

A gestão das águas minerais e subterrâneas à luz da Constituição Federal de 1988.

Autor: Valter Otaviano da Costa Ferreira Junior

Advogado da União,
Especialista em Direito Ambiental e
Recursos Hídricos pela Universidade Cândido Mendes
Publicado na Edição 18 - 25.06.2007

Cumprе salientar, inicialmente, que escrever sobre águas, sejam elas minerais ou comuns, é possibilitar-se adentrar em questões como dignidade, cidadania, direitos humanos e, sobretudo, o direito à vida.

Neste passo, nossa Constituição atual, em seu art.1º, inciso III, aponta-nos que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O que significa dizer que tal fundamento deve estar refletido em todas as ações, atos e decisões, sejam elas do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

A Constituição Federal contempla também o direito à vida como sendo um dos direitos e garantias fundamentais dos brasileiros ou estrangeiros residentes em nosso País. Percebe-se, dessa forma, que a vida e a água são indissociáveis. Se a água é fonte da vida, é também fonte de dignidade.

Não há dúvidas de que a água é um recurso natural estratégico para o Brasil, haja vista a sua inserção, na Agenda 21 Brasileira,(1) como uma das grandes preocupações atuais.

É bem de ver ainda que a nossa CF/88, no que se refere a normatividade ambiental, é uma das mais modernas Constituições do mundo. Ela está toda permeada pela preocupação ambiental, sendo que a sua matriz constitucional se encontra delimitada no art. 225, que está assim redigido:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (sem destaques no original)

Depreende-se do referido dispositivo constitucional, que o essencial à sadia qualidade de vida é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não qualquer meio ambiente. Reforce-se que a

característica finalística da regra constitucional é o equilíbrio, e não o desequilíbrio ambiental.

Registre-se que esse equilíbrio deve ser dinâmico, disposto a solucionar ou resolver os aparentes conflitos ou contradições que possam existir entre os vários objetivos ou valores contidos na Carta da República.

Veja-se, ainda, que há um compromisso transgeracional, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito também das gerações futuras, e todos nós (Poder Público e coletividade) devemos contribuir para que isso ocorra.

Além do que, é de bom alvitre lembrar que toda atividade econômica, inclusive a de mineração, para ser considerada compatível com os ditames da ordem econômica e financeira, deve se curvar aos vários princípios trazidos pela Constituição Federal, em seu art.170.

Dentre os princípios, destaca-se o contido no inciso VI do prefalado artigo:

“VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”(sem destaques no original)

A questão ora em exame trata da indispensável articulação de procedimentos entre o Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, que cuida da exploração econômica das águas minerais, e os órgãos gestores de recursos hídricos que tratam da gestão sustentável das águas superficiais, subterrâneas e meteóricas.

O grande desafio que surge é o seguinte: como conciliar uma atividade eminentemente exploratória, que tem como premissa a exauribilidade do recurso mineral, com o compromisso transgeracional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tem como premissa a utilização do recurso também para as futuras gerações? O dilema a ser equacionado é exauribilidade versus sustentabilidade ambiental.

O diploma legal pátrio que trata da pesquisa e da lavra das águas minerais é o Decreto-Lei nº 7.841, de 8 de agosto de 1945. Por essa normativa as águas minerais são aquelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confirmam uma ação medicamentosa.(2)

Consta também do citado estatuto legal que a pesquisa de água mineral, termal, gasosa, de mesa ou destinadas a fins balneários, será regulada pelo disposto no Capítulo II do Código de Minas. Por sua vez, o mencionado Código de Minas, no capítulo que trata da pesquisa mineral, afirma que a autorização para a pesquisa será fornecida pelo DNPM.(3)

Quanto à lavra de uma fonte de água mineral, termal, gasosa, potável de mesa ou destinada a fins balneários, o Código de Águas Minerais preceitua que são todos os trabalhos e atividades de captação, condução, distribuição e aproveitamento das águas,(4) devendo ser observado o contido no Capítulo III do Código de Minas.

Percebe-se, mais uma vez, que o Código de Águas Minerais faz alusão ao Código de Minas. No capítulo III do referido códex, encontramos a definição de lavra, que é o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.(5)

Importante afirmar que a concessão de lavra terá por título um Decreto assinado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Do acima escrito, resta evidente que primeiro há a realização de uma pesquisa mineral, a qual é autorizada pelo DNPM, para, após, vir a concessão de lavra pelo Ministro de Minas e Energia.

Para se evitar qualquer desvirtuamento de interpretação, o Código de Águas Minerais deve ser interpretado de forma harmônica e sistêmica. O que significa dizer que, ao ter sido recepcionado pela CF/88, passou a ser um novo Código de Águas Minerais. Ou seja, ele deve pautar-se nos princípios e valores estabelecidos no bojo da Carta de 1988, e não mais na de 1937.

