

Reflexões sobre o papel do juiz e a proteção constitucional das águas



Os juízes, ao decidirem demandas relacionadas com a água, devem ser

conscientes da conexão que esse recurso essencial para a vida humana e não humana tem com o meio ambiente e com o uso da terra. Devem ao máximo evitar decidir esses casos isoladamente, ignorando a amplitude e a complexidade de *Gaia*, para Lovelock^[1], um grande ser vivo. Pensando neste imperativo de justiça ecológica, magistrados ambientais de todo o Mundo, em boa hora, produziram a *Declaração de Juízes de Brasília sobre a Justiça da Água*, durante o 8º Fórum Mundial da Água, no ano de 2018 que, especificamente, refere:

Princípio 9 – Justiça da Água e Integração Ambiental.

As considerações ambientais e de ecossistema devem ser integradas na aplicação e imposição da lei da água. Ao julgar casos relacionados com água, os juízes devem ser conscientes da conexão essencial e inseparável que a água tem com o meio ambiente e com o uso da terra, e devem evitar adjudicar esses casos isoladamente ou como meramente matéria sectorial relativa apenas à água.

Esta visão se antepõe ao individualismo mecanicista *cartesiano*. É de se observar que em 1677, Spinoza, na sua clássica obra *Ética*, contemporânea a Descartes, de quem foi oponente, já desenvolvia uma concepção absolutamente diferente deste em relação ao indivíduo e à natureza. O indivíduo, para Spinoza, é indissociável de um todo mais complexo, sendo apenas mais um dos atributos da substância que incorpora ele e sem a qual o ser individual não existe. Nesta concepção o valor da natureza não é mais reduzido aos usos que são feitos desta, mas se embasa sobre o complexo sistema das interdependências que liga o todo em partes, a substância aos seus atributos, e a natureza à humanidade.^[2]

A esta concepção, Kant pode ser mencionado para agregar justificação moral, com seu imperativo categórico, conferindo base filosófica para o valor do não uso.^[3] Ainda, não é recomendável olvidar

Leopold, que afirmava que “a coisa está certa quando ela trata de preservar a integridade, a estabilidade e a beleza da comunidade biótica. Está errada quando ela tem oposta tendência”.^[4] Esta necessária integração, e este exato paralelismo, pode ser observado igualmente em recente e festejada obra de autoria de Perthuis e Jouvét que defendem a precificação das externalidades ambientais negativas e a valoração dos serviços ambientais que não são computados nas visões utilitaristas.^[5]

Neste cenário, mister é que se façam algumas simplórias considerações sobre a promoção da concretização da *Justiça da Água* e a sua necessária *Integração Ambiental*.

A água é o mais precioso recurso da natureza. A maior parte da água na Terra hoje já estava no Planeta logo após a sua formação há vários bilhões de anos. Majoritariamente, 97,5% da água, é salgada, encontrada nos Oceanos. As glaciares retém 2,5% das reservas mundiais de água doce. A água doce e própria para o consumo, encontrada em terra, corresponde a oito milésimos das reservas do recurso no globo e é vital para existência humana.^[6] É essencial às funções vitais e existe na biosfera na forma líquida (doce e salgada), sólida (doce) e de vapor (doce). A sua forma líquida constitui cerca de 97,72% da encontrada na biosfera.^[7] De acordo com Sirvinkas:

Desde a época do esfriamento da Terra, há cerca de 56 bilhões de anos, permanece a mesma quantidade de água, ou seja, 1,4 bilhão de quilômetros cúbicos (salgada e doce). Somente 90 mil quilômetros cúbicos (doce) encontram-se prontos para beber, mas nem todo este estoque está disponível na natureza, e só podemos utilizar os recursos renováveis pelas chuvas, reduzindo-se para 34 mil quilômetros cúbicos anuais, correspondente a 0,002% das águas do planeta. O aumento do consumo duplicará nos próximos 35 anos, chegando no limite da disponibilidade da água. Atualmente, perto de 70% da água do mundo é utilizada para agricultura.^[8]

A água é essencial para a vida dos seres humanos e não humanos como, também, para a promoção do desenvolvimento sustentável, em especial, produção de alimentos na agricultura. A humanidade terá de proceder a uma gestão sustentável dos recursos hídricos para proporcionar uma existência digna para as presentes e futuras gerações. O tema da água, pois, é “um dos mais discutidos e relevantes do mundo contemporâneo”, e “estudiosos apontam que o assunto será o próximo elemento deflagrador das grandes crises e conflitos mundiais”.^[9] O Brasil assume particular relevância nesse contexto, como um dos países com a maior disponibilidade de recursos hídricos no mundo.^[10] Mister, no entanto, valorar a sua proteção constitucional e infraconstitucional.

