



A NATUREZA JURÍDICA DISCRICIONÁRIA DA OUTORGA DIANTE DOS CONFLITOS PELOS USOS MÚLTIPLOS DA ÁGUA

*André Augusto Giuriatto Ferrazzo¹,
Gabriela Garcia Batista Lima Moraes²*

RESUMO

A outorga de direito de uso hídrico é um instrumento de racionalização dos usos múltiplos da água cuja natureza jurídica vem sendo contestada em conflitos hídricos. Diante da ausência de estipulação legal nesse sentido, o presente estudo busca apresentar as principais teses quanto à determinação da natureza jurídica da outorga por uma perspectiva de direito regulatório de modo conexo ao direito ambiental. Com amparo da revisão bibliográfica, normativa e da análise de casos de conflitos hídricos no âmbito do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, propõe-se que a natureza jurídica da outorga deve observar a disponibilidade hídrica como elemento mitigador da discricionariedade administrativa. Analisa-se, ainda, os impactos ambientais negativos decorrentes da redução dos valores de vazão hídrica e da concessão de declarações de reserva de disponibilidade, tendo-se em conta a perspectiva precaucional e os interesses dos diretamente envolvidos.

¹ Professor voluntário de Direito dos Desastres Ambientais na Universidade de Brasília - UnB. Doutorando e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB na Linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade. Pesquisador institucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN - UnB, atuando no desenvolvimento dos projetos de pesquisa em recursos marinhos, recursos hídricos e mudanças climáticas, com financiamento da FAP-DF e do CNPq. Assessor jurídico no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1 das matérias de direito previdenciário e servidor público civil e militar. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV e advogado.

² Professora Adjunta da Universidade de Brasília (2015-atual). Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES em um dos períodos de execução do Doutorado. Foi integrante do IX International Workshop for Young Scholars (WISH), em 2012, na Peking University, Shenzhen, China (com financiamento da organização do WISH). Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDDRI), com bolsa CAPES. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP). Bacharel (2007) em Direito, quando foi bolsista CNPq em iniciação científica. Na área de Pesquisa, é colíder do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN). É ainda coordenadora do Projeto de Pesquisa - Os Recursos Hídricos face às mudanças climáticas: a função do direito na implementação de medidas de adaptação - com financiamento do CNPq (2017-2020); e do Projeto de Pesquisa "Recursos Hídricos, Saneamento Básico e os efeitos da Mineração no Distrito Federal" com financiamento da FAP-DF (2018-2020).

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos hídrico; Outorga de direito de uso hídrico, Natureza jurídica; Redução de vazão outorgada; Declaração de reserva de disponibilidade hídrica.

THE DISCRETIONARY LEGAL NATURE OF THE WATER GRANTING IN THE FACE OF CONFLICTS FOR THE MULTIPLE USES OF WATER

ABSTRACT

The water grants in the Brazilian water resources policy is an instrument for rationalizing the multiple uses of water that has been raising doubts about its legal nature, especially in the context of water conflicts. In the absence of a legal stipulation in this regard, the present study seeks to present the main theses about the determination of the legal nature of the water grants from a perspective of regulatory law connected to environmental law. With the support of the bibliographic and normative revision and the analysis of cases of water conflicts within the scope of the National Water Resources Council, it is proposed that the legal nature of the water grant must observe water availability as a mitigating element of administrative discretion. It also analyzes the negative environmental impacts resulting from the reduction of water flow values and the granting of declarations of availability reserve, bearing in mind the precautionary perspective and the interests of those directly involved.

KEYWORDS: Water conflicts; Granting of water use rights, Legal nature; Flow reduction granted; Water availability reservation statement.

INTRODUÇÃO

A Outorga de direito de uso hídrico é o instrumento jurídico que possibilita gerenciar os múltiplos usos da água no Brasil. Por se tratar de um mecanismo central em torno de um recurso que apresenta usos intersetoriais, ela é amplamente utilizada e apresenta grande importância dentre os elencados pela Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), ao passo que desempenha um papel regulatório disciplinador fundamental para assegurar a disponibilidade de água em quantidade e qualidade³.

Entretanto, grande parte dos conflitos nacionais estabelecidos giram em torno de sua concessão. A Outorga apresenta importantes discussões, por exemplo, quanto à sua natureza jurídica, à sua alteração no processo de regularização hídrica, aos valores de vazão outorgada e, ainda, em razão das disputas pelos termos de sua concessão para realização dos usos múltiplos.