Diga-se, por relevante, que a Constituição Federal de 1937 não esboçava qualquer preocupação com a questão ambiental. Sua ótica era eminentemente econômica/exploratória.

Neste sentir, não se pode pretender fazer uma leitura do Código de Águas Minerais, de 1945, como se ainda estivéssemos sob a égide da CF/37. A nova leitura deve, por certo, levar em consideração os novos valores, tais como, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o sistema nacional de gerenciamento das águas, entre outros.

No que pertine às águas superficiais e subterrâneas, nossa Carta Política dividiu a sua dominialidade entre a União e os Estados-Membros.

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, são bens da União.(6)

As águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União, são bens dos Estados.(7)

Mesmo tendo dupla dominialidade, a Constituição Federal deixou a cargo da União a competência para legislar privativamente sobre o tema. Outra não é a dicção do art. 22, inciso IV, in verbis:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV- águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”
(grifamos)

Desse modo, cabe à União, privativamente, legislar sobre as águas subterrâneas, superficiais e meteóricas (pluviais).

Além de legislar sobre o tema, cabe também a União, exclusivamente, a instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e a definição dos critérios de outorga de direitos de seu uso.(8)

Reforce-se que foi a primeira Constituição brasileira a sinalizar pela necessidade de uma gestão nacional das águas. As demais constituições brasileiras nunca trataram desse tema.

Visando dar concretude a tal preceito constitucional, foi editada pela União, a Lei nº 9.433, de 1997, que instituiu, entre nós, a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, havendo assim o surgimento de um novo modelo de gestão das águas brasileiras (sejam elas estaduais ou federais). Consigne-se que o órgão formulador desta inovadora política hídrica é o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Desse modo, a articulação entre a gestão econômica das águas minerais realizada pelo DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral) e a gestão socioambiental das águas, realizada pelos órgãos gestores, é necessidade que se impõe, tendo em vista o novo contexto constitucional inaugurado pela Carta Política de 1988.

O objetivo perseguido pela Lei das Águas não se limita apenas à utilização do bem hídrico, mas se preocupa, acima de tudo, com a sua utilização racional e integrada, com vistas ao desenvolvimento

sustentável. Reforce-se que tal desiderato somente será alcançado através da gestão preconizada pela Lei das Águas.

O que deve ficar bem claro, até aqui, é o fato de que o Código de Águas Minerais trata da exploração econômica de águas subterrâneas minerais, e a Lei nº 9.433, de 1997, trata da gestão socioambiental de todas as águas, sejam elas superficiais, subterrâneas ou meteóricas.

A aplicação harmônica desses dois diplomas legais é que vai nos permitir atingir o desenvolvimento sustentável e o equilíbrio ecológico almejado pela nossa Lex Fundamental.

Com efeito, deve-se acrescentar ao viés econômico da exploração das águas minerais, potáveis de mesa e termais, os vieses ambiental e social trazidos pela Carta Magna de 1988 e consubstanciados na Lei 9.433/97. A observância a esses três enfoques é que permitirá o atingimento do equilíbrio pretendido pela Carta da República.

Esse novo modelo de gestão (descentralizada e participativa) tem como um dos seus fundamentos o uso múltiplo das águas.

Tal fundamento, o do uso múltiplo das águas, engloba, por óbvio, as águas minerais, haja vista a sua indissociabilidade e participação no ciclo hidrológico e a sua grande influência nos aquíferos e nas bacias hidrográficas, onde estão localizadas. Dependendo do modo de exploração que se pretenda dar, pode-se afetar significativamente a disponibilidade hídrica de um aquífero ou de uma bacia hidrográfica, comprometendo consideravelmente os demais usos da água.

Querer separar a água mineral do ciclo hidrológico e não inseri-la no contexto da Política Nacional de Recursos Hídricos, enxergando apenas o seu lado exploratório, enquanto recurso mineral, é o mesmo que querer separar a tocha do fogo.

Tanto a exploração dos recursos minerais, inclusive os do subsolo, quanto o gerenciamento das águas são valores, interesses, objetivos pretendidos pelo Legislador Constituinte Originário, portanto, ambos devem ser contemplados.

É sabido que não deve haver a prevalência de um só valor ou de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. Quando surgem aparentes conflitos, o STF utiliza-se do princípio da concordância prática ou da cedência recíproca para resolvê-los.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade, São Paulo, 1995, p.154/155), citando CANOTILHO e CELSO RIBEIRO BASTOS, ensina que:

"Desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico. A solução de eventuais antinomias dá-se através da utilização do princípio da concordância prática, ou da cedência recíproca. Neste caso, os princípios aparentemente contraditórios alcançam interpretação harmonizadora em face da atuação do intérprete que abandona a pretensão de conferir a cada um deles interpretação absoluta ou isolada." (sublinhei)

Como já assinalado, se não houver uma gestão à luz da Lei nº 9.433, de 1997, todo o sistema estará comprometido. Se não houver uma atenção maior, uma visão integrada entre as gestões realizadas pelo DNPM e pelos órgãos gestores de recursos hídricos, a exploração das águas minerais estará fadada a sua exauribilidade e, o que é pior, comprometerá os outros usos das bacias hidrográficas, acarretando grandes prejuízos ao meio ambiente e a saúde da população.

