõe o pagamento de uma participação especial. Essa cobrança está baseada na teoria da captura dos lucros extraordinários. Em apertada síntese, significa que, se um ente privado tem um *lucro extraordinário* com a exploração de um bem público que lhe foi concedido, então deve compartilhar parte desse lucro com toda a sociedade. A participação também está prevista na mesma Lei 9.478/97.

Da análise da legislação aplicável ao setor de óleo e gás, ratifica-se, uma vez mais, duas assertivas importantes: (a) não deve haver dúvidas de que a Constituição Federal autoriza a cobrança pela apropriação ou pelo uso de um bem público, desde que a mesma esteja regulada em lei; e (b) norma com *status* de lei deve regular e definir, de forma expressa e objetiva, os cinco elementos (hipótese de incidência, fato gerador, base de cálculo, alíquota e sujeito passivo) da relação jurídica.

3.4 ASPECTOS LEGAIS DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS E O SINGREH

3.4.1 RECOLHIMENTO DA RECEITA

Uma vez que restou evidenciado que a água é um bem público de uso comum e que são os entes estatais (União e estados) quem têm competência constitucional para, representando



a sociedade, autorizar a apropriação ou o uso desse bem, pode-se concluir, por derivação, que a contraprestação, remuneração ou compensação cobrada é receita patrimonial e originária desses entes. Aliás, a qualificação dessa receita prescinde de maiores dúvidas e assim vem sendo reconhecida tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, como já exposto anteriormente neste trabalho.

Partindo dessa premissa, cumpre analisar a legislação aplicável. A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 163, que lei complementar disporá sobre finanças públicas. Em atenção ao mandamento constitucional, foi editada a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (usualmente conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*), que se entende ser aplicável ao tema em estudo, isso porque, sendo a cobrança pela apropriação ou pelo uso da água uma receita patrimonial do ente público, está sujeita às regras aplicadas às finanças públicas. Em adição, o artigo 164 desse mesmo diploma constitucional determina que as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central e as dos estados, órgãos ou entidades do poder público, em instituições financeiras oficiais.

Nesse sentido, os artigos 26 e 43 da referida lei complementar devem ser considerados:

Art. 26. A destinação de recursos para direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou débitos de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

Dessa leitura, é razoável concluir que a receita derivada da cobrança pela apropriação ou pelo uso da água deve ser arrecadada¹⁴⁵ ao erário do ente federativo competente, ainda que, a seguir, por determinação legal, tenha destinação vinculada.

¹⁴⁵ Obviamente o termo *arrecadada* deve ser entendido no seu sentido material, qual seja, no sentido da apropriação jurídica dessa receita ao ente público competente – não no seu sentido instrumental. Isso significa que, por óbvio, a União e os estados podem celebrar convênios com agências e entidades delegatárias para os procedimentos de cobrança – precedentes à arrecadação (cálculo dos valores devidos pelos usuários, emissão de boletos, cobrança de inadimplentes, dentre outros) – assim como pode acordar com instituições bancárias que processarão a burocracia de arrecadação (leitura de documento de cobranças, processamento de meios de pagamento e envio dos recursos arrecadados ao erário).



3.4.2 PREÇO PÚBLICO COM LIBERDADE DE DESTINAÇÃO

A Lei 9.433, de 1997, estabeleceu que os recursos oriundos da cobrança pelo uso da água seriam preferencialmente destinados às bacias das quais a água tivesse sido usada. A nosso ver, não há óbice constitucional que impeça o legislador de fazer a destinação dos recursos arrecadados com a cobrança. Há inúmeros exemplos de destinações de preços públicos, por exemplo, nos setores de energia elétrica e petróleo¹⁴⁶. Porém, a destinação preferencial adotada pela lei permite ao administrador certa margem de manobra, o que evidencia a necessidade de um arcabouço legal mais robusto para tornar a destinação a um fundo de bacia, por exemplo, vinculante ou obrigatória.

¹⁴⁶ A título de exemplo, a Lei 9.478/97 estabelece a seguinte destinação para os *royalties* do petróleo e do gás natural: *Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: (Vide Lei 10.261, de 2001) (...) II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental: a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes; c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção; d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP; e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios; e f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias. Parágrafo 1º – Do total de recursos destinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia serão aplicados, no mínimo, 40% (quarenta por cento) em programas de fomento à capacitação e ao desenvolvimento científico e tecnológico das Regiões Norte e Nordeste, incluindo as respectivas áreas de abrangência das Agências de Desenvolvimento Regional.*







4 DOS CAMINHOS – APERFEIÇOAMENTO DA COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA E APLICAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS

4.1 INTRODUÇÃO AOS CAMINHOS

A partir de tudo o que foi exposto até aqui, acredita-se que o primeiro caminho a se considerar **seria a possibilidade de elaboração de uma nova lei que, complementarmente, altere e atualize a Lei 9.433/1997, que dê melhor clareza e funcionalidade ao comando e à articulação da União com os estados**, com os elementos estruturais da cobrança, critérios objetivos de determinação do seu valor, incentivos para a adoção de boas práticas, facilitação na aplicação dos recursos arrecadados e simplificação dos controles. Além disso, seriam estabelecidas condições para maior eficiência, principalmente quando tais recursos são repassados a entidades delegatárias por meio de contrato de gestão. A ideia é retomar o conceito de gestão finalística, em desprestígio da gestão instrumental hoje praticada.

No campo das ideias criativas, caberia amadurecer a possibilidade de cessão onerosa desses direitos, o reconhecimento de créditos para investimentos privados no Plano de Bacia, a criação de fundo financeiro que possa aplicar os recursos arrecadados de forma reembolsável, a concessão da gestão de bacias como um serviço público e novas fontes de captação como recursos de fundos patrimoniais, compensações ambientais e Pagamento por Serviços Ambientais (PSA). Ademais, em complemento a uma revisão do arcabouço legislativo, seria interessante pensar em um contrato de outorga de apropriação ou uso da água que consignasse direitos e obrigações dos entes públicos e dos usuários, em benefícios dos princípios constitucionais mencionados no **Item III.2.** acima.

Em outro viés, não obstante o fato de que a receita derivada da cobrança pela apropriação ou pelo uso da água deve, por determinação legal, ter destinação preferencialmente vinculada



à bacia onde foi originada, há de se estimular a elaboração de arranjos de agrupamento de bacias. Não se pode desconsiderar que uma determinada bacia pode necessitar de recursos financeiros que não é capaz de gerar, seja pela própria escassez da água, seja por falta de usuários pagadores, ao passo que outra bacia pode demandar poucos recursos e gerar rendimento vultoso pela abundância de água e quantidade de usuários. Nesse sentido, deve-se realmente considerar estruturas de estruturas regionalizadas – ideia já consagrada, por exemplo, nos setores elétrico e de saneamento.

O setor de saneamento, em especial, serve de paradigma pela estreita correlação com os recursos hídricos. Em recente atualização do marco legal desse setor, o Congresso Nacional expressamente estabeleceu: (i) integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos¹⁴⁷; e (ii) prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços¹⁴⁸. Essa experiência deveria inspirar os entes com domínio sobre as bacias, inclusive para melhor integração de bacias da União e dos estados. Ganhos de escala também contribuirão para a própria sustentabilidade do SINGREH.

4.2 REGULAMENTAÇÃO DA COBRANÇA POR LEI

- a) Feitas as considerações iniciais sobre o *Caminho*, vale a pena apresentar mais alguns detalhes sobre uma nova lei que teria o condão de suprir as lacunas da legislação federal ora vigente, de modo a melhor ordenar e balizar a cobrança pelo uso da água e a aplicação dos recursos correlatos, preservando as premissas nas quais o SINGREH se encontra fundamentado, sobretudo a descentralização administrativa e a participação do usuário. Assim, por meio dessa nova lei regulamentadora, poder-se-ia cogitar a adoção das seguintes proposições:
- b) Definição dos **critérios e parâmetros objetivos para a cobrança, mediante**: (i) vinculação às medidas e metas previstas nos planos que visem, com clareza de justificativas, ao atingimento dos objetivos da política relativos à segurança hídrica; (ii) aperfeiçoamento da hipótese de incidência, bem como das hipóteses de desoneração; (iii) definição dos elementos objetivos de apuração da base de cálculo; e (vi) definição das alíquotas aplicáveis a cada caso. Esses critérios e parâmetros permitiriam segregar os diversos usos (extrações, captações e derivações), as finalidades (abastecimento público, agrícola, industrial etc.) e a qualidade dos corpos de água, onerando ou desonerando cada hipótese em função do interesse público, mas também garantindo a viabilidade econômica do uso pelos agentes privados pagadores;

¹⁴⁷ Lei 11.445 (de 5 de janeiro de 2007, com redação da Lei 14.026/2020), artigo 2º, inciso XII.

¹⁴⁸ Idem ao anterior, inciso XIV combinado com artigo 3º, inciso IV, artigo 8º-A e artigos 17 a 18-A.



- c) Manutenção da regra segundo a qual a receita derivada da cobrança pela apropriação ou pelo uso da água, que deve, por determinação legal, ter destinação vinculada à bacia onde foi originada, mas criando e estimulando alternativas que atendam ao interesse público e incentivem a participação dos entes privados¹⁴⁹. Um exemplo é a previsão de arranjos interfederativos e entre bacias distintas, o repasse de recursos entre bacias em caso de falta de aplicação reiterada dos mesmos ou o excesso de recursos, alternativa de destinação de recursos a fundos financeiros que poderiam financiar a participação privada no setor;
- d) Aperfeiçoamento da forma e dos procedimentos para a propositura e aprovação do preço público a ser cobrado, especialmente no que se refere à participação das Agências de Águas ou Bacias, Comitês de Bacia Hidrográfica e Conselhos de Recursos Hídricos, bem como a fixação de regime de quórum qualificado para deliberação nesses conselhos;
- e) Definição dos procedimentos e parâmetros de arrecadação, controle do fluxo financeiro e aplicação dos recursos;
- f) Ratificação da obrigação dos estados e do Distrito Federal também definirão critérios e parâmetros objetivos para a cobrança em lei própria, de modo a induzir a instrumentalização da cobrança estadual em observância ao princípio da legalidade; e
- g) Possibilidade de estabelecer majoração da destinação de recursos necessários à manutenção do SINGREH e das Agências de Bacia ou entidades delegatárias, inclusive como incentivo por aumento da eficiência de gestão.

4.3 REVISÃO DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA E DOS STAKEHOLDERS

Existem diversos problemas que afetam o funcionamento do SINGREH. Destaque-se a complexa e conflituosa relação entre órgãos gestores, comitês e agências ou entidades delegatárias, que se expressa de maneira clara, como já mencionado, na definição das prioridades de aplicação dos recursos financeiros. No contrato de gestão entre os órgãos gestores e as entidades delegatária, o comitê, sem previsão legal expressa, tem atuado como interveniente anuente, quando deveria apenas recomendar ou não a delegação da gestão.

¹⁴⁹ A propósito, vide o texto constante no PERH-MG: *Uma forma adequada para repasses não reembolsáveis ao setor privado seria a aprovação, no contexto do Orçamento Geral do Estado, de um programa específico destinado à redução da poluição industrial ou à modernização tecnológica de segmentos produtivos que utilizem a água como insumo importante. Esse programa deve deixar claros os critérios de elegibilidade e alocação dos recursos e as justificativas para transferências não onerosas ao setor privado, com base nos benefícios que seriam gerados para a sociedade (por exemplo, a eliminação de uma fonte de poluição que comprometa mananciais de abastecimento público)*. Serviços de Consultoria para Elaboração da 2ª Etapa do Plano Estadual de Recursos Hídricos de Minas Gerais, PERH-MG, Relatório R3.B, Parte B (Específica), Relatório sobre Instrumentos de Gestão de Recursos Hídricos, de 29 de abril de 2010, página 23.



A falta de uma regulação clara sobre os papéis e as funções a serem executadas por cada um dos entes (órgãos gestores, conselhos, Comitês de Bacia, agências/entidades delegatárias), no que se refere à gestão das bacias hidrográficas, cria embaraços à implementação do sistema, à melhoria e ao controle dessas bacias. Se o comitê é a entidade que define os mecanismos e valores da cobrança (já que os conselhos têm sido usualmente homologadores das deliberações dos comitês), e cabe a ele decidir como e onde aplicar os recursos arrecadados, resta pouca autonomia e efetividade às entidades delegatárias.

A rigidez do direito positivo brasileiro cria um empecilho à adoção de um sistema que proporcione mais funcionalidade e agilidade à execução dos programas governamentais por delegação de atividades públicas a entes privados. Não obstante, recomenda-se considerar a conveniência e oportunidade em se propor alteração legislativa que estabeleça, de maneira expressa, exceções e/ou métodos simplificados de controle das entidades sob o regime de contrato de gestão, considerando inclusive a nova Lei de Licitações (Lei 14.133, de 1º de abril de 2021) e incluindo:

- a) Identificação dos critérios legais para seleção de entidades delegatárias e mecanismos para antecipação dos recursos necessários à estruturação das Agências de Bacia e/ou entidades delegatárias;
- b) Garantia da autonomia privada das entidades delegatárias na gestão dos recursos e redefinição de suas atribuições; e
- c) Regulamentação do modelo de contrato de gestão.

Note-se que, em razão da matéria, parcialmente tratada pela Lei 10.881/04, entende-se que a referida alteração só poderá ser viabilizada por meio de lei ordinária.

Uma proposta mais ousada de encaminhando deverá considerar as sugestões apresentadas no *Item 1.1. - Dos Caminhos* complementada por revisão da estrutura do SINGREH, com o intuito de aumentar a eficiência de seu funcionamento e minimizar a complexidade administrativa e operacional.

Entre os problemas anteriormente indicados destaca-se o descompasso entre o modelo de gestão proposto para as águas na Lei 9.433/1997 e o modelo legal-institucional administrativo e financeiro implementado até hoje.

O SINGREH e seus instrumentos têm induzido a adoção de soluções complexas, onerosas e pouco eficazes na aplicação dos recursos – por exemplo ao exigir processos licitatórios para uma entidade delegatária contratar estagiários. Há que se buscar um caminho estrutural e legal que resulte na maior eficiência, reduzindo os gastos governamentais e otimizando os recursos à disposição tanto do Estado quanto dos cidadãos.



Além disso, a quantidade de órgãos e entidades envolvidos no SINGREH é outro fator que faz com que o gerenciamento dos recursos hídricos tenha um arcabouço institucional intrincado. A ANA, enquanto agência regulatória, tem um duplo desafio: (i) em âmbito nacional, a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos; (ii) em âmbito federal, a outorga do uso de águas da União, bem como a cobrança pelo uso da água e a gestão da receita arrecadada, além de atuação no saneamento, competência recentemente incluída pelo Novo Marco Legal do Saneamento.

Também está clara a limitação da delegação feita às entidades delegatárias por meio dos contratos de gestão. Embora sejam entes privados, ficam submetidas a regras de direito público de gestão e fiscalização.

Nessa trilha reformista, a atuação conjunta ou o repasse de tarefas ao setor privado pode ser uma maneira de fortalecer a ação governamental, em vez de enfraquecê-la. Como já adiantado, defende-se a adoção de um modelo com clara distinção entre as responsabilidades dos entes público e privado, cabendo ao primeiro o papel regulador, fiscalizador e, quiçá, financiador do sistema. Seria delegado ao segundo o papel executivo do sistema e a exploração da atividade pública em regime privado, mediante concessão da gestão dos recursos hídricos da bacia¹⁵⁰.

Ainda, sob esse enfoque, é possível cogitar a adoção de instrumentos similares à concessão ou de parcerias público-privadas (tal como ocorre nos casos de serviços de telecomunicações, concessões de rodoviárias ou no setor de saneamento). A viabilidade econômica da concessão e a modicidade tarifária seriam garantidas por subvenções de investimentos ou de custeio.

Obviamente, para tanto, seria necessária uma revisão completa da atual legislação, com redefinição das atribuições e funções dos atuais entes que compõem o SINGREH e da forma de operação do sistema, mantendo-se a estrutura das agências, onde não fosse possível o sistema de concessão.

A reestruturação SINGREH e sua sustentabilidade econômica deveriam estar apoiadas em três pilares, comentados no parágrafo seguinte.

O sistema deve ser mais simples, do ponto de vista das regras, das participações dos diversos *stakeholders* e da forma de gestão. Precisa ser mais eficiente (e criativo) na captação de recursos (além da cobrança) e aplicação para atingir as metas dos Planos de Bacia (gestão finalística). Por fim, precisa gerar resultados (disponibilidade e segurança hídrica) para estimular a adesão de mais usuários e mesmo investidores não usuários.

150 A propósito, vide ALQUÉRES, José Luiz. Energia e meio ambiente: a grande oportunidade. *Valor Econômico*, São Paulo, 13 maio 2009. KELMAN, Jerson. Concessão de Bacias Hidrográficas. *Valor Econômico*, São Paulo, 14 maio 2009.