Antes de adentrar na análise dessas questões, necessário se faz compreender alguns aspectos teóricos e jurídicos do instrumento. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos é o instrumento por meio do qual se realiza o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso a ela. A competência para a emissão de Outorga é do poder público, federal ou estadual⁴, de acordo com o domínio das águas de abrangência da bacia hidrográfica a que se pretende a sua

³ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Instrumentos de gestão das águas* [recurso eletrônico] / Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Centro de Estudos e Debates Estratégicos; relator Félix Mendonça Júnior; Maurício Boratto Viana, Alberto Pinheiro – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 45 e 53.

⁴ De acordo com a CFRB 88, a água é de domínio da União e Estados e o art. 1º, I da PNRH (Lei nº 9.433/1997) estabelece que a água é um bem de domínio público. A Constituição Federal de 1988 define como bens da União, entre outros, “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” (art. 20, III), e são 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”.

emissão. Trata-se de ato administrativo a ser efetivado pela autoridade detentora do domínio do recurso hídrico referente ao pedido da outorga, podendo ainda ser objeto de delegação, no que diz respeito à outorga de competência do Poder Executivo Federal em relação aos Estados e ao Distrito Federal⁵.

Por meio da Outorga é possível realizar a integração entre o gerenciamento de recursos hídricos com a gestão ambiental. Isso porque a definição da Outorga e da respectiva quantidade de água a ser disponibilizada para os diversos usos, além dos critérios relativos à hidrologia, leva em consideração as opções e as metas de desenvolvimento social e econômico que tangenciam os múltiplos usos⁶. Diante dessa abertura é que se verifica a oportunidade de incrementar a capacidade de suporte ambiental, uma vez que se trata de um instrumento jurídico aplicável ao campo da gestão, mas que contribui potencialmente para o desenvolvimento sustentável, ao passo que insere preocupações socioambientais.

A medida de consideração do componente ambiental na concessão de Outorga deve ocorrer tendo em vista a expressão que a PNRH apresenta, como objetivo e diretriz geral de ação, a integração entre a gestão de recursos hídricos e a gestão ambiental⁷. Nesse aspecto, que se manifesta na articulação entre os instrumentos de Outorga e o de licenciamento⁸, tem-se a oportunidade de promover a integração dos recursos hídricos por uma perspectiva intersetorial. Isso se deve ao fato de que, ainda que a Outorga seja um elemento de gestão do setor hídrico, os demais setores usuários da água necessitam de sua concessão para realizar suas atividades. Nesse espaço de integração, tem-se a possibilidade de evitar a ocorrência de conflitos de interesses com impactos ambientais.

Considerando a intersetorialidade que o recurso apresenta⁹, a PNRH destacou expressamente os usos múltiplos da água e a utilização da Outorga para estes fins¹⁰. Em razão do caráter multicêntrico dos usos da água em diferentes contextos, esses usos podem se apresentar de modo concorrente, conduzindo a impactos e conflitos ambientais indesejáveis. Tais fatores ressaltam a necessidade da utilização da Outorga diante dos interesses ambientais, sociais e econômicos que o recurso detém, levando-se em conta o objetivo de desenvolvimento sustentável também elencado pela PNRH¹¹, a

⁵ Previsão do art. 14 e o seu §1º, PNRH (Lei nº 9.433/1997).

⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁸ Sobre a temática da articulação dos procedimentos para obtenção da Outorga com os procedimentos do licenciamento ambiental, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos aprovou duas resoluções específicas a nº 65/2006 e a 129/2011.

⁹ FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Direito e a Aplicação do Nexo Água-Alimento-Energia: Antigos Pressupostos e Novas Abordagens para a Integração na Gestão dos Recursos Hídricos.in. NOMOS. Vol.38 n. 02. Jul/dez. 2018.

¹⁰ PNRH, Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; Art. 13. Toda Outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso. Parágrafo único. A Outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes. BRASIL. Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹¹ PNRH, Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com

fim de se assegurar água em quantidade e qualidade para as gerações presentes e futuras.