A situação é tão gritante e atual, que foi elaborada a Carta do Circuito das Águas, no Encontro das Águas Minerais, realizado em Caxambu-MG, em junho de 2004, da qual se destaca:

"As águas minerais, termais e potáveis de mesa, por força do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Mineração, do Decreto nº 6.2934, de 02 de julho de 1968, que aprovou o seu regulamento, e do Decreto-Lei 7.841, de 8 de agosto de 1945 – Código de Águas Minerais, recepcionados pela Constituição Federal de 1988, não são reconhecidas por nossos administradores públicos como recursos hídricos; são, outrossim, consideradas como recursos minerais, classe VIII, sob gestão exclusiva do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), órgão de fomento vinculado ao Ministério de Minas e Energia (MME), que outorga a concessão de lavra. (...)"

"Ao ser considerada como bem mineral, isolada do ciclo hidrológico, a água mineral pode ter os seus aquíferos explorados à exaustão, com alterações quantitativas e qualitativas, em especial da composição físico-química que a elas conferem propriedades medicamentosas, que as distinguem das águas subterrâneas comuns." (grifamos)

Vale referir também o posicionamento adotado pela ABAS-MG e pela ABES-MG, sobre o tema:

"As águas minerais, como as demais águas subterrâneas, são parte integrante da disponibilidade hídrica do local de ocorrência e deve, portanto, ser considerada um recurso hídrico especial. É necessária, assim, a implantação de um modelo de gestão compartilhada, onde a União delibere em consonância com os Órgãos Gestores de Meio

Ambiente e de Recursos Hídricos, dos Municípios e do Estado.”(grifamos)

“É necessário que o aproveitamento das águas minerais brasileiras utilizadas em balneários ou para comercialização através do engarrafamento esteja em consonância com as leis dos Recursos Hídricos, nas esferas federal e estadual, que preconizam a gestão sistêmica, descentralizada e participativa com vistas a garantir os múltiplos usos da água e a manutenção de suas funções ambientais, sociais, culturais e históricas”. (grifamos)

Diante do acima exposto, duas indagações podem surgir:

1- É legal a exigência da outorga prevista na Lei nº 9.433, de 1997, para as águas minerais, termais, potáveis de mesa e para fins balneários, além da concessão de lavra expedida pelo Ministério de Minas e Energia?

2- Uma resolução do CNRH é o instrumento hábil para integrar os procedimentos administrativos dos órgãos envolvidos?

Prima facie, faz-se necessário responder a seguinte indagação: o que significa integrar?

O Professor Aurélio Buarque de Holanda nos ensina que integrar significa tornar inteiro, completar, inteirar, integralizar, juntar-se, tornando-se parte integrante.

Fica fácil observar, agora, que integrar procedimentos, nada mais é do que enxergar o todo. Neste sentido, importante citar, a valiosa lição do insigne autor Fritjof Capra, contida em sua obra “A teia da Vida”, p.25:

“O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominado visão ecológica, se o termo ‘ecológica’ for empregado num sentido mais amplo e mais profundo que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)”.(sem destaques no original)

Na página 40, continua o renomado professor:

“De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma

das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes. (...) O pensamento sistêmico é contextual, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo". (sem destaques no original)

Dentro deste contexto, em resposta às indagações acima lançadas, cabe considerar que:

I- deve-se tomar muito cuidado para não se fazer confusão entre a exploração/exploração econômica das águas minerais e a gestão socioambiental das águas, sejam elas superficiais, subterrâneas ou meteóricas;

II- uma situação jurídica é a contida no Decreto-Lei nº 4.785, de 1965, que trata das águas minerais, e outra é a contida na Lei nº 9.433, de 1997;

III- assim como é permitida a exploração das águas minerais, também é permitida a gestão descentralizada e participativa das águas;

IV- a concessão é o ato administrativo que permite a exploração da jazida de água mineral por decreto do Ministro de Minas e Energia;

V- a outorga é o ato administrativo que permite o efetivo exercício do direito de acesso à água e o controle quantitativo e qualitativo(9) dos usos da água;

VI- não se está pretendendo substituir a concessão para a exploração das águas minerais pela outorga dos órgãos gestores;

VII- acentue-se que os atos administrativos, ora discutidos, possuem finalidades completamente diferentes. Um se presta a permitir a exploração econômica de um bem mineral, no caso, água mineral; o outro se presta à gestão das águas (comuns ou especiais);