Para que tais ideias sejam convertidas em realidade, há de haver uma revisão do sistema. Não se trata de depreciar ou denegrir estruturas públicas tradicionais de gestão. Trata-se de reconhecer que, em especial em nosso país, essas estruturas públicas têm apresentado um alto custo de transação para a sociedade, sem necessariamente entregar os resultados esperados. Por isso, se propõe que:

Em primeiro lugar, cada *stakeholder* tenha suas funções muito bem definidas e entendidas. Será detalhada **uma nova estrutura que poderia ser adotada, com revisão das funções e definições mais claras e simples, como a seguir.**

Inicia-se pelo poder concedente (União e estados, representados pelos conselhos). Eles têm o domínio da água. Portanto, de forma metafórica, poderiam ser equiparados aos acionistas de uma companhia. Nessa nova estrutura possível, a eles caberia traçar as regras gerais das atividades de gestão dos recursos hídricos e as metas a serem atingidas. Estabeleceriam como captar recursos e como geri-los, mas de um ponto de vista finalístico – *de onde partimos e aonde queremos chegar*. Não lhes caberia *dizer ao motorista como dirigir*. Caberia definir a rota. Por fim, se houvesse divergências entre os demais *stakeholders*, caberia a ele (poder concedente) mediar os conflitos e decidir.

Os comitês seriam órgãos eminentemente consultivos, recomendativos e fiscalizatórios. Seriam equiparados (mais uma vez, de forma metafórica) ao Conselho de Administração e ao Conselho Fiscal das empresas. Ao comitê, como órgão colegiado representante da sociedade civil, caberia opinar, sugerir, recomendar alternativas, instrumentos, meios que possam contribuir para que os fins definidos pelo conselho fossem atingidos. Obviamente não lhes caberia gerir, mas caberia aconselhar o gestor. Não lhes caberia decidir, mas caberia apresentar ponderações, ou seja, contribuir para aperfeiçoar as estratégias que permitiriam atingir os fins definidos.

Em adição, caberia ao comitê fiscalizar a atuação dos gestores. Isso porque, por serem órgãos *locais* e representativos da sociedade, teriam mais capacidade de acompanhar e monitorar o que os gestores estariam fazendo. Mas que fique muito claro: fiscalizar não significa interferir. Significa monitorar e avaliar, reportando ao *acionista*, (União e estados, representados pelos conselhos) se identificados desvios que justifiquem a intervenção da gestão, destituição do gestor e sua eventual responsabilização.

As Agências de Bacia ou entidades delegatárias deveriam ser os efetivos gestores da bacia, com a delegação de poderes para fazê-lo, para que pudessem ser alcançadas as metas propostas pelo comitê e definidas pelo Conselho de Recursos Hídricos. Nesse contexto imaginário e idealizado, a gestão seria fundamentalmente finalística – foco em atingir metas, sendo menos relevantes os meios e instrumentos adotados, exceto na hipótese de desvios de finalidade ou ilicitudes.



Não se poderia excluir a atividade fiscalizatória dos Tribunais de Contas, uma vez que se está a tratar de investimentos de recursos públicos. Mas esse seria um problema menor a ser enfrentado, tanto mais se for considerado que os comitês já estariam fazendo a atividade fiscalizatória, de forma que os Tribunais de Contas terminariam por atuar como revisores de auditorias já realizadas.

Antes de finalizar a questão revisão da organização do sistema e dos *stakeholders*, não possível deixar de abordar a questão da dupla dominialidade, já apontada como fator complicador e complexo e, também, e para a qual aponta-se a necessidade de esclarecer as atribuições federativas por meio de Lei Complementar.

A Constituição prevê as circunstâncias admissíveis a serem tratadas mediante lei complementar. Entre elas está justamente a autorização para que os estados possam legislar sobre questões específicas relativas a matérias da competência privativa da União, como legislar sobre águas. É bem verdade que os estados têm liberdade para legislar sobre aspectos administrativos que digam respeito ao cumprimento do *poder-dever* de zelar sobre as águas do seu domínio. Assim fizeram por meio da edição de leis de Políticas e Sistemas Estaduais de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que, a rigor, segundo alguns intérpretes, seriam em grande medida desnecessárias, caso houvesse entendimento uniforme quanto ao teor e à abrangência da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Entretanto observa-se que, no caso de bacias com águas de distintos domínios, há necessidade de diretrizes e ações convergentes no sentido de atender ao interesse social. Ao que parece, a partir de todos os estudos realizados, há estados que desejariam desincumbir-se de seu dever, delegando-o à União. Outros há, ao contrário, que se julgam capazes de exercer a gestão sem a integração com a União e outros estados, considerando apenas a porção do território que lhes cabe dentro da bacia. Enfim, a falta de integração e coordenação gera evidentes conflitos, que se agravam em determinadas situações, em especial na ocorrência de crises hídricas.

Um caso concreto confirma nosso sentir. Em situação de escassez, o estado de São Paulo implementou captação/transposição no rio Paraíba do Sul (de dominialidade da União) que afetava a captação no estado do Rio de Janeiro. O conflito (caso grave de falta de integração e coordenação) não foi mediado pela União, nem pelos órgãos do SINGREH. Foi levado diretamente ao STF e mediado por seu presidente, em evidente desvalorização e, por que não dizer, violação à Lei 9.433/1997.

Cumpra relembrar o disposto na Lei das Águas, *in verbis*: Artigo 4º – A União articular-se-á com os estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum. Ao que parece, referido mandamento legal não tem sido suficiente (ou cumprido) para dar conta da convergência de ações que requerem participação de distintos entes federativos, com



distintas competências, muito menos quando se exige desses entes comprometer-se com firmes, segurança jurídica e fluxos financeiros seguros para que sejam implementadas. Aliás, ainda se discute o verdadeiro significado do termo *articulação*, o que se entende desnecessário se o intérprete fizer uma análise lógico-sistêmica e teleológica de toda a lei.

Somam-se ainda as competências (e omissões) municipais que têm reflexos sobre a gestão das águas e que necessitam de aprimoramento legislativo específico, visando à integração – nos termos da lei – das ações correspondentes.

Para apoiar a superação desse problema, talvez fosse útil buscar a experiência da legislação ambiental que resultou na edição, após mais de vinte anos de tramitação no Congresso, da Lei Complementar 140/2011, que mostra um caminho a ser estudado e, se viável, proposto, aproveitando eventualmente a sinergia e as oportunidades que surgem na tramitação de projetos de lei correlacionados com a gestão de recursos hídricos.

4.3 REVISÃO DOS INSTRUMENTOS BASILARES

Inicia-se pelos **Planos de Recursos Hídricos** e os planos diretores de bacia.

Considerando todas as avaliações já postas neste documento, sugere-se dois caminhos: (i) rever os termos de referência até o momento utilizados, de forma que, no desenvolvimento dos planos, as questões básicas para o preenchimento das lacunas apontadas sejam contempladas; e (ii) pelo caminho da proposição de uma nova norma, retomando dois temas originalmente propostos na Lei 9433/97, como conteúdo mínimo de um plano (artigo 7º), pelas responsabilidades para execução de medidas, programas e projetos e pelo cronograma de execução e programação orçamentário-financeira associados às medidas, aos programas e aos projetos.

A revisão dos termos de referência deve buscar mais objetividade na definição da prioridade das ações elencadas para a melhoria da disponibilidade hídrica. Além disso, deve dar o apoio necessário para uma decisão sobre quais atividades geram atração de investimentos, para maior dinamismo e diversificação das atividades econômicas com segurança hídrica. Nesse sentido, deve indicar quais ações a priorizar para fomentar o desenvolvimento das cadeias produtivas em bases sustentáveis. Deve, ainda, trazer elementos que deem direcionamento mínimo à gestão dos eventos hidrológicos extremos. Por fim, os planos devem espelhar um processo de pactuação (termo de acordo social) entre todos os participantes, atraindo o usuário para alternativas de solução do problema hídrico.

De outra parte, a retomada, por meio de um aperfeiçoamento legal, da especificação de um cronograma de execução e programação orçamentário-financeira dos programas e projetos (proposta originalmente no artigo 7º da Lei 9.433/97) tem por objetivo obrigar



os elaboradores e aprovadores dos planos a estabelecer cronogramas de planejamento e de execução (metas físico-financeiras) que possam ser exigíveis e cobráveis, inclusive facultando eventual responsabilização por descumprimentos.

O melhor **Enquadramento dos cursos hídricos** também é uma excelente ferramenta para direcionar metas para o SINGREH, desde que implementado como foi concebido. O enquadramento resume o curso de água que temos, o que gostaríamos de ter e aquele que efetivamente podemos ter, considerando os problemas e o custo das soluções.

Sobre a **Outorga**, são urgentes ações para: (i) reversão de um quadro que aponta mais de 60% de usos irregulares. Hoje existem sofisticadas tecnologias que facilitam esse encaminhamento e que podem manter cadastros de usos e usuários atualizados; (ii) universalização da outorga para lançamento de efluentes; (iii) revisão dos usos insignificantes; e (iv) aprimoramento ou desenvolvimento de outorgas coletivas que poderiam viabilizar a contabilidade de água para volumes considerados individualmente insignificantes.

Ao se tratar de revisão de elementos basilares, cabe reiterar a fragilidade dos órgãos gestores e a necessidade de que tenham orçamento compatível com suas funções, para que possam captar equipes técnicas capacitadas, com conhecimentos no campo da gestão de recursos hídricos.

4.4 NOVAS FONTES DE INVESTIMENTO

A simplificação estrutural proposta poderia ser acompanhada de mais criatividade na captação de recursos para os Planos de Bacia, conforme indicado nos próximos parágrafos.





5 DOS CAMINHOS – EXPERIÊNCIAS EM DESTAQUE

Algumas medidas administrativas, que visam à obtenção de maior efetividade na aplicação dos recursos oriundos da cobrança, estão em curso, conforme restou constatado.

Entre elas destaca-se a implementação de melhoria no processo de planejamento de médio e longo prazo da implantação das ações contidas em planos de recursos hídricos. Por meio de entrevistas, constatou-se que essa medida está sendo adotada pela ANA, por exemplo, na bacia do Paraíba do Sul e na PCJ. Nas bacias citadas, também foi preconizada e vem sendo praticada a capacitação de eventuais tomadores de recursos federais e estaduais para a formulação de projetos que atendam aos objetivos expressos nos planos e, ao mesmo tempo, obedeçam aos requisitos dos agentes financeiros responsáveis pela administração dos recursos da cobrança.

Também se destaca a capacitação para a formulação de projetos de recuperação da qualidade da água em bacias hidrográficas em que recursos da cobrança já se encontram disponíveis. As agências/entidades delegatárias estão sendo demandadas a apresentar orçamentos e cronogramas plurianuais, que indiquem etapas e fluxos de recursos compatíveis com a arrecadação e com prazos para o detalhamento dos projetos. Tais medidas tencionam minimizar a vulnerabilidade do processo de planejamento ao casuísmo e às mudanças de objetivos no âmbito dos comitês.

Cabe destacar a experiência do PRODES (Programa Despoluição de Bacias Hidrográficas). Criado pela então Agência Nacional de Águas (ANA) em março de 2001, também conhecido como “programa de compra de esgoto tratado”, é uma iniciativa inovadora: não financia obras ou equipamentos, mas paga pelos resultados alcançados, ou seja, pelo esgoto efetivamente tratado. O PRODES consiste na concessão de estímulo financeiro pela União, na forma de pagamento pelo esgoto tratado – sem financiamento de obras ou equipamentos – aos prestadores de serviço de saneamento que investirem na implantação, ampliação e operação de Estações de Tratamento de Esgotos (ETEs), desde que cumpridas as condições previstas em contrato.



Além de incentivar a implantação de estações de tratamento, o programa tem como principal objetivo reduzir os níveis de poluição em bacias hidrográficas e proteger os mananciais de sistemas de produção de água.

Podem participar do PRODES os empreendimentos destinados ao tratamento de esgotos com capacidade inicial de tratamento de pelo menos 270 kg de DBO (carga orgânica) por dia, cujos recursos para implantação da estação não venham da União. Podem se inscrever estações ainda não iniciadas ou em fase de construção com até 70% do orçamento executado.

O Relatório Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil 2021, elaborado pela ANA, informa que, desde o início do programa, de 2001 até o ano de 2016 (último ano de contratações), foram contratadas 82 ETEs em bacias críticas quanto à qualidade da água. O total de carga abatida no triênio 2017, 2018 e 2019 foi de cerca de 71 mil toneladas de DBO, o que equivale, por ano, ao tratamento de esgotos de uma cidade com 3,6 milhões de habitantes. Somente em 2019, o total de carga abatida foi de aproximadamente 17 mil toneladas de DBO. Os destaques de abatimento de carga orgânica desse ano ficam por conta de ETEs situadas nas UGRHs Paraíba do Sul (10 mil ton), de bacias litorâneas estaduais do RS, onde está o Lago Guaíba (2,5 mil ton somente em Porto Alegre/RS), na UGRH Paraná, onde está a bacia estadual do Tietê/SP (1,4 mil ton), e na São Francisco (1,2 mil, ton).

O mesmo relatório informa que há uma expectativa de retomada das contratações, possibilitando assim a implementação de ações previstas nos Planos de Recursos Hídricos de Bacias Interestaduais. Além disso, prevê-se um aprimoramento do programa, tendo em vista a necessidade de conciliar a gestão dos recursos hídricos e os desafios apresentados pela atualização do marco legal do saneamento básico.

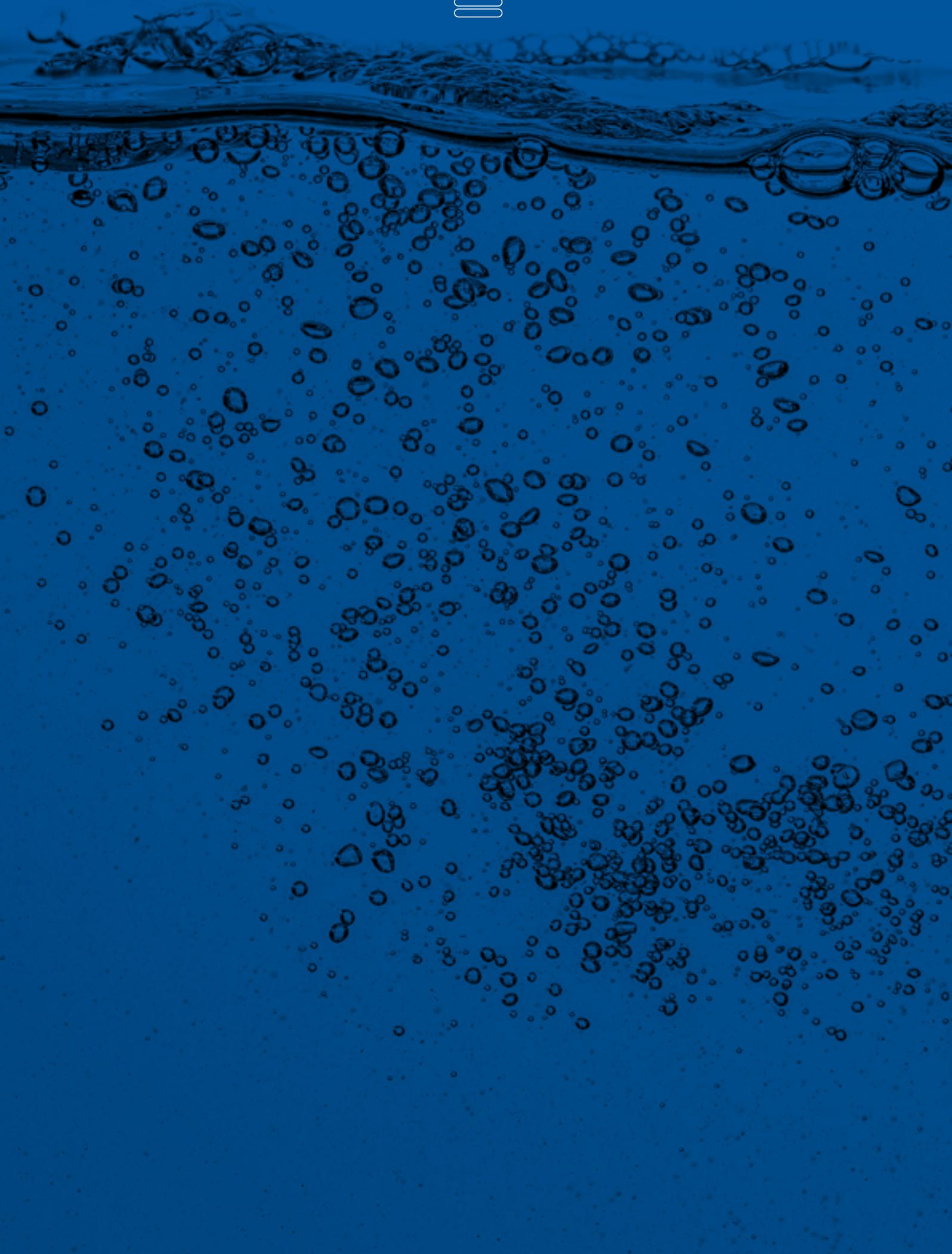
Outra experiência, de iniciativa da ANA, é o chamado Programa Produtor de Água voltado à organização de projetos locais de conservação e recuperação de recursos hídricos mediante o estabelecimento de parcerias entre instituições públicas e privadas, em conjunto com produtores rurais. Busca promover a utilização de práticas de conservação de solo e água combinadas com atividades produtivas tradicionais, incentivando a adequação ambiental das propriedades e promovendo a melhoria das condições hidrológicas das bacias hidrográficas. Trata-se de um programa de adesão voluntária pelos produtores rurais utilizando a política de Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA). Com isso, auxilia a participação ativa dos produtores rurais, de forma a garantir a sustentabilidade das ações no longo prazo.