Assegurar os usos múltiplos do recurso em cenários de escassez hídrica é um desafio de gestão que enfrenta questionamentos de diversas naturezas. No que se refere à Outorga, este artigo volta-se para a análise de três questões elegidas a partir de casos nacionais de conflitos hídricos de interesse, a partir da revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

Num primeiro momento, questiona-se o caráter de precariedade que a outorga apresenta e suas repercussões no processo de regularização hídrica, a fim de se identificar a natureza jurídica do instrumento (1). Em seguida, analisa-se a alteração dos valores de vazão hídrica da Outorga e o potencial conflituoso dessa medida devido à garantia dos usos múltiplos e à possibilidade de impactos ambientais negativos, bem como destaca-se a atuação precaucionária na concessão de declarações de reserva de disponibilidade e na concessão de outorgas (2).

1 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA DE DIREITO DE USO DA ÁGUA E SEU CARÁTER PRECÁRIO COMO ELEMENTO CONFLITUOSO NO PROCESSO DE REGULAÇÃO HÍDRICA

Embora o direito de uso seja um traço definido da Outorga, a PNRH não possui previsão quanto à sua natureza jurídica, aspecto que leva a questionar a precariedade do ato¹². Por um lado, a Outorga pode ser apontada como um ato administrativo de caráter precário, por outro, pode haver características de direito adquirido. No entanto, uma análise a partir de uma perspectiva ambiental de modo conexo à administrativa, pode apontar que a Outorga é um ato de discricionariedade mitigada, com características de uma discricionariedade técnica¹³ que tem como base a disponibilidade e qualidade hídrica.

Preliminarmente, vale ressaltar que a Outorga não confere o direito de disposição da água, circunscrevendo-se ao simples direito de uso, conforme estabelece o art. 18, da Lei nº 9.433/97¹⁴. O uso da água por terceiro particular como um recurso hídrico carrega consigo a obrigação de que seja destinada à sua própria finalidade, que pode ser limitada pela Administração Pública, mas não desvirtuada de seu fim natural.

vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais; IV - incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹² Uma busca realizada nos sites do Superior Tribunal de Justiça pelos termos “outorga de direito de uso de recursos hídricos + precariedade ou precário” não apresentou resultados que apontassem para a judicIALIZAÇÃO de demandas dessa natureza, restando incerto o possível entendimento jurisprudencial a esse respeito.

¹³ Sobre o tema, entende-se pela discricionariedade técnica nos termos de Carvalho Filho, que ressalta a sua diferença em relação à discricionariedade administrativa, ao observar que, enquanto essa última se refere à margem geral de escolha conferida sobre uma tomada de decisão da Administração Pública, a discricionariedade técnica diz respeito à aplicação dos métodos próprios de outras ciências que lhe conferem informações técnicas-científicas em concreto que auxiliam na tomada de decisão. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 30-31.

¹⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 179.

Devido à amplitude do uso do instrumento e por se tratar do meio pelo qual se torna possível utilizar a água, impactando, portanto, em todos os usos e setores que dependem do fornecimento de água para a realização de suas atividades, uma primeira questão sobre esse tema deve ser levantada: qual é a natureza jurídica da Outorga?

Essa questão, que inicialmente se afigura simples, tem sido o cerne das discussões acerca do Caso do Rio São Marcos e apresenta repercussões em toda a gestão hídrica nacional, ao passo que afeta o tratamento da Outorga em empreendimentos hidrelétricos. É o que se extrai das transcrições das reuniões número 145 e 146¹⁵ realizadas no âmbito da Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais¹⁶ (CTIL) do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), que ocorreram nos dias 25 e 26 de setembro e 13 de novembro de 2018¹⁷.

Essa discussão teve lugar a partir do processo de regularização da bacia do rio São Marcos. Quando do estabelecimento do marco regulatório do rio São Marcos, foi necessário rever a Outorga concedida para a usina hidrelétrica de Batalha, a fim de aumentar a quantidade de água disponível para uso agrícola localizado a montante da barragem até o limite permitido por lei, o que ocasionou uma redução de 5% na produção esperada de energia elétrica. É o que se verifica nas Resoluções nº 362 e 564, de 2010 da ANA, que alteraram o valor de vazão para os usos consuntivos a montante da UHE Batalha.

Além do uso prioritário para a irrigação, o processo de regularização de direitos de água no rio São Marcos pode envolver um elemento de realocação do recurso, por exemplo, na medida em que as Outorgas passam a ser emitidas com base em pressupostos de uso eficiente da água, ao invés da prática corrente no rio, como a geração de energia¹⁸.