No Brasil as águas são públicas, inclusive as subterrâneas, não mais existindo águas comuns ou particulares.^[11] São de domínio da União ou dos Estados e Distrito Federal, de modo que não há mais falar em águas de domínio municipal desde a Constituição de 1946.^[12] Aliás, a publicização dos corpos d'água encontra fundamento não apenas na Constituição Federal (arts. 20, inc. III e 26), como também no art. 1º, inc. I da Lei n. 9.433/97, ao estabelecer que a Política Nacional de Recursos Hídricos tem como fundamento, entre outros, a água como bem de domínio público. De modo geral o antigo Código de Águas foi em grande parte superado, podendo ser aplicado apenas subsidiariamente e em casos excepcionais.^[13]

O egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu essa orientação, ao decidir que é insuscetível de indenização a desapropriação de área situada à margem de rio, ou seja, do terreno reservado. Nesse sentido o brilhante voto condutor do eminente Ministro Antônio Herman Benjamin:

O Código de Águas (Decreto 24.643/1934) deve ser interpretado à luz do sistema da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), que admitem apenas domínio público sobre os recursos hídricos. (...) Na forma dos arts. 20, III, e 26, I, da Constituição, abolida está a propriedade privada de lagos, rios, águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, bem como a de quaisquer correntes de água. (...) A interpretação do art. 31 do Código de Águas (...) implica a propriedade do Estado sobre todas as margens dos rios estaduais, tais como definidos pelo art. 26 da CF, excluídos os federais (art. 20 da CF), tendo em vista que já não existem rios municipais nem particulares.[\[14\]](#)

Com a evolução tecnológica, a expansão da intervenção humana sobre o meio ambiente e as águas, as crises ecológicas e maior preocupação com o equilíbrio ambiental, evidenciou-se a necessidade de tutelar não apenas a quantidade das águas, mas também sua qualidade. A Lei n. 6.938/81, no art. 8º, inc. VII, atribuiu ao CONAMA, entre outras, a competência para “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”. Em seguida, o CONAMA editou a Resolução n. 20, de 18/06/1986, sobre gestão da qualidade das águas. Após, esse ato foi revogado pela Resolução n. 357, de 17/03/2005, que classifica as águas de acordo com a salinidade para fins de gestão da qualidade em doces, salinas e salobras. Importante ainda referir que a Lei n. 9.984/00 dispôs sobre a criação da Agência Nacional de Águas (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A Constituição Federal inseriu, por sua vez, como bens da União, no art. 20: 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; as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; e os potenciais de energia hidráulica.

Resta uma exceção prevista no § 1º do referido artigo quando assegura, 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. Incluem-se entre os bens dos Estados, de acordo com o art. 26, inc. I, “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

Em face da ausência de limitação territorial pela legislação, de fato, o melhor entendimento é que as águas são, como regra, de domínio do Estado, com exceção das águas pertencentes à União. Portanto, se observa, preliminarmente, que existe uma substancial proteção constitucional e legal para a concretização da *Justiça da Água* no Brasil.

E nos Estados Unidos?

Relevante observar, apenas a título ilustrativo, em brevíssima e desprezível comparação com o direito norte-americano, que é de competência das agências federais naquele país a regulação do controle da poluição das águas com base no *Clean Water Act* como se infere dos casos *United States v. Riverside Bayview Homes, Inc*; *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. U.S. Army Corps of Engineers* e *Rapanos v. United States*.

Aliás, após o *leading case Rapanos* restou bem definido que as águas protegidas pelo *Clean Water Act* são: as tradicionais águas navegáveis; águas interestaduais; pântanos adjacentes para águas navegáveis ou águas interestaduais; afluentes não navegáveis para águas navegáveis que são relativamente permanentes, considerando que eles sejam preenchidos por água ao menos temporariamente e, por fim, pântanos que diretamente fazem limite com águas permanentes. [15]

Igualmente são consideradas águas protegidas pelo *Clean Water Act*, levando-se em consideração o caso em concreto, às que tiverem significativo nexos com as águas tradicionalmente navegáveis ou interestaduais. [16]