Segundo o já mencionado relatório Conjuntura de Recursos Hídricos no Brasil 2020, desde sua concepção em 2001, a ANA apoiou 78 iniciativas, das quais 35 se consolidaram em projetos com o PSA. A ANA aportou cerca R\$ 50 milhões para execução de ações em



campo, o que inclui restauração florestal, conservação de solo e saneamento rural. Além disso, o programa estimulou a criação de 38 leis municipais estabelecendo políticas locais de conservação de recursos hídricos e pagamentos por serviços ambientais.

Essas medidas devem ser acompanhadas e, tanto quanto possível, continuamente avaliadas e aprimoradas, dado que o processo legislativo de alteração ou complementação dos dispositivos vigentes, conforme propostos nos *Caminhos* apresentados, pode demandar tempo de maturação.





APÊNDICE A - AVALIAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS COM A COBRANÇA – INDICADORES A SEREM SEGUIDOS EM CONTRATOS DE GESTÃO

A. DA COBRANÇA

1. Para avaliar a aplicação dos recursos arrecadados, foi adotada uma classificação das categorias tendo por base o que é apresentado no Quadro 0.1. As informações foram obtidas de relatório que se propôs a avaliar a efetividade dos Planos de Bacia Hidrográfica de rios interestaduais, com destaque para as bacias dos rios Paraíba do Sul, Doce, Piracicaba, Capivari e Jundiaí e São Francisco (LANNA, 2020). Foram considerados cinco componentes em cada um dos diversos tipos de programas, que abrangeram praticamente todas as possibilidades em um Plano de Recursos Hídricos. Os planos de recursos hídricos considerados foram:
 - a) Paraíba do Sul, 2007;
 - b) Doce, 2010;
 - c) Piracicaba, Capivari e Jundiaí, 2010; e
 - d) São Francisco, 2016.
2. Deve ser destacado que, enquanto o plano do Paraíba do Sul teve 13 anos para ser implementado, em um extremo, o plano do São Francisco teve apenas quatro anos, em outro extremo. Também deve ser considerado que recentemente foram aprovadas atualizações dos dois primeiros planos, e que o plano do Doce está em fase de atualização. Portanto, os três primeiros planos foram avaliados quanto às suas execuções já no final de suas implementações, enquanto o do São Francisco foi considerado em plena fase de aplicação dos recursos.
3. O número de programas que os planos aprovaram foram contabilizados em cada categoria e os resultados são demonstrados no Quadro 0.2. Nele são apresentados quantos programas se inserem em cada categoria e o percentual em relação ao total de programas. Os resultados foram ilustrados na Figura 0.1. Ela mostra uma concentração de programas nas categorias 3.2.2 - Planos de unidades especiais e 3.2.5 - Outorgas e licenças.



4. Para melhor visualização dos interesses pelos quais os planos de recursos hídricos se orientaram, a Figura 0.2 apresenta o número de programas em cada uma das chamadas categorias amplas:
 - a) P&S Rec. Hídricos - Política e o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
 - b) Ambiente interno dos CBHs;
 - c) Gerenciamento de Recursos Hídricos;
 - d) Conhecimento;
 - e) Gerenciamento;
 - f) Usos de água; e
 - g) Projetos e implantação de obras.
5. A Figura 0.2 esclarece que o número de programas se concentra na categoria Gerenciamento de Recursos Hídricos, com elaboração de planos de subsistemas e desenvolvimento dos demais instrumentos de gerenciamento de recursos hídricos, com praticamente metade deles. O segundo grupo é o de projeto e implantação de obras e o de menor número de programas é o que agrega aqueles vinculados à Política e Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos.
6. Os resultados, porém, se referem ao número de programas e não aos investimentos, considerado de maior importância para avaliação do foco dos interesses do CBH, evidenciado em seus planos. Para isso, foram contabilizados os investimentos previstos e realizados em quatro categorias: (i) SGRH, que agregou as duas categorias amplas, de Política, sistema e ambiente interno do CBH, considerados investimentos no sistema; (ii) GRH, que agregou as categorias do Gerenciamento de Recursos Hídricos; (iii) USO, que englobou os investimentos nos Usos de água; e (iv) P&O (Projetos & Obras), onde foram somados aqueles que se dirigiram a Projetos e implantação de obras.
7. Foram considerados investimentos previstos no plano (P) e aqueles efetivamente executados (E), em cada bacia considerada, ilustrados na Figura 0.3. Nota-se a existência de consideráveis diferenças entre os planos analisados. Os investimentos no Sistema de Gerenciamento (SGRH) ou não são previstos ou (como no caso do São Francisco) foram previstos e não realizados nos quatro anos iniciais de implantação do plano. A categoria Projeto e implantação de obras é a que atrai maior recursos no total das quatro bacias, sendo dominante nas bacias do Paraíba do Sul e do Doce, e em segundo lugar na PCJ. Na bacia do São Francisco, os recursos foram dirigidos ao Gerenciamento de Recursos Hídricos, embora o desembolso tenha sido consideravelmente inferior ao previsto, sempre se devendo considerar que se passaram quatro anos da aprovação do plano.



8. As bacias PCJ se destacam por terem investido totalmente os recursos previstos em cada programa, na informação prestada pela Agência PCJ. As demais não conseguiram realizar parte considerável dos investimentos orçados, conforme apresentado nos parágrafos 138 e 139 deste trabalho. A bacia do Paraíba do Sul, por exemplo, apresenta considerável defasagem entre o que foi previsto e o que foi executado. A bacia do Doce também mostra defasagem, porém menor, sendo que os investimentos realizados pela Fundação Renova, que assumiu as compensações devido ao acidente da mina de Mariana, podem ter ajudado na contabilidade das metas. Grande defasagem é apresentada pela bacia do rio São Francisco, onde os investimentos se dirigiram ao Gerenciamento de Recursos Hídricos e ao Planejamento e implantação de obras, com a ressalva de não ter ainda completado o ciclo de efetivação de seu plano.

QUADRO 0.1 – Categorias de destino das aplicações da cobrança pelo uso da água, conforme informado pelas respectivas Agências de Bacia

| Componente | Nome curto | | Programas | Nome curto |
|---|--------------------------------------|------------------|---|------------------------------------|
| 1 Programas tendo por foco a política e o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SGRH), sendo suas implantações realizadas com recursos dos orçamentos públicos. | 1 P&S Rec. Hídricos | | 1.1 Aperfeiçoamento organizacional do SGRH | 1.1 Aperf. organizacional |
| | | | 1.2 Aperfeiçoamento das normativas legais do SGRH | 1.2 Aperf. legal |
| 2 Programas tendo por foco o ambiente interno do CBH e que podem ser implementados com recursos próprios do CBH, geralmente derivados da cobrança pelo uso de água. | 2 Ambiente Interno dos CBHs | | 2.1 Estruturação dos CBHs | 2.1 Estruturação dos CBHs |
| | | | 2.2 Manutenção dos CBHs | 2.2 Manutenção dos CBHs |
| | | | 2.3 Capacitação dos membros dos CBHs | 2.3 Capacitação dos membros |
| | | | 2.4 Estudo de alternativas para o apoio técnico e administrativo aos CBHs | 2.4 Apoio técnico e administrativo |
| | | | 2.5 Manutenção dos entes de apoio técnico e administrativo aos CBHs | 2.5 Man. apoio técnico e admin. |
| 3 Programas tendo por foco o gerenciamento da quantidade e de qualidade de água da unidade de planejamento (bacia, UF ou país) e que são geralmente implantados com recursos dos orçamentos públicos (UF ou país) ou os derivados da cobrança pelo uso de água (bacia), portanto, definidos pelos CBHs. | 3 Gerenciamento de Recursos Hídricos | 3.1 Conhecimento | 3.1.1 Estimativa de disponibilidades hídricas quali/quantitativas superficiais e subterrâneas, envolvendo estudos, aplicação de modelos chuva-vazão, balanços hídricos etc. | 3.1.1 Disp. quali/quant sup/sub |
| | | | 3.1.2 Estudo de fenômenos que afetam o regime hidrológico (superficial e subterrâneo) em termos quantitativos, incluindo a variabilidade e as mudanças climáticas | 3.1.2 Regime hidrológico quant. |
| | | | 3.1.3 Estudo de fenômenos que afetam o regime hidrológico (superficial e subterrâneo) em termos qualitativos, podendo incluir a variabilidade e as mudanças climáticas | 3.1.3 Regime hidrológico qual. |
| | | | 3.1.4 Modelagem matemática da hidrodinâmica (superficial e subterrânea): quantidade de água (tempo histórico ou real) | 3.1.4 Modelo quant. sup/sub |
| | | | 3.1.5 Modelagem matemática da hidrodinâmica (superficial e subterrânea): qualidade de água (tempo histórico ou real) | 3.1.5 Modelo qual. sup/sub |
| | | | 3.1.6 Comunicação Social, Capacitação Técnica e Educação Ambiental: divulgação do conhecimento existente para grupos específicos de interesse | 3.1.6 Com soc/ cap téc/ ed amb |

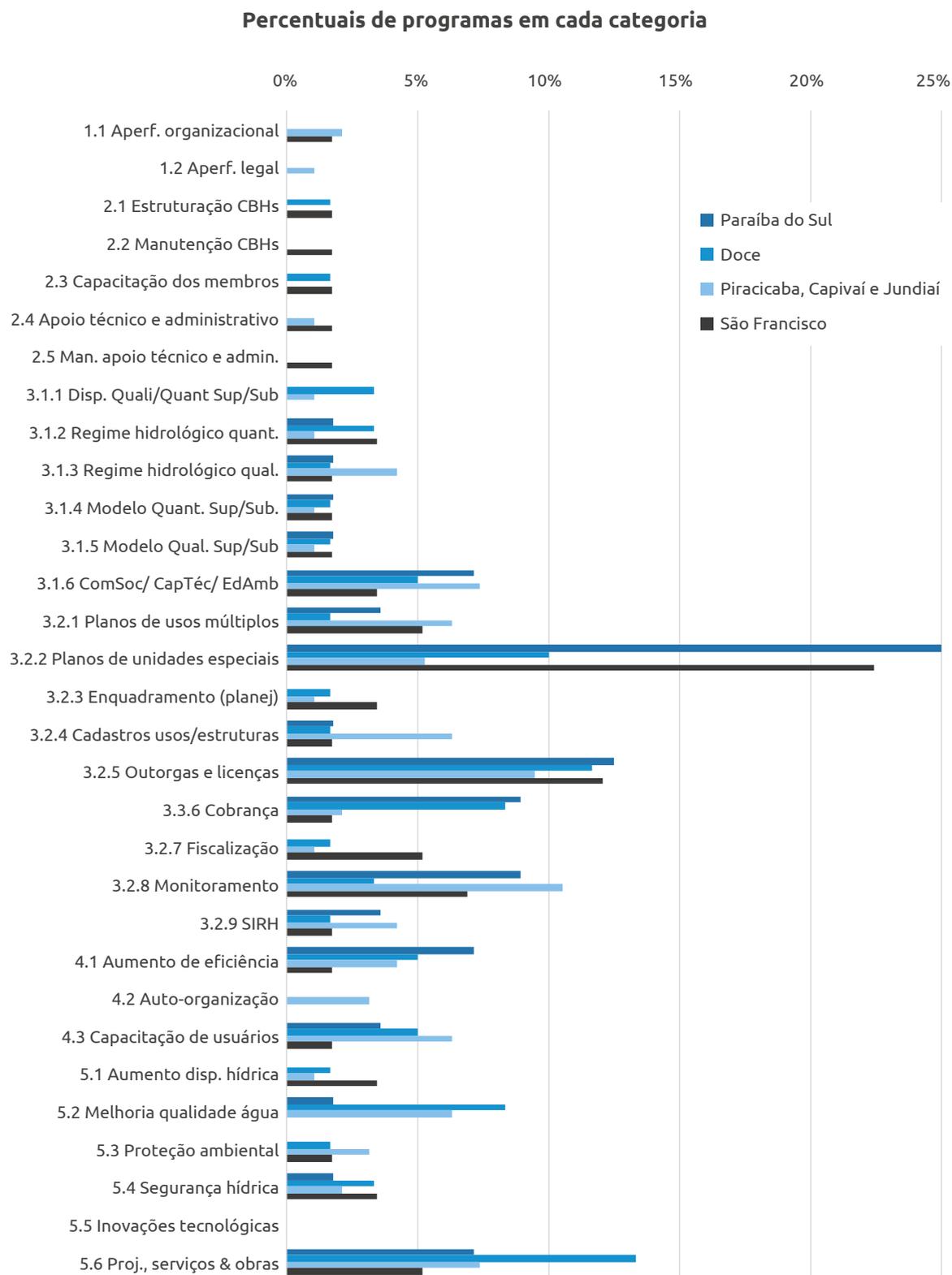


| Componente | Nome curto | | Programas | Nome curto |
|--|--------------------------------------|-------------------|--|-------------------------------------|
| 3 Programas tendo por foco o gerenciamento da quantidade e de qualidade de água da unidade de planejamento (bacia, UF ou país) e que são geralmente implantados com recursos dos orçamentos públicos (UF ou país) ou os derivados da cobrança pelo uso de água (bacia), portanto, definidos pelos CBHs. | 3 Gerenciamento de Recursos Hídricos | 3.2 Gerenciamento | 3.2.1 Planos de usos múltiplos, integração dos recursos hídricos com planejamentos setoriais etc. | 3.2.1 Planos de usos múltiplos |
| | | | 3.2.2 Planos de unidades especiais de planejamento hídrico: regiões metropolitanas, zonas costeiras, áreas alteradas ou em recuperação etc. | 3.2.2 Planos de unidades especiais |
| | | | 3.2.3 Enquadramento de corpos de água em classes de qualidade: refere-se ao processo de planejamento, não de intervenções, para alcance das metas qualitativas | 3.2.3 Enquadramento (planej.) |
| | | | 3.2.4 Cadastro de usos e de estruturas que facultem o uso de água: refere-se ao processo de permanente atualização para fins gerenciais | 3.2.4 Cadastros de usos/ estruturas |
| | | | 3.2.5 Outorgas: de direitos de uso de água e de uso dos recursos ambientais - licenças ambientais | 3.2.5 Outorgas e licenças |
| | | | 3.2.6 Cobrança pelo uso da água | 3.2.6 Cobrança |
| | | | 3.2.7 Fiscalização | 3.2.7 Fiscalização |
| | | | 3.2.8 Monitoramento hidrometeorológico: compreende todas as variáveis de interesse, meteorológicas e relacionadas às águas superficiais e subterrâneas em quantidade e em qualidade, bem como alertas prévios sobre condições críticas | 3.2.8 Monitoramento |
| | | | 3.2.9 Sistemas de Informação sobre Recursos Hídricos: envolve informações hidrométricas e de todas as demais naturezas de interesse ao gerenciamento | 3.2.9 SIRH |
| 4 Programas tendo por foco os usos de água e que dependem de parcerias setoriais para implementação, podendo ser em parte financiados com recursos do CBH, em geral derivados da cobrança pelo uso de água e, em maior montante, idealmente, por recursos próprios dos setores envolvidos. | 4 Usos de água | | 4.1 Aumento de eficiência, redução de desperdícios e reúso de água: medidas que promovam o uso racional de água, incluindo estímulos às suas adoções como o pagamento por serviços ambientais | 4.1 Aumento de eficiência |
| | | | 4.2 Auto-organização: acordos de cooperação ou de alocação/partilha negociada de água em situações de escassez envolvendo usuários de água e sociedade | 4.2 Auto-organização |
| | | | 4.3 Capacitação de usuários para o uso sustentável da água (especialmente no meio rural, como parte do controle da poluição difusa) | 4.3 Capacitação de usuários |
| 5 Programas que envolvem o projeto e a implantação de medidas estruturais (obras) e que geralmente dependem de investimentos públicos, sendo assim implantados por entes públicos específicos, com exceção de estudos e projetos e implantação de algumas pequenas obras, que podem ter recursos especialmente aportados pelo CBH, em geral derivados da cobrança pelo uso de água, sendo por ele gerenciados. | 5 Projeto e implantação de obras | | 5.1 Aumento de disponibilidade hídrica: reservatórios, adutoras, canais etc. | 5.1 Aumento de disp. hídrica |
| | | | 5.2 Melhoria de qualidade de água: PMSB, construção de ETEs, zoneamentos etc. | 5.2 Melhoria da qualidade da água |
| | | | 5.3 Proteção de compartimentos ambientais associados às águas (solo, florestas, APPs, áreas erodíveis etc.) | 5.3 Proteção ambiental |
| | | | 5.4 Segurança frente a extremos hidrológicos | 5.4 Segurança hídrica |
| | | | 5.5 Uso de inovações tecnológicas apropriadas ou alternativas (cisternas, dessalinização etc.) | 5.5 Inovações tecnológicas |
| | | | 5.6 Projetos, serviços e obras de interesse aos usos setoriais de água (abastecimento, saneamento básico, irrigação etc.) | 5.6 Proj., serviços e obras |

Fonte: Elaboração própria.