Longe de se pretender esgotar toda a discussão sobre a natureza jurídica do instrumento, podem-se destacar dois principais argumentos para responder a essa questão, a partir do que se extrai das reuniões realizadas no âmbito da CTIL sobre o Caso de São Marcos.

A compreensão da natureza jurídica passa pela análise dos elementos jurídicos que aperfeiçoam esse ato e apresentam diferentes repercussões, a depender da forma

¹⁵ Trata-se dos itens 12 e 5 das pautas das respectivas reuniões que se referem à avaliação do pedido da ABRAGE/ABRAGEL referente ao recurso contra a Deliberação Nº 88 do CBH Paranaíba, de 27 de março de 2018, que aprova diretrizes para regulação de usos de recursos hídricos, na bacia do rio São Marcos, afluente do rio Paranaíba. Processo 02000.014618/2018-10. CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018*. Item 2 – Transcrição da 145ª reunião da Câmara técnica legal e institucional – CTIL-CNRH 26 09 2018, p. 30.

¹⁶ A Câmara Técnica Legal e Institucional compete acompanhar, analisar e emitir pareceres sobre a legislação nacional de recursos hídricos. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Competências. in. *Câmara Técnica de Assuntos Legais e Institucionais - CTIL*. Disponível em: < <http://cnrh.mdr.gov.br/competencias> >. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹⁷ Conforme consta nas informações do site do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, não houve outras reuniões nessa câmara desde aquela data. A CTIL foi extinta com o Decreto 10.000 de 2019, da Presidência da República, dando lugar à Câmara de Técnicas de Assuntos Legais, cujas reuniões retornaram apenas em 2020, sendo suspensas pela pandemia do novo Coronavírus. CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018 e 146ª Reunião 13 de novembro de 2018*. Disponível em: < <http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018> >. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 225.

como essa natureza é determinada. Por um lado, tem-se a tese defendida pelo setor hídrico e alimentício¹⁹ de que a natureza jurídica da Outorga é de ato administrativo de autorização, o que ressaltaria o caráter precário do instrumento (1.1). Do outro lado, sustenta o setor elétrico a tese de que a natureza jurídica da Outorga de uso de recursos hídricos é de direito adquirido, conferindo maior certeza jurídica quanto à disponibilidade hídrica inserida nos termos da Outorga (1.2).

Ao analisar as teses expostas nas reuniões do Conselho Nacional de Recursos Hídricos com base no Direito Ambiental, a partir da aplicação do Princípio da Integração na gestão dos recursos hídricos nacionais, bem como das possíveis implicações diante da escolha das teses defendidas a partir de uma perspectiva consequencialista, defende-se que a outorga de uso de recursos hídricos apresenta natureza jurídica de ato administrativo de discricionariedade mitigada (1.3).

1.1 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA COMO ATO ADMINISTRATIVO DE CARÁTER PRECÁRIO

Associada ao exposto pela Agência Nacional de Águas (ANA), irrigadores e produtores agrícolas nas reuniões da CTIL, a primeira tese sustenta que a Outorga pode ser compreendida como ato administrativo de caráter precário. Essa compreensão parte do que se observa na Lei n° 9.984, de 17 de julho de 2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas para a implementação da PNRH e instituição de normas para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico²⁰.

Em regra, a autorização por ato administrativo possui caráter unilateral, discricionário, uma vez que é concedido de acordo com a análise de conveniência e oportunidade. Ao ser considerado ato precário, não há direito subjetivo do particular à autorização. Trata-se do ato "pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração"²¹.

Inicialmente, vale destacar que o artigo 4° da referida lei determina que a atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da PNRH. Dentre eles, destaca-se a integração e a Outorga, os quais serão desenvolvidos em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. No inciso IV, o artigo 4° elenca, dentre as obrigações da ANA, a atribuição de outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União²².

¹⁹ O setor alimentício no âmbito das reuniões da CTIL pode ser observado pela participação dos irrigadores e produtores agrícolas que se filiam à tese de que a Outorga, no Caso do rio São Marcos, tem caráter precário. Isso porque esse entendimento implica na redução da vazão para a UHE Batalha, o que aumenta a quantidade de água disponível para a produção agrícola e agropecuária.