VIII- compatibilizar, articular, harmonizar ambos os instrumentos, sem ferir as competências legais dos órgãos envolvidos é o grande objetivo a ser perseguido;

IX- frize-se que a outorga possui duas finalidades, uma é o acesso e a outra é o controle. Se o explorador do recurso mineral obtém o acesso pela concessão do MME, deverá obter também a outorga do órgão gestor para que se possa ter o controle socioambiental (quantidade/qualidade) da utilização da água mineral. Esses dois instrumentos atuando conjuntamente é que permitirão o atingimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado;

X- cada órgão tem a sua competência legal e devem ser respeitadas. Um permite o acesso (exploração) e o outro permite o controle da quantidade e qualidade das águas;

XI- percebe-se, facilmente, que os objetivos perseguidos são diversos. A outorga exarada pelos órgãos gestores de recursos hídricos busca atingir a dimensão socioambiental do bem, enquanto a concessão de lavra busca a dimensão econômica;

XII- é certo que ambos os objetivos são legítimos e legais, mas, é certo também que as águas minerais são bens hídricos de circulação subterrânea e influenciam fortemente o ciclo hidrológico e a bacia hidrográfica onde estão localizadas;

XIII- a relação entre as águas minerais e as demais águas (subterrâneas, superficiais e meteóricas) é de interdependência, e não de subordinação, em razão de fazerem parte do mesmo ciclo hidrológico, sendo, inclusive, indissociáveis deste. O que se busca é uma visão holística, e não fragmentada dos bens ambientais;

XIV- a resolução, ao tratar da articulação de procedimentos, não estará inovando no mundo jurídico, uma vez que os instrumentos de outorga e concessão têm sua origem na Lei;

XV- os diplomas legais acima citados se complementam, tendo em vista que ambos são constitucionais;

XVI- ao dizermos que são constitucionais queremos dizer que encontram seu fundamento de validade e existência na Constituição Federal;

XVII- não é possível, em nosso ordenamento jurídico, que uma norma legal permita uma atividade e outra a proíba;

XVIII- se a exploração das águas minerais é permitida pelo Código de Águas Minerais, não pode a Lei nº 9.433, de 1997, proibi-la;

XIX – entretanto, devemos aplicar os dois diplomas legais. Ora, um trata da gestão das águas, sejam elas comuns ou especiais

(minerais), o outro trata especificamente da exploração econômica das águas minerais;

XX- a aplicação harmônica, sem superposições, é o que interessa a todos;

XXI- o DNPM e o MME não podem permitir que as nossas águas minerais sejam exploradas sem a observância dos aspectos social e ambiental trazidos pela CF/88 e consubstanciados na Lei nº 9.433, de 1997;

XXII- lembremos que a outorga dos órgãos gestores visa à gestão no sentido macro, incluindo, por certo, todos os demais usos da bacia;

XXIII- o uso múltiplo das águas é um dos importantes fundamentos da Política Hídrica Nacional e não pode ser desconsiderado, sob pena de uma falência no sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos;

XXIV- não há dúvidas de que a água mineral é um recurso mineral, assim como não há dúvidas de que ela pertence ao ciclo hidrológico;

XXV- reforce-se que a outorga não pode ser confundida com a concessão, pois possuem finalidades diversas, a primeira se preocupa com a gestão e a segunda com a exploração econômica do bem;

XXVI- é a exploração econômica das águas minerais (micro) que deve se adequar à gestão das águas (macro), e não o contrário;

XXVII- registre-se, por pertinente, que não é a resolução da CTAS que exigirá a outorga para a exploração das águas minerais. É a própria Lei nº 9.433, de 1997, que faz essa exigência, pois o acesso e o controle de qualidade e quantidade são indissociáveis; e

XXVIII- desta forma, não há dúvidas de que o instrumento hábil para articular os procedimentos entre os órgãos envolvidos é uma resolução do CNRH, a qual deve prever o modus operandi da articulação para a obtenção dos instrumentos concessão de lavra e outorga, no que pertine às águas minerais.

Notas:

1. O objetivo 15 da Agenda 21 Brasileira visa preservar a quantidade e melhorar a qualidade da água nas bacias hidrográficas.

2. Conforme art. 1º do Decreto-Lei nº 7.841, de 8 de agosto de 1945.

3. Conforme art. 15 do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967.
4. Conforme art. 9º do DL nº 7.841/45.
5. Conforme art. 36 do DL 227/67.
6. Conforme art. 20, inciso III, da CF/88.
7. Conforme art. 26, inciso I, da CF/88.
8. Conforme art. 21, inciso XIX, da CF/88.
9. Conforme prevê art. 11 da Lei nº 9.433, de 1997.