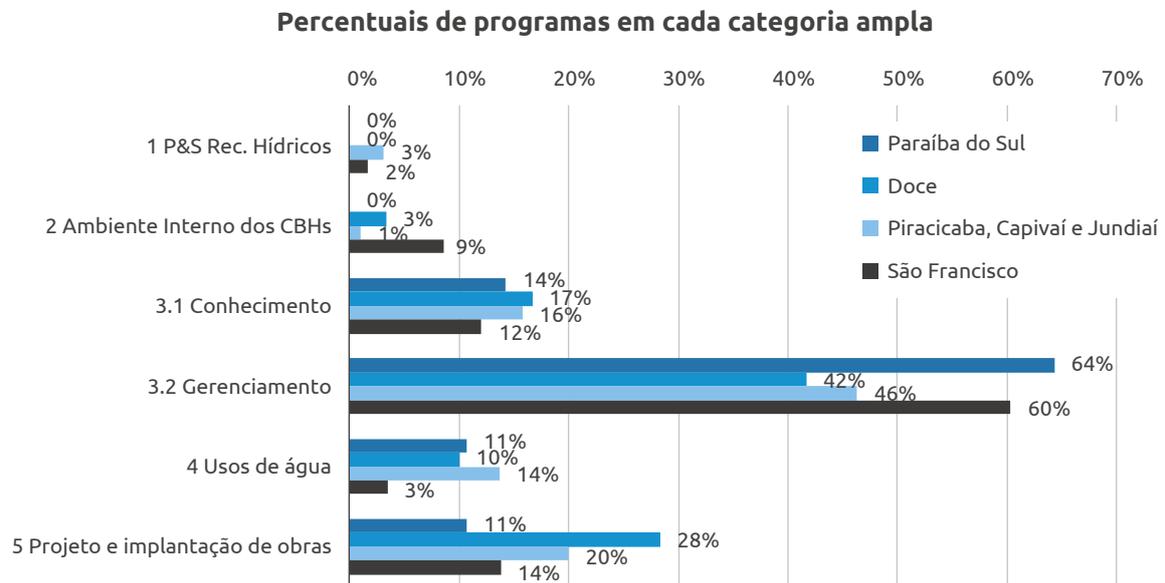
FIGURA 0.1 – Número de programas em cada Plano de Recursos Hídricos que se insere nas categorias consideradas.



Fonte: Elaboração própria.

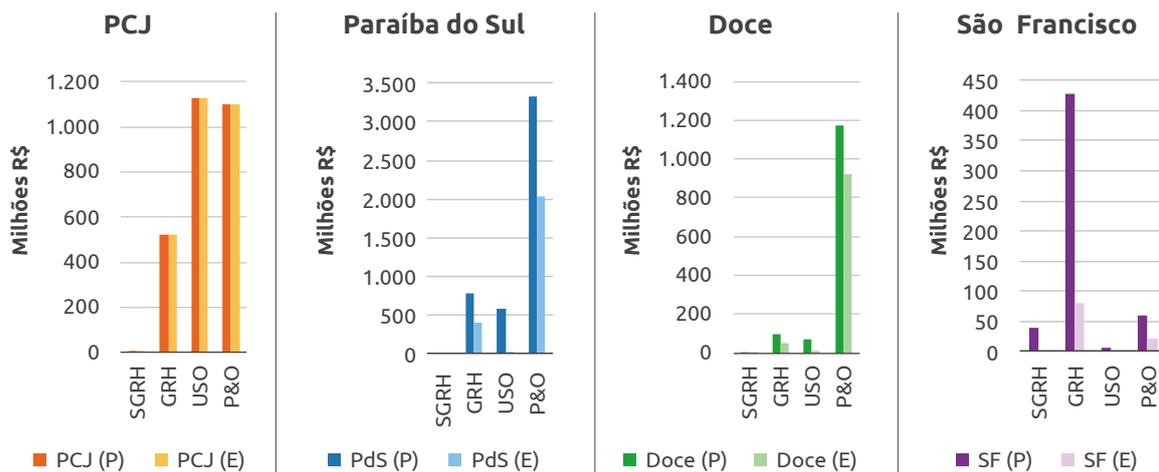


FIGURA 0.2 – Inserção do número de programas nas categorias amplas.



Fonte: Elaboração própria.

FIGURA 0.3 – Aplicações previstas e executadas nos programas de acordo com as categorias amplas.

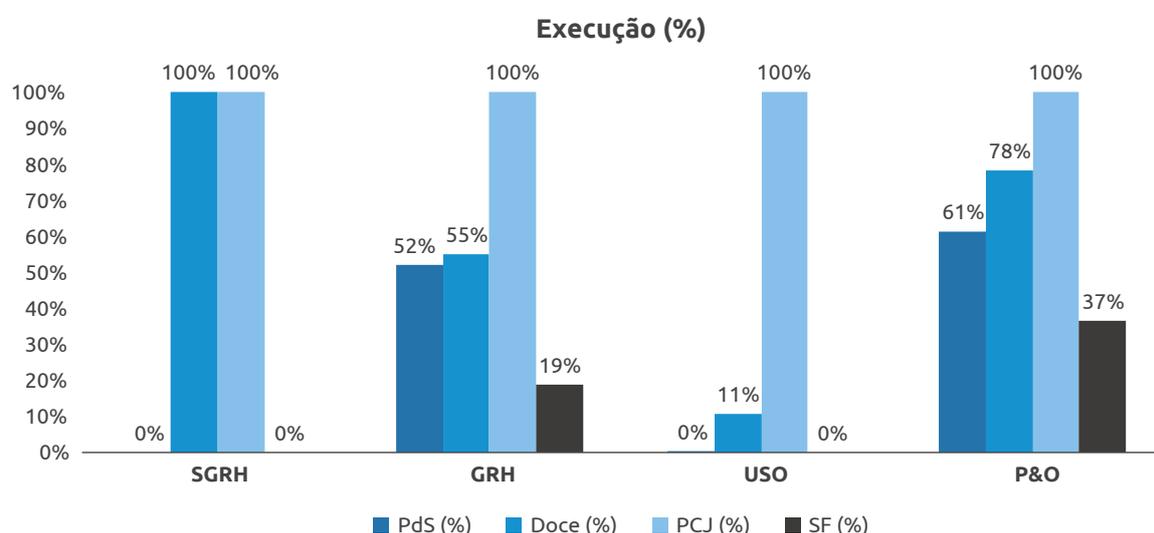


Nota: PdS: Paraíba do Sul; PCJ: Piracicaba, Capivari e Jundiá; SF: São Francisco; (P) significa previsão e (E) executado; SGRH: Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos; GRH: Gerenciamento de Recursos Hídricos; USO: usos de água; P&O: Projetos e obras.
Fonte: Elaboração própria.



9. A Figura 0.4, finalmente, ilustra o percentual de execução dos programas nas mesmas categorias da Figura 0.3 para as quatro bacias analisadas. Como se verificou previamente, as bacias PCJ se destacam por terem investido 100% do que era previsto. Na categoria do Sistema de Gerenciamento, a bacia do Doce também cumpriu 100% da previsão.
10. Cabe comentar aqui que o IBIO, delegatário na bacia, ao romper o contrato de gestão, devolveu aos cofres públicos cerca de 52 milhões de reais, fato resultado do contingenciamento por parte do governo de Minas Gerais dos recursos financeiros da cobrança e não de ineficiência da não execução dos programas. Adicionalmente, cabe comentar que, no plano do Paraíba do Sul, não foi previsto investimento nessa categoria, sendo essa a razão de nada ter sido executado, o que não ocorre no São Francisco. Tal bacia, talvez devido ao pouco tempo de implementação do plano, tenha percentuais baixos de execução, sendo estes significativos apenas na categoria Projetos e implantação de obras.
11. Em linhas gerais, com a exceção das Bacias PCJ, pode-se considerar baixa a efetividade de execução dos planos aprovados, mesmo no caso da bacia do Doce, onde a execução certamente contou com aporte de recursos da Fundação Renova.

FIGURA 0.4 – Comparação entre valores previstos para os programas e valores executados até 2020.



Nota: PdS: Paraíba do Sul; PCJ: Piracicaba, Capivari e Jundiá; SF: São Francisco.

SGRH: Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos; **GRH:** Gerenciamento de Recursos Hídricos; **USO:** usos de água; **P&O:** Projetos e obras.

Fonte: Elaboração própria.



B. DOS INDICADORES EM CONTRATOS DE GESTÃO

12. A experiência com contratos de gestão de recursos hídricos provém, portanto, daqueles firmados pela ANA com as cinco entidades delegatárias que atuam em seis bacias, cada qual com um elenco de indicadores de desempenho, avaliados periodicamente.
13. Uma vista d'olhos sobre esses elencos de indicadores revela, além de uma certa uniformidade, uma preocupação maior com a capacidade e o desempenho da delegatária na aplicação dos recursos financeiros e no cumprimento das metas que lhe são fixadas no próprio contrato, ao menos teoricamente, voltadas ao cumprimento dos respectivos planos de recursos hídricos, sem, no entanto, entrar na avaliação do conteúdo finalístico das metas. São indicadores mais de desempenho processual do que do alcance de resultados na disponibilidade hídrica.
14. Em seção anterior – parágrafo 8 deste Apêndice – mostrou-se graficamente a natureza dos programas contidos nos planos classificados por categorias e concluiu-se que, em linhas gerais, é baixa a efetividade de execução dos planos aprovados. Parece que, antes de avaliar o contrato de gestão e o desempenho da delegatária, seria importante avaliar se, e em que medida, o plano da bacia objetiva de fato o alcance da segurança hídrica.
15. Por outro lado, no parágrafo 27 (página 9) - item C menciona-se que um dos objetivos do presente trabalho estaria relacionado à avaliação da aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança, qual seja a elaboração de proposições de indicadores a serem seguidos em todos os contratos de gestão, focados no cumprimento dos objetivos finalísticos da política, que permitam avaliar as melhorias na segurança hídrica. Para tanto, entende-se que a melhoria da segurança hídrica deveria, tanto quanto possível, expressar-se pelo aumento da disponibilidade hídrica (qualidade e quantidade) e da resiliência ao enfrentamento de eventos hidrológicos críticos, mesmo tendo presente que são objetivos de alcance a longo prazo.
16. Nesse sentido, de pronto surge a consideração do aumento da vazão outorgável como indicador do aumento da disponibilidade hídrica. É preciso considerar, no entanto, que o aumento da vazão outorgável depende, primeira e essencialmente, de fatores operacionais, como a ampliação da base de dados consistentes e confiáveis para a outorga, dados hidrológicos e cadastros atualizados, aprimoramento de marcos regulatórios, atuação eficaz no controle dos usos (fiscalização), redução de conflitos de usos entre usuários, todos sob direta ou indireta responsabilidade da Agência de Água ou de sua sucedânea, a entidade delegatária, e passíveis de mensuração e avaliação do seu desempenho, no que tange às competências expressas na Lei 9.433, de 1997, Art. 44, I, II, VI, IX, X, e correspondentemente na Lei 10.881, de 2004, e às obrigações impostas no contrato de gestão por ela firmado.



17. Surge também avaliação da ampliação de práticas conservacionistas no uso eficiente do recurso hídrico entre os usuários, sendo aqui oportuno lembrar a atuação da CNI junto aos seus representados, que hoje, na proporção de nove entre dez médias e grandes indústrias, têm boas práticas de controle de desperdícios de água e energia¹ (lembrando que nossa energia é predominantemente hidráulica). Nesse sentido, caberia aos comitês definir indicadores que permitissem às delegatárias acompanhar a implementação e execução pelos usuários de medidas de racionalização, objeto da Política de Recursos Hídricos (artigo 19, inciso II, incentivar a racionalização do uso da água), além da inserção das medidas cabíveis nos planos.
18. Ainda no contexto está o enquadramento de corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água. Lembra-se aqui, conforme Resolução CNRH 91, de 2008, artigo 2º, parágrafo 1º, que *o enquadramento de corpos de água corresponde ao estabelecimento de objetivos de qualidade a serem alcançados através de metas progressivas intermediárias e final de qualidade de água*. Cabe assim aos comitês, com base em estudos e avaliações adequadas, definir as classes (condições de qualidade a serem alcançadas) e as correspondentes metas progressivas e respectivas medidas para o alcance. Consequentemente, cabe também definir os indicadores de resultado para a avaliação, pelas delegatárias, do atingimento de objetivos de qualidade por eles fixados.
19. Indicadores físico-químicos e biológicos de melhoria da qualidade das águas em tese podem ser conceitualmente definidos e podem ser utilizados na avaliação do alcance de metas progressivas que venham a ser definidas pelos comitês como expressão de desejo socialmente difuso e não atribuível à responsabilidade dos atuais usuários apenas. Nesse caso, o monitoramento e a fiscalização estão fora da alçada da delegatária, pois são de competência da ANA, que mantém o Portal do Sistema Nacional de Informação sobre Recursos Hídricos (SNIRH), e de programas desenvolvidos a exemplo do Programa Nacional de Qualidade da Água (PNQA) e da Rede Nacional de Qualidade da Água, além dos órgãos estaduais gestores de recursos hídricos. Tipicamente, portanto, trata-se de caso em que o desempenho da delegatária estará muito mais ligado à sua capacidade de celebrar convênios e contratar financiamentos e serviços para a execução de suas competências, competências previstas no Art. 44, VII, da Lei das Águas.
20. Entretanto, é preciso destacar, no enquadramento, a relevância de outro papel dos comitês, muito mais do que o das agências ou delegatárias, qual seja o de promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das

¹ Disponível no site eletrônico: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/sustentabilidade/pesquisa-sustentabilidade-na-industria-2021/> - Portal da Indústria – CNI. Acesso em janeiro de 2022.



entidades intervenientes, absolutamente necessárias, haja vista opinião já manifestada anteriormente quanto à responsabilidade do poder público, e não apenas dos atuais usuários, na recuperação da qualidade das águas, eis que a degradação das mesmas é fruto de pelo menos um século de intensificação das atividades econômicas que utilizam os corpos d'água do país.

21. Caberia ainda, a critério dos comitês, estabelecer outros indicadores de interesse geral relacionados à gestão de recursos hídricos, como a redução da incidência de doenças de veiculação hídrica, diretamente relacionada à gestão da qualidade dos corpos de água e do saneamento básico, envolvendo necessariamente a participação municipal. Do mesmo modo aconteceria com indicadores de execução de medidas que facilitassem a atuação do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil voltadas para a prevenção ou minimização de efeitos críticos. A esse respeito, aqui deve ser mencionada a experiência acumulada na bacia do Itajaí em Santa Catarina, onde a atuação articuladora do comitê pôs em evidência a necessidade da integração de medidas de várias ordens a cargo de usuários, de distintas instituições e da sociedade em geral, que passaram a constar no Plano da Bacia elaborado por entidades que integravam o comitê.
22. Incidentalmente, é de se recordar que a Agência de Águas do Itajaí foi provavelmente a primeira a ser criada no país como tal, mas que, por razões a esclarecer, não chegou a funcionar como se previa, no nosso sentir muito provavelmente, pela falha na implementação da cobrança, até hoje rejeitada pelo poder público estadual. Igualmente, trata-se, por outro lado, de um bom exemplo de que a cobrança aos atuais usuários, por si só, não seria capaz de permitir o alcance da desejada segurança contra efeitos adversos das enchentes, tornando-se indispensável a participação do poder público.
23. Por fim, retomando a linha inicial de abordagem, o aumento da disponibilidade hídrica depende também da ampliação da infraestrutura hídrica que serve aos usuários, especialmente em períodos de estiagem. O exemplo mais evidente, paradigmático, da eficácia de medidas dessa natureza é o sistema de obras que vem sendo construídas no estado do Ceará.
24. Medidas e obras para o enfrentamento de enchentes se inserem no conceito de segurança hídrica e, nesse aspecto, o papel das delegatárias assume alta relevância a partir da previsão legal que põe entre as competências das Agências de Água a promoção de estudos necessários para a gestão dos recursos hídricos em sua área de atuação, a elaboração de planos, a proposição de rateio de custos das obras de usos múltiplo de interesse comum ou coletivo, a análise e emissão de pareceres sobre os projetos e obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso



de recursos hídricos e o encaminhamento à instituição financeira responsável pela administração desses recursos. São, portanto, competências traduzidas em ações passíveis de mensuração e avaliação.

25. Desse modo, com a adoção de indicadores finalísticos, torna-se muito evidente que os contratos de gestão passarão a ter maior significado se expressarem compromissos e estratégias que claramente visem à execução de medidas previstas nos planos, as quais necessariamente devem dar consequência à busca da segurança hídrica, sem o quê a política e seus instrumentos perderão atratividade e, por fim, a sua própria finalidade.