²⁰ BRASIL. Lei n° 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190; PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

²² Art. 4° A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: IV – Outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º; BRASIL. Lei n° 9.984, de 17 de julho

Em seguida, o artigo 5º da Lei nº 9.984/ 2000 dispõe sobre os limites de prazos nas Outorgas, estabelecendo como marco temporal para o início da contagem a data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização²³. Há de ser ressaltar, contudo, a presença de previsão de prazo para a vigência do ato administrativo permite um aparente questionamento acerca do alcance da sua precariedade e a possibilidade de existir traços de um ato vinculado, já que o prazo de validade de uma Outorga confere alguma previsibilidade e garantia ao seu detentor, sobre até quando o ato estará em vigor. Contudo, sendo o ato é passível de revisão ante razões de fato, de direito, de conveniência e oportunidade, a discricionariedade permanece como natureza dominante do ato administrativo, independente de qualquer discussão sobre a sua precariedade ou não.

Além disso, a Instrução Normativa nº 4, de 21/06/2000, do Ministério do Meio Ambiente definiu a Outorga de direitos de uso de recursos hídricos como um “ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público Outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas do respectivo ato”²⁴.

Pelo exposto na lei, torna-se bastante claro que a Outorga seria, então, um ato administrativo de autorização que se insere na competência discricionária da Administração, caracterizando-se pela precariedade e revogabilidade a qualquer tempo. No caso da Outorga, ainda que o particular interessado na autorização possa preencher os requisitos para a concessão, isso não gera direito subjetivo, não havendo que se falar em qualquer direito preexistente, além da atividade objeto do requerimento do particular ser, em princípio, vedada, comportando exceções a partir das considerações de oportunidade e conveniência pelo Poder Público competente²⁵.

Diante da ausência de direito subjetivo e da possibilidade de alteração ou revogação da Outorga²⁶ a qualquer momento mediante motivação, não há direito a indenização ao outorgado. Isso se deve ao fato de que a vigência da Outorga é fundamentada no interesse público, ainda que seja concedida para particular e, além disso, a incerteza

de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²³ Art. 5º Nas Outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: I – até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da Outorga; II – até seis anos, para conclusão da implantação do empreendimento projetado; III – até trinta e cinco anos, para vigência da Outorga de direito de uso. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

²⁵ COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza Jurídica da Licença Ambiental. pp. 86-107. in. *Prim@ Facie – Direito, História e Política*. vol. 4. n. 6, 2005. p. 100-101.

²⁶ Art. 15. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo Outorgado dos termos da Outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

diante da disponibilidade hídrica não possibilita assegurar qualquer tipo de direito adquirido aos outorgados²⁷.

1.2 A NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO ADQUIRIDO DA OUTORGA

A segunda tese que se extrai das discussões no CNRH sobre o Caso do Rio São Marcos é sustentada pelos usuários do setor elétrico. A PNRH possibilita a concessão da Outorga por prazos longos, em até 35 anos²⁸, considerando, portanto, um longo período para que seja possível a construção dos empreendimentos necessários ao desempenho das atividades pretendidas, uma vez que a Outorga é um requisito essencial para o uso do recurso e também pressuposto para o licenciamento ambiental.

Essa inteligência do legislador buscou conferir um horizonte de planejamento para que se tornasse viável a execução das atividades pretendidas para o usuário e que são percebidas pela Administração como capazes de alcançar a finalidade pública do uso do recurso, como a geração de energia. Como uma forma de trazer segurança a esse planejamento, a Lei nº 9.984 de 2000, nos artigos 6º e 7º, confere à ANA a faculdade de emitir Outorgas preventivas de uso de recursos hídricos, com a finalidade de declarar a disponibilidade de água para os usos requeridos.

A Outorga preventiva se destina a reservar a vazão passível de Outorga, possibilitando aos investidores o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos²⁹. Além disso, a concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica de corpo de água de domínio da União serão precedidas de Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH), transformada automaticamente em Outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica³⁰. A lei ressalta, ainda, que tanto a Outorga preventiva quanto a DRDH estão condicionadas às prioridades de

²⁷ CAROLO, Fabiana. *Outorga de Direito de uso de Recursos Hídricos: instrumento para o desenvolvimento sustentável? Estudo das bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí*. Dissertação de mestrado. Centro de Desenvolvimento sustentável. Universidade de Brasília: Brasília, 2007.