Ficam excluídas da proteção do *Clean Water Act*, áreas úmidas que não são afluentes e as que não são consideradas pântanos para as agências reguladoras; águas excluídas da cobertura do *Clean Water Act* pelas normas regulatórias existentes; águas que faltam o relevante nexos onde este é exigido para estas serem protegidas pelo *Clean Water Act*; áreas artificialmente irrigadas que deveriam reverter para terras montanhosas; lagos artificiais ou reservatórios criados por escavação ou represas e usados exclusivamente para o estoque de água, irrigação, bases de decantação, ou para o cultivo de arroz; pequenas águas ornamentais criadas por escavação ou represamento por razões estéticas; depressões preenchidas por águas criadas artificialmente por construções; águas subterrâneas drenadas através de sistemas de drenagem subterrâneos e zonas com características de erosão, como depressões e regos que não são pântanos ou afluentes. [17]

Relevante não ignorar, como referem Keiser e Shapiro, em recente ensaio, publicado pela *Harvard University*, que em decorrência do *Clean Water Act*, aprovado em 1972, o governo americano investiu R\$ 1 trilhão de dólares para a diminuição da poluição, ou seja, US\$ 100 dólares por habitante e as concentrações de poluição nas águas caiu substancialmente [18] demonstrando a importância de se fazer investimentos e elaborar boas leis regulatórias para a proteção do meio ambiente. Para além do referido diploma – mais importante Lei Federal de regulação das águas nos Estados Unidos – também são aplicadas para a disciplina deste recurso vital as seguintes leis federais: *The Ocean Dumping Act*, *The Coastal Zone Management Act* e o *The Safe Drinking Water Act*. [19]

No Brasil são inúmeras as normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o meio ambiente em

geral e as águas de modo específico. Todavia, o sistema normativo de tutela ambiental deve ser interpretado pelo operador do direito de modo integrado como são os ecossistemas. Jamais esta interpretação e aplicação da lei devem se dar de modo isolado, ao pior estilo mecanicista, sob pena da ocorrência de conhecidos e nefastos resultados não raras vezes causadores de catástrofes ambientais.

Cabe ao juiz brasileiro, agente político do Estado Socioambiental de Direito, ser avesso ao utilitarismo em suas decisões e estar imbuído de responsabilidade ecológica. Não é facultado ao magistrado ignorar que dentro do sistema jurídico pátrio as normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a água e os demais bens ambientais não o fazem de modo isolado, estanque ou compartimentado, mas em harmonia com a ampla compreensão do meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração ou de novíssima dimensão. A aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais deve ser proporcional e efetiva, afastando especialmente insuficiências e retrocessos, a ponto de proteger a água como bem essencial aos ecossistemas e à vida dos seres humanos e não humanos das gerações presentes e, se pretende, futuras.

[1] Ver, LOVELOCK, James. *A rough ride to the future*. London: Penguin Group, 2014.

[2] Ver, SPINOZA, Benedictus de. *Ethics*. London: Penguin Books, 2005.

[3] Ver, KANT, Emmanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*. Scotts Valley, Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

[4] Ver, LEOPOLD, Aldo. *Sand County Almanac*. New York: Oxford University Press, 1949.

[5] Ver, PERTHUIS, Christian de; JOUVET, Pierre- André. *Green Capital*. New York, Columbia University Press, 2015.

[6] PERCIVAL, Robert et al. *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.p. 657.

[7] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 282.

[8] SIRVINKAS, Luis Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

[9] MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 885.

[10] *Ibid.*, p. 885.

[11] MILARÉ, *op. cit.*, p. 889.

[12] *Ibid.*, p. 889.

[13] *Ibid.*, p. 891.

[14] STJ, 2ª T., REsp 1352673/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/05/2014, DJe 07/11/2016.

[15] PERCIVAL, Robert et al. *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.p. 693.

[16] PERCIVAL, Robert et al. *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.p. 693.

[17] PERCIVAL, Robert et al. *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.p. 693.

[18] Sobre o tema, ver: KEISER, David; SHAPIRO, Joseph. *Consequences of the Clean Water Act and the Demand for Water Quality*. July (2018). Disponível em:

<https://economics.harvard.edu/files/economics/files/ms25975.pdf>. Acesso em: 20.01.2019.

[19] PERCIVAL, Robert et al. *Environmental Regulation: Law, Science and Policy*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.págs. 666-667.

Date Created

20/07/2019