APÊNDICE B - PROPOSIÇÃO DE INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO DA BACIA E DE INCENTIVOS À PARTICIPAÇÃO DOS USUÁRIOS

A. LEI OU TERMO DE COMPROMISSO

1. Conforme comentado em diversas oportunidades na parte principal desse estudo entende-se que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos deve estar apoiada em norma com *status* de *lei*. Uma vez que a Lei 9.433/1997 só trouxe normas gerais e programáticas para a cobrança, a melhor alternativa seria a aprovação de um Novo Marco dos Recursos Hídricos (nova lei) que complementasse e aperfeiçoasse a Lei das Águas.
2. Ocorre que, como se sabe, a aprovação de uma lei é complexa e pode ser demorada. Assim, uma alternativa mais simples e de implementação imediata seria o órgão de gestão de recursos hídricos, quando da outorga, firmar com os usuários um termo de compromisso (contrato de outorga), com o objeto de regular, quando coubesse, a forma da cobrança, entre outros direitos e obrigações das partes. Não significa que um contrato de outorga substitua uma nova lei, mas aumenta a segurança para todos os *stakeholders*, uma vez que, de natureza contratual, faz *lei* entre as partes (*pacta sunt servanda*). Aliás, o modelo do contrato de outorga poderia ser regulado por meio de resolução dos conselhos, no que se refere a cláusulas-padrão e à fórmula de cobrança a ser adotada.
3. Não se trata de mero apego ao princípio da legalidade, muito embora seguir dito princípio seja um elemento de legitimidade da atuação dos entes públicos. Acima de privilegiar o que manda a Constituição, a necessidade de ter as regras da cobrança estabelecidas *em lei* representa o respeito à garantia fundamental dos indivíduos e à segurança jurídica, em suas facetas da justa expectativa e não de surpresa.
4. Respeito ao acordo de vontades, previsibilidade e garantia de regras estáveis são demandas naturais de qualquer pessoa. Esses são pilares de um Estado de Direito. Tais requisitos são ainda mais valorizados pelo investidor. Uma pessoa que vai investir recursos vultosos em um empreendimento precisa saber quais são as *regras do jogo*



que vai jogar, precisa saber como tais regras afetam seu investimento e espera (justa expectativa) que tais regras sejam perenes (não surpresa). Esses preceitos são tão caros que foram reforçados na LINDB².

5. No caso dos recursos hídricos, esses conceitos basilares estão sendo violados. Como dito, a cobrança foi parcamente regulada na Lei 9.433/1997. O CNRH buscou minimizar a omissão do legislador editando um ato normativo com regras mais detalhadas de cobrança. Ocorre que, na prática, a cobrança tem partido de estudos feitos pelas agências ou entidades delegatárias, que são arbitradas pelos comitês e, como regra, simplesmente homologadas pelos Conselhos de Recursos Hídricos.
6. Quando se afirma que a cobrança é arbitrada pelos comitês, que não se confunda com arbítrio ou arbitrariedade. O que se quer dizer é: como as regras legais são muito genéricas, a cobrança acaba sendo definida a partir de um cotejo entre investimentos e gastos que o comitê entende necessários para a gestão da bacia vs. capacidade (ou disposição) de pagamento dos usuários.
7. No fim das contas, não há regra previamente negociada, clara e muito menos estável. Os usuários têm que *lutar*, a cada assembleia dos comitês, para delimitar o que vão pagar. Não precisar gastar muita tinta para demonstrar que esse procedimento é absolutamente contrário aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.
8. A alternativa de um termo de compromisso minimiza o problema. Não se trata de uma inovação esdrúxula. Essa solução é amplamente adotada na área ambiental e encontra amparo na legislação. A ideia do termo de compromisso vai ao encontro do conceito jurídico do uso dos recursos hídricos, sustentado anteriormente. Entende-se que se trata de uma relação consensual e sinalagmática, quer dizer, em que as partes livremente acordam o uso do bem público estabelecendo direitos e obrigações recíprocas.
9. Pela natureza intrínseca do bem (potencialmente escasso), o uso é um direito precário. Hoje o usuário pode ter água, e amanhã não ter, mas isso não impede que a relação jurídica esteja regida por normas objetivas e formalizadas. Se o usuário não puder usar a água em situações de estresse hídrico, natural ou ainda que por falha ou omissão na gestão da bacia, qual é o direito que ele pode exigir? Indenização? A quem responsabilizar? O *sinalagma* ou a correlação entre direitos e obrigações são extremamente reduzidos na situação atual e o termo pode minimizar esse desequilíbrio.
10. A verdade é que a falta de regras legais claras é potencialmente ruim para todos os entes do SINGREH. Os usuários não têm direitos claros e garantidos. Os gestores

² Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.



não têm recursos, porque os usuários não são estimulados a pagar se não terão direitos mínimos garantidos. Está-se aqui em face do eterno (mas, falso) conflito entre a liberdade dos entes colegiados que representam a sociedade e os interesses privados.

11. Trata-se de falso conflito porque é derivado de mera confusão entre os conceitos de *interesse público* e *interesse do (ente) público*. Se a segurança jurídica e a legalidade foram alçadas, na Carta Magna, a princípios basilares da sociedade brasileira, por certo que devem direcionar a atuação de todos os entes, em especial os que representam a sociedade. O *interesse público* é ter *leis* com regras claras e estáveis. Essa é a diretriz orientadora dos atos dos entes públicos, o real interesse da sociedade, traduzido na Constituição.
12. Pode ser que o *interesse do ente público* seja ter maior flexibilidade e poder de arbitrar as regras, mas não se confunde tal interesse com o *interesse público* transformado em princípio constitucional. Portanto, ter um termo de compromisso que defina as regras *com status de lei*, trazendo segurança jurídica e legalidade, deve ser entendido como um anseio maior da sociedade, acima inclusive dos interesses (locais e pontuais) discutidos nos conselhos e comitês.
13. Mesmo fora do campo jurídico-filosófico, há de se reconhecer a necessidade e utilidade dos contratos. Basta analisar a situação das bacias.
14. Já foi demonstrado que as bacias têm poucos usuários pagadores e os estudos e experiências progressas demonstram que uma parcela dos potenciais usuários de recursos hídricos prefere adquirir serviços de saneamento. Não custa repetir o porquê: (i) as empresas de saneamento são muito bem reguladas (normas com *status de lei*) e têm obrigações expressas de garantia dos serviços prestados (fornecer água³ e/ou tratar esgoto); (ii) têm metas objetivas e concretas de qualidade da prestação (e oferta) dos serviços; (iii) têm preços bem definidos e processos de reajuste inflacionário e revisão por desequilíbrio bem delineados. Assim, o usuário, ao firmar o contrato com uma empresa de saneamento, tem tudo o que precisa: segurança jurídica, garantia de oferta dos serviços (com quantidade e qualidade) e estabilidade e previsibilidade de preços.
15. Não adianta brigar contra a realidade. O SINGREH precisa aceitar que uma forma de valorizar a água e a gestão de bacias é copiar os benefícios providos pelas empresas de saneamento. Os usuários buscarão o uso de recursos hídricos na medida em que a gestão das bacias e as normas aplicáveis proverem os mesmos benefícios do saneamento. O termo de compromisso, na forma antes descrita, pode ser um dos caminhos para o sistema atender às necessidades dos usuários.

³ Com especificação de qualidade muito bem definida.



16. Não se pretende, nesse estudo, qualquer análise exaustiva de uma minuta de termo de compromisso de uso de recursos hídricos mas, desde logo, pontua-se alguns elementos essenciais que deveriam ser considerados:
- a) Definição clara e objetiva da fórmula de cálculo da cobrança, com possíveis incentivos (fatores de redução da cobrança) para a adoção de boas práticas ou práticas integrativas ao Plano de Bacia⁴;
 - b) Definição de metas (de curto, médio e longo prazos) de gestão do poder concedente que dê ao usuário maior garantia (ou, pelo menos, uma justa expectativa) de disponibilidade hídrica, de forma que ele tenha elementos objetivos para exigir seus direitos em caso de omissão da concedente e dos demais membros do SINGREH;
 - c) Possibilidade de o usuário acessar instrumentos de solução de conflitos (mediação, arbitragem e Poder Judiciário) no caso de discussões sobre seus direitos e obrigações ante as agências ou entidades delegatárias, o comitê e o conselho.

B. CESSÃO ONEROSA DE DIREITO DE USO DOS RECURSOS HÍDRICOS

17. A confiabilidade do suprimento de água é o elemento central da adequada alocação de recursos hídricos. Embora exista um mínimo de confiabilidade no processo de alocação inicial, no momento da emissão da outorga, a confiabilidade subsequente ao processo de alocação de água na bacia não está claramente assegurada, em razão da variável aleatória do risco hidrológico e da emissão incremental de outorgas.
18. Estabelecer níveis de confiabilidade como parte dos termos da outorga, ou por meio de um Plano de Recursos Hídricos ou outros meios de pactuação, significa que o recurso hídrico será gerido de forma a proteger a confiabilidade a longo prazo (segurança hídrica ao usuário).
19. Assim, o principal desafio no sistema de alocação de água envolve, de um lado, a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a garantia de segurança hídrica aos usuários de água e, de outro, a flexibilidade concedida aos gestores da água para responder às novas circunstâncias, sobretudo em eventos cíclicos (estiagens) ou extremos (escassez).
20. Nesse contexto, a precariedade atribuída à outorga, para aqueles que a entendem como ato administrativo de natureza jurídica de autorização, não implica na possibilidade de sustação de seus efeitos, de forma arbitrária. Se fosse precária, em termos absolutos, não teria sentido a legislação estabelecer um prazo de vigência

⁴ Por exemplo: se o usuário fará captação e reservação (vai construir um açude), poderia ofertar uma parte desse equipamento de preservação para a regulação hídrica da bacia combinado com uma outorga dinâmica – capta mais quando houver cheias e devolve ao curso hídrico na estação seca.



para a outorga, bem como possibilitar a sua fixação em função da natureza e do porte do empreendimento, levando-se em consideração, quando fosse o caso, o período de retorno do investimento ou a importância social e econômica (artigo 16 e Lei 9.984/2000, artigo 5º).

21. Na verdade, a precariedade diz respeito ao risco hidrológico, como um fato aleatório da natureza não passível de previsão, portanto, não controlado pelo órgão gestor de recursos hídricos, o qual, no máximo, pode adotar medidas preventivas e gerir seus efeitos por meio de instrumentos legais para a repactuação da alocação de água e a resolução de conflitos.
22. Ao fazer ajustes nas outorgas existentes, mediante instrumentos adequados de repactuação, é importante levar em consideração alguns fatores, a saber: (i) devido processo legal, para se garantir transparência; (ii) equidade entre os usos existentes e os novos usos a serem outorgados; (iii) proteção dos direitos existentes contra mudanças arbitrárias e usos em desconformidade, com possibilidade de compensações em certas condições ou formas de relocação da água; e (iv) minimização do custo de transação para o usuário na adoção das diferentes alternativas de repactuação da alocação hídrica e resolução de conflitos⁵.
23. Nesse contexto, como uma das formas de repactuação da alocação hídrica, pode ser adotado mecanismo para a transferência da outorga ou de alocações de água entre usuários, por meio de cessão onerosa de direitos de uso dos recursos hídricos, que não desconsidere as condicionantes legais que resultam da condição do bem público e que, ao mesmo tempo, busque satisfazer os objetivos das políticas públicas de recursos hídricos.
24. No Brasil, a regulamentação do tema, desde que devidamente aprofundada, daria maior legitimidade para a dinâmica de transferência, considerando oferta e demanda, por prazo determinado e parcial, mediante a fiscalização (e/ou homologação) da entidade gestora de recursos hídricos, que se encarregaria de avaliar distorções e evitar o comprometimento dos usos múltiplos e prioritários.
25. Assim, uma vez que a bacia hidrográfica estivesse totalmente com a água alocada entre diferentes usuários de recursos hídricos (abastecimento público, agricultura, indústria etc.) ou com déficit hídrico, a existência de um mecanismo de cessão negocial de direito de uso entre os usuários poderia ser uma oportunidade de solução para evitar conflitos ou disputas pelo uso da água. A outorga não implica a alienação das águas, uma vez que o corpo hídrico é inalienável, mas o direito de uso do recurso hídrico poderia ser passível de transferência a terceiro⁶.

⁵ Lei 13.874/2019: "Art. 4º - É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: (...) I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (...) V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios".

⁶ Resolução CNRH 26/2001, artigo 2º.



26. Esse mecanismo vem sendo criticado por representar, na visão de alguns, uma forma de *privatização* da água, que, por se tratar de um bem vital, deve estar fora do *comércio*. Essa linha doutrinária aduz, ainda, que submeter a governança da água às leis de mercado, pautada pela liberdade de escolha e por uma visão utilitarista dos usuários, acaba por desconsiderar outros valores intangíveis, além da violar a equidade entre os próprios usuários.
27. É comum o argumento de que a comercialização das práticas de gestão desse bem vital poderia corromper ou degradar a pluralidade de usos, razão pela qual seria necessário, em qualquer modelagem jurídica de caráter transacional, perquirir sobre os aspectos intangíveis que se deseja proteger da interferência das leis de mercado, como é o caso dos usos prioritários (abastecimento público e dessedentação dos animais).
28. Por fim, aqueles que refutam a ideia de cessão de outorgas também citam experiências polêmicas com arranjos jurídicos baseados em *leis de mercado*. Os exemplos citados na literatura são Austrália, Chile, Irã, África do Sul e Ilhas Canárias da Espanha, bem como em alguns dos estados ocidentais dos Estados Unidos da América (a exemplo da Califórnia), onde existem estruturas de comércio de água. Alguns países, especialmente no Sul da Ásia, também têm estruturas informais de comércio de água. Na Bacia Murray-Darling, na Austrália, um mercado de água agrícola *cap-and-trade* foi implementado com base em direitos de água negociáveis (Australian Water Partnership, 2016)⁷, com resultados que desafiam estudos aprofundados.
29. Essa linha de entendimento se nos afigura mais filosófica e ideológica do que pragmática, sem prejuízo dos seus fundamentos. Isso porque o uso mais nobre da água é o abastecimento público e, há alguns anos, a sociedade brasileira já decidiu que prefere conceder os serviços de saneamento a entes privados à manutenção desses serviços por entes públicos. Se o saneamento está sendo revisado, não há por que rejeitar uma avaliação da viabilidade mercado para cessão onerosa de outorga de uso de recursos hídricos, **desde que adequadamente regulada e que sejam realizados estudos prévios de viabilidade social, ambiental e econômico-financeira**.
30. Se é possível outorgar direitos de uso de água por meio de concessões e licenças administrativas (outorgas), o que será cedido não é a água em si mesma e sim os direitos de uso. A depender do modelo jurídico adotado, um usuário pode ceder a outro o direito que não vai utilizar em troca de uma compensação (pagamento). Registre-se que não há que se confundir a cobrança pelo uso dos recursos hídricos com a contraprestação pela cessão de outorga.

⁷ Valuing Water. The United Nations World Water Development Report 2021. Published by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris, 2021 (www.unesco.org/water/wwap, consultado em julho de 2021).



31. Assim, podem existir, por exemplo, agricultores que queiram reduzir a produção e ceder de forma onerosa seus direitos de uso de irrigação. Da mesma forma, pode haver outros agentes econômicos que queiram transacionar esses direitos (ativos). Ocorre que, ao contrário do mercado *spot*, onde podem ser feitas transações de direitos de água à vista, nos mercados de derivados (opções ou de futuros) esses negócios ocorrem a longo prazo. Tal mercado, espera-se, pode desempenhar um papel para flexibilizar a alocação da água e reduzir os conflitos numa situação de estresse hídrico.

C. CRÉDITOS PARA INVESTIMENTOS PRIVADOS NO PLANO DE BACIA

32. Os créditos de água seriam direitos de crédito derivados de investimentos privados em atividades previstas nos Planos de Bacia, devidamente homologados pelo gestor da bacia (agência ou entidade delegatária), após referendo dos comitês e autorização dos conselhos. Uma vez homologado o direito de crédito, poderia ser *compensado* com os valores devidos pelo uso da água⁸ ou cedidos de forma gratuita ou onerosa.
33. Na prática, o instituto poderia funcionar da seguinte forma (em descrição sumária): um ente público ou privado apresentaria à Agência de Bacia ou entidade delegatária uma proposta de investir em projetos já aprovados no Plano de Bacia, mas que ainda não tenham sido realizados. Caberia à Agência de Bacia ou entidade delegatária emitir parecer recomendando ou não, de forma justificada e motivada, a aprovação da proposta. Essa recomendação ou não do órgão gestor seria submetida a revisão do CBH, que, a seu turno, ratificaria ou alteraria a recomendação do órgão executivo. As opiniões do órgão executivo e do CBH seriam levadas ao Conselho de Recursos Hídricos para deliberação, com instância recursal garantida.
34. Caberia à Agência de Bacia ou entidade delegatária monitorar e apresentar relatório das obras executadas, com recomendação de aceite das obras entregues ou pedido de obras retificadoras ou complementares. Uma vez mais, o parecer da Agência de Bacia ou entidade delegatária seria referendado ou alterado pelo CBH, dentro de regras pré-estabelecidas como prazo de análise e, a seguir, aprovado ou não pelo conselho. Após o aceite das obras, caberia ao órgão gestor emitir, em benefício da entidade pública ou privada realizadora do projeto, o certificado dos *Créditos*

⁸ À semelhança disso, o Senado Federal aprovou o PLV 18/2012, que transforma em lei a Medida Provisória (MP) 563/2012. Com isso, conclui-se a tramitação no Congresso da MP, que entre outras coisas possibilita que o executivo troque investimentos privados feitos em projetos estratégicos de interesse público por créditos tributários referentes ao Fistel recolhido pelas operadoras de telecomunicações. Na prática, é uma autorização para que o governo troque Fistel (taxa de fiscalização cobrada das operadoras de telecomunicações e que arrecada, ao ano, cerca de R\$ 3,5 bilhões) por investimentos em projetos de seu interesse. A MP 563/2012 praticamente não coloca limitações a essa troca de investimentos por créditos tributários, de forma que o poder de manobra do governo sobre esse recurso será discricionário.



de Águas, que seriam cadastrados e registrados para fins de controle. Os créditos poderiam ser transacionados com base no m³ (captação) ou no volume de carga orgânica lançada ou, ainda, em dinheiro – certificados endossáveis.