²⁸ Art. 5º Nas Outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: III – até trinta e cinco anos, para vigência da Outorga de direito de uso. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²⁹ Art. 6º A ANA poderá emitir Outorgas preventivas de uso de recursos hídricos, com a finalidade de declarar a disponibilidade de água para os usos requeridos, observado o disposto no art. 13 da Lei nº 9.433, de 1997. § 1º A Outorga preventiva não confere direito de uso de recursos hídricos e se destina a reservar a vazão passível de Outorga, possibilitando, aos investidores, o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos. § 2º O prazo de validade da Outorga preventiva será fixado levando-se em conta a complexidade do planejamento do empreendimento, limitando-se ao máximo de três anos, findo o qual será considerado o disposto nos incisos I e II do art. 5º. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³⁰ Art. 7º A concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica e a construção de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis em corpo de água de domínio da União serão precedidas de declaração de reserva de disponibilidade hídrica. § 1º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será requerida: I - pela AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, para aproveitamentos de potenciais hidráulicos; § 3º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será transformada automaticamente pelo respectivo poder Outorgante em Outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica ou que for responsável pela construção e operação de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis. § 4º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica obedecerá ao disposto no art. 13 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverão respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, além de preservar o uso múltiplo desses recursos.

A licitação para a concessão ou autorização do uso de potencial de energia elétrica deve ser precedida da obtenção de Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica concedida pela ANA a pedido da ANEEL. A DRDH é de fundamental importância para o contrato de concessão, uma vez que é por meio dela que se estabelece o cálculo das garantias físicas³¹, elemento que torna possível estipular o potencial da geração de energia elétrica do empreendimento a ser instalado.

Por essa razão, acredita-se que esse componente da Outorga resta incorporado ao contrato de concessão de modo que não poderia o Poder Público alterá-las, por estar vinculado ao que foi estabelecido em do contrato de concessão, o qual apresenta certeza jurídica. Entende-se, portanto, que essa situação ensejaria em um uso consolidado. Diante disso, haveria um direito adquirido em face da autorização concedida, incorporada ao contrato, líquido e certo, obstando, desse modo, posterior revisão sem indenização.

1.3 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA COMO ATO ADMINISTRATIVO DE DISCRICIONARIEDADE MITIGADA

A respeito das teses apontadas, algumas considerações podem contribuir para o entendimento sobre a natureza jurídica da Outorga. Inicialmente, deve-se lembrar de que a outorga não é definitiva, apresentando prazo máximo e podendo haver renovação ou suspensão do direito de uso³². A Outorga é o instrumento que visa garantir o acesso a um recurso escasso que se manifesta como um insumo básico para um processo produtivo³³, característica que ressalta a intrínseca relação entre a sua concessão e a disponibilidade hídrica.

De acordo com o art. 13 da PNRH, o deferimento da Outorga está condicionado às prioridades de uso legais, às prioridades estabelecidas pelos Planos de Recursos

³¹ A garantia física é o Montante, em MW médios, correspondente à quantidade máxima de energia relativa à Usina que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos, estabelecido na forma constante da Portaria MME nº 258, de 28 de julho de 2008. Essa informação é essencial para garantir o financiamento dos projetos hidrelétricos, uma vez que possibilita estimar o rendimento capital da geração de energia elétrica de uma UHE a ser fornecido para futuros consumidores. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Garantia Física - Resolução Normativa ANEEL n. 514, de 30 de outubro de 2012*. in. Busca. Disponível em: <<http://bit.ly/2NIsb56>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³² PNRH, Art. 15. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo Outorgado dos termos da Outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água. Art. 16. Toda Outorga de direitos de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a trinta e cinco anos, renovável. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

Hídricos³⁴, ao enquadramento dos corpos de água³⁵, à manutenção das condições adequadas para o transporte aquaviário e à preservação do uso múltiplo. Quanto a esses aspectos, a Outorga apresenta traços de natureza vinculada, pela qual se identifica alguns dos seus limites legais, sendo concedida conforme a existência de tais requisitos na análise de cada caso³⁶.

A partir de tais considerações, uma análise de direito ambiental conjugada com a administrativa sustenta a tese de que a Outorga é um ato de discricionariedade mitigada, com características de discricionariedade técnica. O elemento de caráter técnico-ambiental que fundamenta essa concepção é, precisamente, a disponibilidade hídrica, podendo, ainda, haver relação com os outros requisitos legais associados à outorga, como a prioridade do uso da água.