35. Há também de se considerar a possibilidade de reconhecer créditos em montante superior aos investimentos feitos, como forma de incentivo pela antecipação de recursos que, em tese, o ente público ou privado só teria em longo prazo com o pagamento do preço pelo uso da água. Por exemplo, a depender da monta e relevância do investimento proposto, a cada R\$ 1,00 investido, reconhecer-se-ia R\$ 1,10 de crédito.
36. Como já mencionado, seria possível qualificar esse certificado como um título de crédito, transferível por endosso e que poderia ser dado em pagamento da cobrança pelo uso da água⁹. A possibilidade de negociação desses créditos poderia viabilizar também o investimento de terceiros que não sejam usuários pagadores. Trata-se, portanto, de um crédito financeiro decorrente de um investimento prévio realizado pelo credor originário, que, por disposição legal, seria passível de dação em pagamento da cobrança pelo uso da água.
37. Esses benefícios pretendem estimular o usuário ou mesmo não usuário (de forma individual ou associada) a tomar iniciativas objetivando a melhoria do local onde possui acesso ao recurso hídrico, em troca de dação em pagamento do valor cobrado pelo uso dos referidos recursos hídricos. Essa hipótese parte do princípio de que se vive numa sociedade organizada, cada vez mais complexa, onde restam poucos espaços para que as ações de racionalidade das necessidades sociais possam ser praticadas por um único agente, no caso em tela, o agente arrecadador (público).
- 38. Não se vislumbram óbices a essa alternativa, ainda que se entenda que deve ser prevista em lei a ser editada.** O fato de a cobrança ser uma receita pública não inviabiliza a dação em pagamento. Há precedente em que a dação em pagamento é aceita até para quitar tributos e contribuições. A Lei Complementar 104/2001 modificou o Código Tributário Nacional para permitir esse tipo de prática nos casos de dívidas fiscais. Essa alternativa já está inclusive regulada na Portaria 32/2018 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e vários estados adotaram regulamentação similar para tributos estaduais.
39. Ora, se a dação em pagamento pode ser um instrumento de quitação de tributo, que vai para o caixa geral do ente público tributante, com mais razão poderia quitar a cobrança pelo uso de recursos hídricos, tanto mais se se considerar que a maior parte dessa cobrança deve financiar obras que já teriam sido parcialmente executadas para gerar os ativos dados em pagamento.

⁹ A possibilidade de qualificar esse título como um serviço ecossistêmico para fins de qualificação de um título de PSA (Pagamento por Serviços Ambientais) teria que ser objeto de estudo específico.



40. Assim, a criação (por lei) dos Créditos de Águas poderia conferir maior agilidade e capacidade de execução dos projetos aprovados em cada bacia. Associado a isso, podem ser agregados instrumentos de fomento financeiros (concessão de financiamento público em condições favoráveis ou garantias creditórias para financiamentos, desoneração tributária de determinadas atividades etc.) e não financeiros (simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos, criação de infraestrutura complementar etc).

D. FUNDOS DE RECURSOS HÍDRICOS

41. Antes mesmo de comentar a ideia de um fundo financeiro de recursos hídricos, cabe destacar que essa ideia já tinha precedente no Marco Legal do Saneamento. A Lei 11.445/2007 (artigo 13) já previa que *os entes da federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais poderão ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico*. O parágrafo único do artigo citado complementava que *os recursos dos fundos a que se refere o caput deste artigo poderão ser utilizados como fontes ou garantias em operações de crédito para financiamento dos investimentos necessários à universalização dos serviços públicos de saneamento básico*.

42. No mesmo sentido, os estados de São Paulo e Rio de Janeiro optaram pela criação de fundos que acumulam recursos da cobrança para outros fins que não somente o custeio do sistema e as obras dos Planos de Bacia. A título de exemplo, reproduz-se os programas e ações financiáveis pelo FEHIDRO de SP¹⁰:

Quais os programas e ações financiáveis pelo FEHIDRO?

O PERH, instrumento da política estadual, define uma série de Programas de Duração Continuada (PDCs) que englobam os principais temas a serem abordados e financiados para a conservação, proteção e recuperação das bacias hidrográficas do estado. A partir desses PDCs, podem ser definidas as linhas temáticas que direcionarão as ações financiadas com recursos do fundo para alcançar os resultados esperados pelos CBHs e pelo SIGRH, sempre tendo em vista as prioridades regionais. Para obtenção de financiamento FEHIDRO, os empreendimentos devem estar enquadrados em um dos programas descritos abaixo (caracterização de acordo com a Deliberação CRH 190, 25 de novembro de 2016):

¹⁰ Disponível no sítio eletrônico: <https://sigrh.sp.gov.br/cofehido/ofehidro> (consultado em outubro de 2021).



- 1 - *Bases Técnicas em Recursos Hídricos (BRH)*;
- 2 - *Gerenciamento dos Recursos Hídricos (GRH)*;
- 3 - *Melhoria e Recuperação da Qualidade das Águas (MRQ)*;
- 4 - *Proteção dos corpos d'água (PCA)*;
- 5 - *Gestão da demanda de água (GDA)*;
- 6 - *Aproveitamento dos Recursos Hídricos (ARH)*;
- 7 - *Eventos Hidrológicos Extremos (EHE)*; e
- 8 - *Capacitação e comunicação social (CCS)*

43. Toda a principiologia que rege a Política Nacional e o Sistema de Gestão dos Recursos Hídricos, incluindo os objetivos da cobrança¹¹, fundamentada na Lei 9.433/1997, leva ao entendimento de que os recursos obtidos a partir da cobrança pelo uso da água encontram-se adstritos a uma destinação específica. Repita-se para ficar bem claro: (i) no financiamento de estudos, programas projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos; e (ii) no pagamento das despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e das entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Daí decorre a necessidade de se buscar meios legais para garantir a aplicação integral dos recursos, que são oriundos da cobrança e disponibilizados à bacia hidrográfica, com mecanismos que ampliem a participação do usuário-pagador ou projetos que resultem em segurança hídrica.

44. Não se pode desconsiderar que a Lei 9.984/2000 estabelece que as receitas provenientes da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União serão mantidas à disposição da Agência Nacional de Águas, na Conta Única do Tesouro Nacional, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações¹². Entretanto, é facultado ao Ministério da Economia a regulamentação da aplicação financeira dos recursos disponíveis. Por sua vez, caberá ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos definir a prioridade de aplicação de recursos. Outrossim, a Lei de Responsabilidade Fiscal assegura a transferência automática (de natureza vinculante) dessa parcela dos recursos financeiros do Tesouro Nacional (quer dizer, a parcela pertinente à arrecadação da cobrança pelo uso da água), para a aplicação na recuperação e manutenção das bacias.

¹¹ Lei 9.433/1997, artigo 19.

¹² Lei 9.984/00, artigo 21.



45. Sendo assim, entende-se ser possível estabelecer um mecanismo legal que, gerido por um agente financeiro, operacionalize a destinação vinculada dos referidos recursos e viabilize sua efetiva aplicação em estudos, programas e obras contidos nos planos de recursos hídricos, devidamente aprovados pelo respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica. O referido mecanismo poderia estabelecer um fluxo financeiro transparente e reembolsável, permitindo maior rapidez e facilidade na aplicação dos recursos orçamentários, sem a intermediação da ANA.
46. Propõe-se a criação, **por meio de lei**¹³, de um Fundo Nacional de Recursos Hídricos (FNRH)¹⁴, **em que parte dos recursos da cobrança** (bem como outras dotações que podem ser previstas em lei) ficaria alocada em uma subconta específica da respectiva bacia hidrográfica. Esses fundos seriam financeiramente geridos por uma instituição financeira (por exemplo, o BNDES) e estariam disponíveis à Agência de Bacia, entidade delegatária ou outros entes públicos ou privados, mediante contratos de gestão ou por meio de financiamentos subsidiados (reembolsáveis ou a fundo perdido), conforme regras a serem definidas e incluídas na lei de regência. Apenas para reforçar essa ideia, vale lembrar que, em outros setores, há fundos com conceitos similares, operados pelo BNDES há muitos anos com sucesso, a exemplo do Fundo da Marinha Mercante (FMM) e o Fundo Amazônia.
47. De forma prática, as Agências de Bacia, entidades delegatárias ou mesmo outros entes públicos e privados (interessados em desenvolver projetos) submeteriam seus pleitos de financiamento para implementação de projetos já aprovados no Plano de Recursos Hídricos. Caberia ao agente financeiro uma análise da viabilidade legal do pleito (comprovando que o projeto está aprovado) e o enquadramento da demanda em uma das hipóteses de destinação (repassa em contrato de gestão, financiamento reembolsável ou empréstimo a fundo perdido). Uma vez classificado o projeto, a disponibilização dos recursos seria aprovada por um conselho curador do Fundo (como acontece, por exemplo, no Fundo da Marinha Mercante ou no Fundo de Garantia do Tempo de Serviços - FGTS) e, então, os recursos seriam disponibilizados ao interessado. Caberia também ao agente financeiro o controle primário da efetiva aplicação dos recursos disponibilizados e a verificação de eventual descumprimento das regras aplicáveis, inclusive com a definição de garantias para os casos de inadimplência nos contratos de financiamento. Os relatórios de gestão antes referidos seriam apresentados pelo agente financeiro aos Comitês de Bacia e à ANA, estando ainda sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, garantindo meios e instrumentos adequados de fiscalização e controle.

¹³ Note-se que a Constituição, em seu art. 167, IX, veda a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa.

¹⁴ Proposta para a criação de um Fundo Nacional de Recursos Hídricos foi, no passado, apresentada pela Fundação Getúlio Vargas em estudo realizado para a ANA (2003), intitulado "*Ultrapassando barreiras na gestão de recursos hídricos - Resumo Executivo - RE CIDS/EBAP/ FGV -011/18/2002 - Convênio de Cooperação Técnica 18/2002 - Estudos de Apoio à Implementação de Agências e de Cobrança pelo Uso da Água Aplicados à Bacia do Rio Paraíba do Sul*". Paralelamente, cabe ainda mencionar que projetos de lei visando à criação de fundo nacional tramitam em Comissões do Congresso Nacional, todavia sem perspectiva concreta de encaminhamentos finais".



48. Evidentemente, na regulamentação desse fundo, deve ser evitada a adoção de mecanismos excessivamente burocráticos e que possam dificultar o acesso aos recursos arrecadados e disponíveis¹⁵, sem que isso implique na perda de controle no gerenciamento desses recursos. Em princípio, pode-se considerar as seguintes medidas a serem aprofundadas e discutidas em futura proposição de regulamentação:
- a) Classificação dos repasses de recursos do fundo de acordo com a natureza dos dispêndios a que se destinam (despesas correntes ou investimentos);
 - b) Instituição de sistemas de acompanhamento da execução orçamentária com registro de beneficiários finais das transferências de recursos do fundo, além de indicação dos objetos dos financiamentos;
 - c) Estabelecimento de cláusulas obrigatórias dos contratos de financiamento, nas modalidades reembolsável ou não reembolsável;
 - d) Estabelecimento de um Manual de Operação do Fundo;
 - e) Definição das atribuições dos órgãos e agentes envolvidos ou com interface (comitês, agente financeiro, conselho curador etc).
 - f) Estabelecimento dos critérios a serem aplicados pelo conselho curador para classificação das diversas solicitações de financiamento dirigidas ao fundo;
 - g) Estabelecimento dos critérios de pontuação das solicitações de financiamento que privilegiem os tomadores cujos empreendimentos anteriores tenham sido executados em conformidade com os respectivos cronogramas físico-financeiros. Da mesma forma, tais critérios devem determinar a redução (temporária) da pontuação dos tomadores que retardarem injustificadamente a conclusão de seus empreendimentos;
 - h) Adoção de critério de seleção e hierarquização de projetos que atribua pontuação superior às solicitações que adotem a modalidade reembolsável de financiamento;
 - i) Definição das modalidades de garantia a serem dadas pelo tomador;
 - j) Definição da forma de prestação de contas, fiscalização e controle da aplicação dos recursos;
 - k) Previsão de que o saldo apurado em cada exercício financeiro será transferido para o exercício seguinte, a título de crédito. Os recursos serão repassados de forma regular e automática ao fundo e destinados à subconta da bacia hidrográfica em que foram arrecadados;

¹⁵ Note-se que, nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo apontou inúmeros problemas relacionados à operação do Fundo Estadual, consoante Relatório de fiscalização de natureza operacional sobre o Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FEHIDRO (ação 1153 – “suporte ao funcionamento do fundo estadual de recursos hídricos” e 1989 – “financiamento de ações com recursos da cobrança pelo uso da água – Lei 12.183/05”) TCA 12.821/026/11 (TC 143/026/11). Conselheiro Relator: Edgard Camargo Rodrigues.



- l) Definição de uma entidade gestora do Fundo Nacional de Recursos Hídricos, que poderá ser um ente público, mas com experiência e metodologia na gestão de fundos públicos (por exemplo, BNDES ou CEF), a quem caberá elaborar o orçamento anual do fundo e o plano plurianual, de acordo com os planos de aplicação contidos nos planos de recursos hídricos, devidamente aprovados pelos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica;
- m) Definição de uma instituição financeira federal, a ser indicada pela entidade gestora, para manutenção das disponibilidades do Fundo Nacional de Recursos Hídricos;
- n) Estabelecimento de regras para a supervisão do Fundo Nacional de Recursos Hídricos, como a instituição de um conselho curador, ao qual competirá, entre outras atribuições, aprovar as normas e os critérios para aplicação dos recursos do fundo, fixando os respectivos limites, bem como apreciar relatórios anuais sobre o desenvolvimento dos projetos do fundo e a posição das aplicações realizadas, preparadas pelo agente financeiro e pela ANA, com o apoio técnico das Agências de Água;
- o) Estabelecimento de atribuições às Agências de Água ou, na ausência ou impedimento destas, a outras entidades pertencentes ao SINGREH, como órgãos de apoio técnico ao órgão gestor, tais como: avaliação da viabilidade técnica, econômico-financeira e socioambiental dos projetos a serem financiados; emissão de parecer técnico sobre os projetos quanto a seu enquadramento no Plano de Recursos Hídricos aprovado pelo respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica; fiscalização da execução de projetos, serviços e obras executados com financiamento do fundo; assistência ao agente financeiro nos enquadramentos técnicos, quanto aos aspectos de fiscalização e controle dos projetos, serviços e obras; e elaboração, em conjunto com o agente financeiro, dos relatórios técnicos respectivos para encaminhamento à ANA;
- p) Atribuições ao agente financeiro, tais como: procedimentos econômico-financeiros e jurídico-legais para a análise e/ou enquadramento dos pedidos de financiamento, segundo as normas estabelecidas pelo conselho curador; aprovação das concessões de crédito, celebração e gerenciamento dos respectivos contratos, seguindo as determinações da ANA e da respectiva Agência de Água; administração dos recursos financeiros constituídos em favor do Fundo Nacional de Recursos Hídricos, segundo as normas do Banco Central do Brasil; gerenciamento dos recursos financeiros provenientes da cobrança pelo uso de recursos hídricos, vinculando-os às subcontas organizadas por bacias hidrográficas; e contabilização do movimento do fundo em registro próprio, distinto de sua contabilidade geral;



- q) Definição de processos de habilitação pela Agência de Águas, para execução de projetos de interesse na área de recursos hídricos, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público, da administração direta ou indireta da União, dos estados e dos municípios; concessionários de serviços públicos; e consórcios intermunicipais regularmente constituídos; e
 - r) Indicação de que regras para as contratações das operações de crédito realizadas com recursos do Fundo Nacional de Recursos Hídricos far-se-ão de acordo com as normas internas do agente financeiro e seu Regulamento Geral de Operações.
49. Como dito, a esse fundo poderão ser destinados outros recursos, como parte dos *royalties* do setor elétrico e de petróleo e gás natural, recursos financeiros do Tesouro Nacional, transferências de estados integrantes de bacias hidrográficas compartilhadas com a União, recursos de fundos patrimoniais estrangeiros e de governos estrangeiros, multas cobradas dos infratores da legislação de águas e de controle ambiental, indenizações pagas em ações civis públicas ambientais, entre outros.
50. O fundo ora proposto permitiria instrumentalizar alguns objetivos: (i) a destinação de recursos a financiamentos reembolsáveis gerariam frutos (juros) que aumentariam, cada vez mais, a capacidade de suportar os investimentos e a gestão não reembolsáveis; (ii) quanto mais usuários e outros entes privados pudessem tomar recursos, com encargos razoáveis, para iniciativas que beneficiassem as bacias¹⁶, menor seria a demanda de investimentos e gestão dessas bacias; (iii) na medida em que o usuário verificasse o uso efetivo dos recursos da cobrança, inclusive com a possibilidade de ele mesmo tomar fundos para aperfeiçoar sua atividade de um ponto de vista de gestão hídrica, maior seria sua aceitação do pagamento; e (iv) o fundo poderia financiar bacias com menor capacidade de arrecadação, promovendo uma democratização do acesso aos recursos que, ao fim e ao cabo, seriam de toda a sociedade.
51. Considerando todas as experiências dos estados (em especial RJ e SP) e mesmo de outros setores com fundos similares, talvez seja essa ideia uma das mais fáceis de implementar, ainda que dependente de aprovação em lei.

E. CONCESSÃO DA GESTÃO DE BACIAS HIDROGRÁFICAS

52. Sem dúvida essa ideia é uma das que tem potencial para gerar maior polêmica. Essa alternativa, que também depende de lei expressa que inclua a concessão de serviços de gestão de bacias na Política Nacional de Recursos Hídricos.

¹⁶ Por exemplo, prefeituras usando tais recursos para construir sistemas de saneamento e empresas para adoção de boas práticas de uso da água e descarte de efluentes.



53. Obviamente, há quem defenda que isso equivaleria a privatizar a água. Nada mais sem razão. Em primeiro lugar porque, como já se qualificou, a água como um bem público, não passível de apropriação, exceto em casos específicos. Em segundo lugar porque não se está a falar de concessão do recurso hídrico, mas sim concessão da gestão das bacias (serviços e atividades para garantir a disponibilidade hídrica).
54. Atualmente, a gestão dos recursos hídricos é da competência de entes públicos – as Agências de Bacia. Ocorre que, até hoje, a figura das agências não foi regulamentada, ainda que dita regulamentação esteja prevista no artigo 53 da Lei 9.433/1997. Para suprir essa lacuna, o próprio SINGREH entendeu conveniente criar uma alternativa em que um ente privado – a entidade delegatária – atuaria como se fosse a agência, por delegação. Ou seja, na prática já se tem hoje um ente privado fazendo a gestão, ainda que parcial, das bacias.
55. Por puro preconceito ideológico, definiu-se que só poderiam ser entidades delegatárias as entidades sem fins lucrativos e, por obrigação legal, restou definido que a gestão das entidades delegatárias deveria adotar procedimentos públicos (licitatórios, por exemplo). Criou-se assim uma figura *sui generis* – *Frankenstein* – um ente privado que tem que atuar como ente público. Por óbvio, as limitações e dificuldades foram enormes e os resultados pouco satisfatórios.
56. O que se propõe agora é um novo passo para redirecionar a caminhada para o rumo correto: entregar a gestão da bacia a um ente privado que vá atuar em regime de concessão, podendo inclusive auferir lucro. O aumento de lucros será resultante do aumento da produtividade e da eficiência e permitirá o reinvestimento na bacia, além de criar atratividade para novos investidores. No caso em tela, produtividade e eficiência significariam gerir a bacia cada vez melhor, atingindo metas com menos recursos. A ideia é diminuir o custo de transação para a sociedade, devendo o ente privado, a seu risco, promover os investimentos para se incrementar a segurança hídrica.
57. Poderia surgir a seguinte dúvida: as entidades delegatárias já são entes privados, mas, por gerirem recursos públicos, têm que adotar procedimentos públicos de gestão. O que mudaria?
58. Primeiro há de se corrigir a pergunta. As entidades delegatárias gerem recursos públicos mediante procedimentos públicos porque o legislador assim determinou, por expressa disposição do artigo 9º e parágrafo único da Lei 10.881/2004, como já explicado nesse trabalho. Há inúmeros casos de entes privados que recebem recursos públicos e não se submetem a ritos típicos de entes governamentais, vide os casos das diversas PPP patrocinadas.
59. Além disso, o que se propõe é mudar a lei e o conceito. Na alternativa de concessão da gestão das bacias, a concessionária estaria sujeita a um regime de gestão privada por expressa disposição legal, com apoio na Lei 8.987/1997, que deu efetividade ao



art. 175 da Constituição. E teria uma gestão finalística. Se atingir as metas, ganha. Se não atingir, é penalizada. Poderia receber recursos públicos sem que sua forma de gestão fosse alterada. Como dito, essa hipótese já existe nos contratos de Parceria Público-Privada – concessão patrocinada em que a concessionária recebe subsídios com recursos públicos.

60. Avalie-se alguns paradigmas.

61. O que são as *concessões rodoviárias*? São contratos em que um ente privado se torna gestor de um bem público (as vias e rodovias), em troca de uma remuneração paga pelo usuário das rodovias. Há uma questão importante a destacar: o usuário não paga pelo uso da rodovia¹⁷, e sim pelo serviço de gestão da rodovia e pelos serviços complementares prestados ou postos à sua disposição (assistência técnica, guincho, assistência médica e outras facilidades). Os exemplos são diversos, na União, nos estados e inclusive em municípios (vide o caso do *Porto Maravilha* na cidade do Rio de Janeiro. Nesse caso, uma PPP 100% patrocinada).

62. Conceito similar se aplica no caso de concessão da gestão de *batas cinzas* (realizadores de serviços acessórios, tais como construção, manutenção predial, segurança, alimentação, lavanderia e equipamentos, em unidades hospitalares), de hospitais e de gestão de infraestrutura de escolas públicas (nesses casos, PPP 100% patrocinadas). Os hospitais e as escolas públicas também são bens públicos. Não há impedimentos para sejam concedidos o serviço de gestão da infraestrutura dos hospitais¹⁸ e das escolas¹⁹. O concessionário presta serviços de manutenção predial, aluguel e manutenção de equipamentos, serviços de limpeza, segurança e outros em troca de uma contraprestação paga pelo ente público. Há dezenas de metas de gestão (eficiência) a atingir. Se superar as metas, ganha uma bonificação; se não atingir as metas, é penalizado e pode inclusive ter a concessão terminada por caducidade.

63. Qual a diferença entre os casos acima referidos e uma eventual concessão da gestão de bacias? Nenhuma.

64. E nem se diga que *a água é um bem essencial à vida e por isso não pode ser gerido por um ente privado*. A uma, porque a gestão privada de *bata cinza* de um hospital pode resultar na vida ou na morte. Se um equipamento não estiver funcionando, um paciente pode morrer e a responsabilidade é do concessionário. A duas, porque a função mais nobre da água e mais essencial à vida, abastecimento público, está sendo entregue, cada dia mais, à gestão de entes privados. Entre vários exemplos,

¹⁷ Porque o direito de ir e vir é um direito fundamental previsto no artigo 5º da Carta Magna e entende-se que a cobrança pelo mero uso das rodovias seria uma forma de limitação desse direito.

¹⁸ Disponível no sítio eletrônico: <http://www.saude.ba.gov.br/atencao-a-saude/comofuncionaosus/ppp/ppphospitaldosuburbio/>. Acesso em outubro de 2021).

¹⁹ Disponível no sítio eletrônico: <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>. Acesso em outubro de 2021).



- o estado do RJ acabou de conceder à gestão privada o abastecimento da maior parte da população carioca que, diga-se de passagem, era mal atendida por uma empresa pública.
65. Portanto, exceto por uma questão puramente filosófica-ideológica, não há justificativa para não se conceder a gestão das bacias.
66. Os benefícios são incontestáveis: (i) já existe uma Lei de Concessões²⁰ e uma Lei de PPP²¹ há muitos anos aplicadas com êxito; (ii) os poderes concedentes, agências reguladoras e fiscalizadoras da União e dos estados têm muita experiência com concessões e PPP; e (iii) também há muita experiência, doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas, sobre processos licitatórios e modelos de estruturação de concessões (conciliação de questões técnicas com regulação econômica).
67. Tem-se ainda outra vantagem. Com a concessão privada da gestão da bacia, caberá ao concessionário captar recursos (próprios ou de terceiros) para investir na bacia em curto prazo, recuperando seu investimento no longo prazo – prazo da concessão – superando o problema hoje enfrentado pelo SINGREH – investimentos limitados pela arrecadação da cobrança.
68. Portanto, essa alternativa seria extremamente benéfica aos usuários. Como já dito e reiterado, muitos potenciais usuários preferem firmar contratos com empresas de saneamento a usar recursos hídricos diretamente da fonte. Na medida em que a gestão da bacia fosse concedida a um ente privado, o usuário poderia firmar acordo com a concessionária, tendo os benefícios de segurança jurídica e hídrica mais similares aos que eles hoje têm com as empresas de saneamento.
69. Nessa hipótese, dois desafios se apresentam.
70. A questão mais complexa a ser discutida seria a cobrança do uso da água vs. a tarifa de serviços de gestão, mas mesmo essa discussão ajudaria a simplificar o sistema.
71. Por ser um bem público, escasso e essencial, não se justifica que os usuários deixassem de pagar pelo uso. Então a cobrança pelo uso da água continuaria existindo como receita originária dos entes que detém o domínio do recurso. Todavia, uma vez que os custos de gestão da bacia e os investimentos seriam transferidos à concessionária, ter-se-ia, na prática, uma bipartição dos valores hoje cobrados: a menor parte ficaria com os entes públicos (contraprestação pelo uso da água) e a maior parte iria para o gestor privado (gestão da bacia e disponibilidade hídrica).
72. Ainda que a agregação de um ente privado (que busca lucro) resultasse em algum aumento da cobrança hoje existente, ter-se-ia diversos benefícios ao usuário e mesmo à sociedade que compensariam esse fato: (i) tarifas definidas em lei e contrato,

²⁰ Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²¹ Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.



com critérios previsíveis de aumento (reajuste e reequilíbrio); (ii) gestão definida em lei, em edital e em contrato, com natureza finalística a partir de metas claras e exigíveis; (iii) ente gestor que pode ser responsabilizado em caso de descumprimento de metas e dos contratos firmados; (iv) pagamento de tarifa de gestão tendo como contrapartida aumento da segurança hídrica (quantidade e qualidade); (v) capacidade da concessionária de investir recursos financeiros próprios no curto prazo para remuneração a longo prazo, aliada à capacidade de alavancagem – investimentos iniciais não estariam limitados à arrecadação da cobrança; e (vi) flexibilidade e agilidade para adoção de novas técnicas e processos de gestão, a exemplo da *outorga dinâmica*, que considere a sazonalidade das vazões e possibilidades de outorgas variáveis de acordo com a vazão em tempo real.

73. Um segundo desafio a ser superado seria a integração de bacias sob diferentes domínios para uma gestão integrada e economicamente viável.
74. Essa é uma questão de delegação, já consignada na Lei das Águas. Basta lembrar que o artigo 1º da lei define como fundamento da política de recursos hídricos que *a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*. A seguir, no artigo 4º, o legislador foi ainda mais explícito ao determinar que *a União articular-se-á com os estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum*. O artigo 31 da lei também faz referência à integração, quando dispõe que, *na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos*. Por fim, o artigo 32 (inciso I), ao criar o SINGREH, expressamente estabeleceu entre suas funções *coordenar a gestão integrada das águas*.
75. Exemplos de delegação de competências não faltam e poderiam inspirar o setor de recursos hídricos. No Estatuto das Metrôpoles (Lei 13.089, de 12 de janeiro de 2015) e na Lei do Saneamento (Lei 11.445/2007) há exemplos de mitigação de competências de entes da federação em privilégio de soluções interfederativas. Assim, na prática, o que se propõe é que União e um ou mais estados se juntem (por conveniente ou necessidade/solidariedade) para a concessão de uma bacia que é de interesse comum. Um bom exemplo seria a Bacia Hidrográfica do Rio Doce, que conjuga interesses e está sob domínio da União, de MG e do ES.
76. No contexto, há que se pensar também no modelo de estruturas regionalizadas para viabilizar a gestão de bacias economicamente menos ativas e em conexão regional com bacias de maior capacidade econômica (maior arrecadação pela cobrança pelo uso da água). É o exemplo de vários afluentes da bacia do rio São Francisco. Nesses



casos, o apoio financeiro aos aportes da cobrança então pequenos nas bacias economicamente deprimidas se justificaria se aplicado em intervenções nelas promovidas que venham beneficiar a bacia “financiadora” como um todo (controle de erosão, por exemplo), justificando assim o repasse.

77. Entretanto, não se pode descartar a existência de bacias hidrográficas sem dinâmica econômica e sem viabilidade para estruturas regionalizadas, o que, em verdade, ensejaria a permanência do modelo tradicional, com investimentos derivados da cobrança tradicional e aportes dos tesouros públicos. Como exemplo, pode-se mencionar bacias cuja população esparsa, predominantemente rural, apesar de suas relevâncias sociais, não encontra condições para viabilidade no modelo proposto. Caso bem exemplificativo é o da bacia hidrográfica Piancó-Piranhas-Açu, cuja gestão tem sido realizada por meio dos aportes do órgão gestor nacional (ANA) e dos estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte.
78. Por todo o exposto, é certo que essa hipótese demandaria mais estudos e regulação específica, por exemplo, para garantir usos múltiplos, acesso não direcionado exclusivamente pelo retorno financeiro e, eventualmente, integrações interfederativas, mas nenhum desses desafios se sobrepõe aos benefícios.
79. A ideia ora proposta é inovadora e *disruptiva* no Brasil, mas obviamente enfrentará grandes desafios, como a necessidade de se incluir na Política Nacional de Recursos Hídricos a definição do que seria serviço público de gestão de bacia e sua abrangência (monitoramento de água, qualidade e quantidade, avaliação técnica de pedidos de outorga, contratação de obras etc.), bem como de ressaltar o indelegável poder de polícia dos órgãos de gestão de recursos hídricos (outorga e sanção).
80. De toda forma, embora se saiba que essa talvez seja a ideia mais revolucionária para o sistema, certamente seria a de maior impacto e, se bem executada, de resultados mais rápidos.

F. ALTERNATIVAS DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS – FUNDOS PATRIMONIAIS, COMPENSAÇÕES AMBIENTAIS, PSA E OUTROS

81. A última das sugestões de aperfeiçoamento não deveria gerar polêmica e surge a partir de uma constatação: o SINGREH vive na dependência da cobrança pelo uso da água, não agindo de forma proativa para encontrar outras fontes de captação de recursos financeiros.
82. Essa postura passiva e dependente da cobrança não contribui para o aperfeiçoamento do sistema nem para a gestão hídrica, tanto mais quando há outras formas de captação de recursos que poderiam ser tentadas. Essa sugestão está em linha com



expressa recomendação contida em artigo da TNC (The Nature Conservancy)²², como se vê: *A robust portfolio will consider a range of funding sources and may incorporate a mix of public and private sources. There are considerable advantages to building a portfolio that includes multiple approaches and funding mechanisms, as impacts to the sustainability of a given funding source can arise if a company experiences volatility in the market and political commitments can change under different regulatory regimes. Accordingly, a robust portfolio should be developed that strives to manage risk and build a resilient compilation of funding sources. In this regard, consideration should be given to the duration of each funding source in regard to its ability to help meet short-term and long-term goals of a water fund. Funding sources could be short-term (e.g. grants from private or public donors) or could be long-term or permanent (e.g. a water tariff that provides funding to the Water Fund every year).*

83. Cumpre esclarecer, desde logo, que as ideias a seguir apresentadas não são tão inovadoras. Entre várias fontes (possíveis) de captação, comentamos três que nos parecem de fácil implementação.

G. FUNDOS PATRIMONIAIS

84. Em primeiro lugar, vai-se analisar a possibilidade de captação e recursos de fundos patrimoniais. Mas o que são fundos patrimoniais?
85. Os advogados Jéssica Guerra de Alencar Araripe e Mário Alfredo de Oliveira assim os definem²³:

Os fundos patrimoniais, também conhecidos como endowment funds ou fundos filantrópicos, são fundos de caráter permanente formados por recursos advindos de doações de pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas, os quais são investidos no mercado financeiro (inclusive em fundos de investimento) por gestor profissional, sendo que os rendimentos auferidos são revertidos para projetos relacionados à finalidade social atrelada às doações. A ideia central dos endowment funds é assegurar a perenidade no financiamento dos projetos que motivaram as doações, já que somente os rendimentos advindos do investimento no mercado financeiro dos recursos doados será utilizado para custeá-los. Deste modo, o dinheiro doado em si estará sempre sendo reinvestido para garantir que haja capital suficiente para

22 Informação disponível no sítio eletrônico: <https://waterfundstoolbox.org/methods/fundraising-strategy/funding-sources> (consultado em outubro de 2021). Em tradução livre: *Um portfólio robusto considerará variadas fontes de financiamento e deve incorporar um mix de fontes públicas e privadas. Há vantagens consideráveis em se construir um portfólio que inclua várias abordagens e mecanismos de financiamento, uma vez que os esforços de sustentabilidade de uma determinada fonte podem ser afetados na medida em que as empresas (donatárias) estão submetidas à volatilidade política e de mercado, em diferentes cenários regulatórios. Dessa forma, um portfólio robusto deve ser desenvolvido de forma a gerenciar os riscos a construir um conjunto resiliente de fontes de financiamento. Adicionalmente, devem ser feitas ponderações sobre a duração de cada fonte de financiamento, considerando a capacidade de ditas fontes financiarem as metas de curto e longo prazos do fundo patrimonial. Fontes de financiamento podem ser de curto prazo (e.g. doações públicas e privadas) ou podem ser de longo prazo ou permanentes (e.g. a cobrança pelo uso dos recursos hídricos).*

23 Araripe, Jéssica Guerra de Alencar; Oliveira, Mário Alfredo de. *Endowment: Você sabe o que são fundos patrimoniais?*, publicado no sítio eletrônico: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298977/endowment-voce-sabe-o-que-sao-fundos-patrimoniais> (consultado em outubro de 2021).



a continuidade da iniciativa. Dada a lucidez dessa estrutura, os fundos patrimoniais vêm ganhando relevância nos últimos anos dentro do contexto nacional, principalmente pela necessidade de implementação de um suporte financeiro para projetos e instituições sem fins lucrativos, no longo prazo, de forma sustentável e organizada.

86. Em um resumo mais simples: os fundos patrimoniais são uma estrutura de captação financeira (de recursos financeiros), sem personalidade jurídica, mas com características e autonomia patrimonial próprias (distintas dos patrocinadores ou doadores), em que a aplicação dos recursos captados é predefinida e relacionada a um interesse público (coletivo).
87. A estrutura de fundos patrimoniais foi copiada do sistema legal americano e regulada, no Brasil, pela Lei 13.800 (de 4 de janeiro de 2019). Veja-se o que dispõe a lei e sua adequação como elemento de captação de recursos para o SINGREH.
88. O artigo 1º da lei estabelece que o objetivo do fundo é **arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público**. Em complemento, o artigo 3º reforça: **A organização gestora de fundo patrimonial instituirá fundo patrimonial com a finalidade de constituir fonte de recursos de longo prazo para o fomento das instituições apoiadas e para a promoção de causas de interesse público, por meio de instrumentos de parceria e de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público**.
89. O parágrafo único do artigo 1º prevê que *os fundos patrimoniais constituídos nos termos dessa lei poderão apoiar instituições relacionadas à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social, ao desporto, à segurança pública, aos direitos humanos e a demais finalidades de interesse público*.
90. É importante destacar que a lei reguladora antes citada deixa claro que os recursos dos fundos patrimoniais também podem beneficiar entes públicos, nos termos do artigo 18: **A instituição apoiada firmará instrumento de parceria com a organização gestora de fundo patrimonial e, no caso de instituição pública apoiada, serão firmados também termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público, verificado o cumprimento dos requisitos de constituição de que trata a Seção II deste capítulo**.
91. Parece-nos não haver muitas dúvidas de que os fundos patrimoniais poderiam aportar recursos em projetos de gestão de recursos hídricos.
92. É bem verdade que o uso de fundos patrimoniais, no Brasil, ainda não se popularizou, mas nos Estados Unidos, essa ferramenta de captação e investimentos é muito popular. Apenas para fins ilustrativos, apresenta-se os 10 maiores *endowment funds* no mundo²⁴:

²⁴ Informação disponível no sítio eletrônico: <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/endowment> (consultado em outubro de 2021).



| Rank | Profile | Total Assets (in US\$) | Type | Region |
|------|---|---------------------------|-----------|---------------|
| 1. | Ensign Peak Advisors, Inc | \$124,000,000,000 | Endowment | North America |
| 2. | Harvard Management Company | \$74,676,115,000 | Endowment | North America |
| 3. | Stanford University | \$62,970,060,000 | Endowment | North America |
| 4. | Yale University | \$44,696,382,000 | Endowment | North America |
| 5. | MIT Investment Management Company | \$42,526,492,000 | Endowment | North America |
| 6. | Princeton University | \$33,030,216,000 | Endowment | North America |
| 7. | Duke University | \$30,385,835,000 | Endowment | North America |
| 8. | New York University | \$27,840,535,000 | Endowment | North America |
| 9. | Columbia University in the City of New York | \$24,698,782,000 | Endowment | North America |
| 10. | KAUST Investment Management Company | \$23,500,000,000 | Endowment | Middle East |

93. Como já antecipado, os fundos patrimoniais são usualmente focados em investimentos específicos (por exemplo, no caso das universidades, em P&D), isso porque surgem de doações, especialmente nesse momento em que a agenda ESG (*Environmental, Social and Governance*) ganha força. Por se tratar de doação é uma demanda dos donatários saber exatamente que tipo de investimento estarão patrocinando ou viabilizando. Nesse sentido, existem, nos EUA, fundos patrimoniais específicos para investimento em conservação de recursos hídricos, como se extrai de exemplos apresentados no artigo da TNC antes reproduzido²⁵: **U.S. ENDOWMENT FOR FORESTRY AND COMMUNITIES** - *The Endowment works collaboratively with partners in the public and private sectors to advance systemic, transformative and sustainable change for the health and vitality of the nation's working forests and forest-reliant communities. The U.S. Endowment provided critical seed funding for the development of the Savannah Clean River Water Fund in South Carolina, USA.*

94. Em suma, a criação de fundos patrimoniais brasileiros com recursos destinados a investimentos que visem à melhoria da gestão de recursos hídricos, aumento da disponibilidade hídrica ou ao aperfeiçoamento da segurança hídrica pode ser uma alternativa interessante a ser desenvolvida.

²⁵ Sítio eletrônico citado no item antecedente. Em tradução livre: *Fundo Patrimonial US para Conservação de Florestas e Comunidades – O Endowment trabalha de forma colaborativa com parceiros do setor público e privado para gerar mudanças sistêmicas, transformadoras e sustentáveis em trabalhos de conservação florestal e comunidades dependentes das florestas. O Fundo Patrimonial US investiu 'capital semente' para o desenvolvimento do Fundo de Limpeza do Rio Savannah, na Carolina do Sul, EUA.*



95. Não custa lembrar que esses fundos podem ter uma grande vantagem. Se forem de recursos privados, seria possível às entidades delegatárias ou mesmo às concessionárias de gestão de bacias gerir e aplicar tais recursos de forma exclusivamente privada, sem necessidade de obedecer a processos licitatórios com prestação de contas mais simplificada e apenas ao ente financiador.

H. COMPENSAÇÕES AMBIENTAIS

96. O instrumento legal da compensação já foi amplamente debatido em âmbito nacional (STF) e, por isso, tornou-se conhecido e muito utilizado como solução a intervenções lícitas a bens ambientais, como parte inerente ao desenvolvimento de uma atividade de interesse da sociedade, cuja externalidade (impacto negativo irreversível) precisa ser atenuada ou tratada por meio de medidas indutoras de uma política ambiental ou socioeconômica.

97. Poder-se-ia citar vários exemplos previstos em diferentes leis: para fins de reposição florestal pelo uso alternativo do solo, pela supressão de cavidade natural subterrânea, como contrapartida ao impacto urbanístico pelo incremento de tráfego local, pela impermeabilização do solo e pelo comprometimento da drenagem urbana, pelo impacto significativo de um empreendimento, entre outros.

98. Em termos de controle de impacto²⁶, e conforme a sistemática estabelecida pela Lei 6.938/1981, o empreendedor atua nas causas de impacto associadas de forma direta às suas atividades, uma vez que deve eliminá-las ou, se não for possível, controlar e mitigar os seus efeitos adversos. Nos impactos indiretos, por outro lado, existe uma certa dependência da atuação governamental, muitas vezes por meio de políticas públicas, uma vez que os impactos indiretos decorrem de outras concausas, que atuam de forma associada aos impactos diretos (causalidade concorrente). Muitas vezes, para os efeitos adversos irreversíveis (impacto direto), ou mesmo para ajudar no desenvolvimento de políticas públicas, a compensação pode ser um recurso aceitável.

99. Se o empreendedor deve controlar as intervenções diretas pelo despejo de efluentes no corpo hídrico, por meio de ações de tratamento para mitigar o impacto do lançamento dos efluentes (de primeira ordem), o impacto indireto pelo efeito sinérgico e cumulativo de vários lançamentos por diferentes fontes (de segunda ordem) pode ser objeto de ações por parte do poder público, com a participação complementar do empreendedor, por meio de ações compensatórias. O objetivo final será o de evitar o comprometimento da disponibilidade hídrica na bacia hidrográfica, o que representaria, na prática, a conciliação da gestão hídrica com a ambiental, nos termos indicados pela Política Nacional de Recursos Hídricos.

²⁶ Sánchez, Luis Henrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Textos, 2008, pp. 292 e 293.



100. Em suma, a inviabilidade técnica e/ou econômica de eliminar impactos hídricos (indiretos) a níveis desejáveis pode, eventualmente, provocar a ocorrência de alterações ambientais cujo controle não é atribuição apenas de um agente, como é o caso da disponibilidade hídrica, a qual também é influenciada por diversas atividades e fatores na mesma bacia hidrográfica. Como solução complementar à gestão promovida pelo poder público, pode-se adotar a incorporação de externalidades pelo empreendedor, com base no princípio do poluidor-pagador, o que impõe algum tipo de ônus ao empreendimento, por meio de ações compensatórias.
101. Se prevista em lei, a compensação do impacto hídrico pode se tornar obrigatória e ser identificada a partir da análise das alterações adversas significativas. Além disso, deve estar focada na efetiva compensação daqueles impactos caracterizados como não-mitigáveis e, na medida do possível, reconstituir a disponibilidade hídrica afetada, por meio de ações estruturantes (obras de reservação) ou de conservação na bacia hidrográfica diretamente afetada pelo empreendimento. Vale dizer que devem ser proporcionais à natureza e ao valor do bem afetado; no mínimo, que sejam efetivamente ambientais, não de outra ordem ou natureza (STF, ADI 3378).
102. Evidentemente, tal medida dependeria de alteração na Lei das Águas, inclusive para tratar da destinação dos recursos. Por exemplo, o apoio financeiro ou material à manutenção e operação do Plano de Bacia teria a finalidade de promover o incremento da disponibilidade hídrica. É importante que se deixe clara, também na lei, a obrigatoriedade de os órgãos de gestão de recursos hídricos evidenciarem a relevância e a pertinência das ações estabelecidas como “condicionantes” das outorgas, para que sejam evitadas subjetividades e distorções e coibidos abusos. A base de cálculo, os parâmetros para o cálculo do investimento e a forma de pagamento devem estar regrados por lei.
103. Entretanto, dada a complexidade do tema para a sua instituição, uma possibilidade mais célere poderia ser adotada mediante a mera destinação de parcela dos recursos arrecadados com a compensação prevista no art. 36 da Lei 9.985/2000, para fins de implementação do Plano de Bacia (obras hídricas ou ações de conservação para incremento da disponibilidade hídrica), ou a conservação de áreas de recarga hídrica, por meio da instituição de unidades de conservação da natureza. Obviamente, essa medida precisa de uma lei, porém de complexidade menor e de mais fácil implementação do que a instituição de uma nova forma de compensação, de caráter hídrico. No entanto, pode haver resistências políticas setoriais, em razão de segregar parte dos recursos destinados, atualmente, ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação.



I. PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS (PSA)

104. O instituto do PSA (ou pagamento por serviços ambientais e ecossistêmicos) é uma novidade que surgiu em 2021. Em verdade, esse instituto já está previsto há quase 10 anos no Código Florestal, mas apenas de forma programática, sem nunca ter sido usado. Por pressão e atuação da sociedade civil, o Congresso Nacional, em 13 de janeiro de 2021, aprovou uma lei específica (Lei 14.119) regulamentando em detalhes o instituto e tornando-o executável.
105. Não há muito a se detalhar porque o instituto foi recém-criado, carece de maior regramento sobre formas de contratação e cadastro (embora a lei seja autoaplicável) e ainda não se tem precedentes de implementação.
106. Não obstante, cumpre destacar a atuação de representantes do setor de recursos hídricos que atuaram para que a conservação e gestão da água fosse entendida como um serviço ecossistêmico a ser remunerado. Nesse sentido, o artigo 2º (inciso II) da lei citada esclarece que: *Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) II - serviços ecossistêmicos: benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais, nas seguintes modalidades: (...) c) serviços de regulação: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas.*
107. São considerados provedores de serviços ambientais (artigo 2º, inciso VI): *pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.*
108. Ao regular a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais (PNPSA), o legislador assim determinou (artigo 4º): *Fica instituída a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), cujos objetivos são: (...) V - incentivar medidas para garantir a segurança hídrica em regiões submetidas a escassez de água para consumo humano e a processos de desertificação.* E o parágrafo 1º desse artigo deixou expresso que: *A PNPSA deverá integrar-se às demais políticas setoriais e ambientais, em especial à Política Nacional do Meio Ambiente, à Política Nacional da Biodiversidade, à Política Nacional de Recursos Hídricos (...).*
109. Para completar, o artigo 7º da Lei do PSA dispõe que: *O PFPSA promoverá ações de: (...) III - conservação e melhoria da quantidade e da qualidade da água, especialmente em bacias hidrográficas com cobertura vegetal crítica importantes para o abastecimento humano e para a dessedentação animal ou em áreas sujeitas a risco de desastre (...).*



110. Em suma e como já dito, os representantes do setor de recursos hídricos trabalharam para que atividades de conservação (por exemplo, proteção e recuperação de nascentes e mata ciliar) pudessem ser reconhecidas como serviços ecossistêmicos. É certo que há necessidade de amadurecimento do tema, mas o fato é que há ações dos Planos de Bacia que poderiam ser qualificadas como serviços ecossistêmicos a serem remunerados por PSA.
111. Nessa possibilidade, os fundos já mencionados receberiam os recursos advindos de PSA que lhe seriam destinados além dos recursos privados que por sua vez poderiam ser revertidos em favor do serviço ambiental ou ecossistêmico prestado.

J. OUTROS - UMA REFLEXÃO ADICIONAL

112. Como já comentado, as arrecadações anuais da cobrança pelo uso de água são geralmente insuficientes para realizar parte significativa dos investimentos propostos nos respectivos Planos de Bacia Hidrográfica. Porém, o fluxo assegurado de arrecadação poderá ser suficiente para viabilizar a obtenção de empréstimos para esses investimentos, que serão amortizados anualmente. Tais empréstimos poderão ser obtidos nas agências nacionais (BNDES, p. ex.) e multilaterais (BID, BIRD, p. ex.) de financiamento, viabilizando a implementação dos programas dos Planos de Bacia.
113. Essa proposta fica aqui como inspiração provocativa, pois há complexas situações jurídicas de sustentação da ideia e que mereceriam maior aprofundamento, fora do escopo desse trabalho. Nessa reflexão inspiradora, há questões a serem resolvidas: a definição de qual ente poderia tomar os financiamentos se o fluxo de recebíveis futuros da arrecadação da cobrança fosse aceito como garantia desses financiamentos, como a destinação dos recebíveis para amortização dos empréstimos, entre outras questões menores. A necessidade de aprofundamento das discussões, até com eventual mudança de regras, deriva das especificidades do setor, em que a cobrança tem destinação definida em lei. Os comitês não têm personalidade jurídica e a agência ou a entidade delegatária são meras gestoras da bacia hídrica (a cobrança é uma receita originária da União ou dos estados, como já explicado). Acredita-se, por isso, que a Unidade Federada ou a União poderiam ser os entes tomadores de financiamentos, sendo que os recursos provenientes teriam que estar vinculados aos investimentos em uma bacia específica, cuja capacidade de arrecadação fosse compatível com os desembolsos a serem realizados para a amortização.



**CNI**

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS - DRI

Monica Messenberg Guimaraes
Diretora de Relações Institucionais

Gerencia Executiva de Meio Ambiente e Sustentabilidade

Davi Bomtempo
Gerente Executivo de Meio Ambiente e Sustentabilidade

José Quadrelli Neto
Maria do Socorro Lima Castello Branco
Equipe Técnica

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO - DIRCOM

Ana Maria Curado Matta
Diretora de Comunicação

Gerência de Publicidade e Propaganda

Armando Uema
Gerente de Publicidade e Propaganda

Walner de Oliveira
Produção Editorial

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS – DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência de Administração - SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Superintendente Administrativo

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização

Conciliare

Patrícia Helena Gambogi Boson
Tácito Ribeiro Matos
Consultores

Márcio Pereira
Antonio Eduardo Leão Lanna
Gilberto Valente Canali
Consultores

Renata Portella
Revisão Gramatical

Editorar Multimídia
Projeto Gráfico e Diagramação





 .cni.com.br

 /cniBrasil

 @CNI_br

 @cniBr

 /cniweb

 /company/cni-brasil



Confederação Nacional da Indústria

PELO FUTURO DA INDÚSTRIA