Vale lembrar, a discricionariedade de um ato administrativo³⁷ adentra uma prerrogativa específica dos agentes administrativos de escolherem, entre as várias condutas possíveis, a que interpretarem ser a que melhor atende os interesses da coletividade, com critérios de oportunidade e conveniência³⁸. De modo geral, os limites da discricionariedade estão na lei e nos princípios legais, o que não é de todo evidente como em um ato exclusivamente vinculado, para o qual os requisitos e as características estão certos e precisamente impostos pela lei, sem margem de escolha. É nesse âmbito mitigatório ou limitador da discricionariedade que as reflexões sobre a discricionariedade técnica ganham espaço.

Nos termos de Carvalho Filho, a discricionariedade técnica orienta para o uso de informações técnicas para auxiliar a tomada de decisão que, neste caso, resultará no ato administrativo. O autor reflete sobre as diferenças entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, ressaltando a primeira estar relacionada à ponderação sobre os meios e a forma de aplicação do interesse público, diante da margem de escolha conferida legalmente sobre uma tomada de decisão da Administração Pública; e a segunda – a discricionariedade técnica, diz respeito à aplicação dos métodos próprios de outras ciências que lhe conferem informações em concreto que auxiliam na tomada de decisão, quando há mais de uma solução a ser adotada³⁹.

³⁴ Os Planos de Recursos Hídricos, de modo geral, correspondem a um importante instrumento de gestão das águas. Concentram informações sobre os usos e diferentes repercussões hídricas, energéticas, sociais, ambientais, entre outras. Devem ser elaborados por Bacia Hidrográfica e por Estado (art. 8º da Lei nº 9.433/1997), sendo a sua elaboração de competência das Agências de águas, no âmbito das suas áreas de atuação (art.44, X, Lei n.9.433/97).

³⁵ O enquadramento dos corpos hídricos em classes tem como finalidade compatibilizar a qualidade do corpo hídrico com o uso mais restritivo ao qual é destinado e de gerenciar os custos envolvendo o combate à poluição, por meio de ações preventivas (inciso II, art. 5º da Lei 9.433 de 1997). Sobre o enquadramento, ver ainda: Resolução 357/05 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) 357/05; Resolução do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) n.º 91 de 2008, entre outras.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 59.

³⁷ Nos termos clássicos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é a “margem de liberdade que remanesce ao administrador como resultado da indeterminação quanto ao modo concreto de satisfazer, em cada caso, o resultado querido pela lei”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1984, p.214.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.54.

³⁹ Para uma melhor exemplificação da discricionariedade técnica, o autor retrata a atuação das agências reguladoras e as regulamentações que decorrem de exames técnicos sobre determinado meio especializado. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 30-31.

Essas informações técnicas que auxiliam na tomada de decisão sobre a Outorga pelo direito de uso da água, podem ser aqui exemplificadas pelas informações sobre a base da disponibilidade, qualidade hídrica, definição de prioridades no uso múltiplo, entre outras.

Havendo disponibilidade hídrica para a concessão ou renovação do ato, em termos quantitativo e qualitativo, deve-se observar as prioridades de uso estabelecidas nos planos de recursos hídricos, a prioridade legal e a ancestralidade do pedido. Diante desses fatores, a discricionariedade para a concessão apresenta certo grau de vinculação, atente aos limites legais, e que não podem ser desconsiderados diante do pedido de Outorga. Esses elementos afastam a possibilidade de a Administração estabelecer a alocação de uso da água de modo arbitrário.

Mas há, contudo, uma mutabilidade que não possibilita o caracterizar como direito adquirido. Não se pode olvidar, conforme ressalta a PNRH, a existência das prioridades estabelecidas pela lei e pelos Planos de Bacia Hidrográfica, as quais vinculam o direito de uso da água.

Nesse sentido, frente à indisponibilidade hídrica, ou diante da alteração de algum componente relativo ao enquadramento dos corpos hídricos, a precariedade do ato se torna ainda mais evidente. Os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público garanta o fornecimento e a existência da quantidade de água indicada na DRDH que será convertida em Outorga, podendo modificá-la, desde que suficientemente motivada, a partir da análise do interesse público⁴⁰.

Em suma, havendo disponibilidade, a Outorga se torna um ato potencialmente vinculante, mas ainda permanece predominantemente discricionário. Nesses termos, sempre que faltar disponibilidade hídrica, a Outorga pode ser alterada, ao passo que essa disponibilidade se insere numa consideração de riscos e mudanças climáticas capazes de ensejar alterações nos termos da sua concessão. Uma vez que essa disponibilidade hídrica tenha se esvaído, deverá se observar as prioridades de uso estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica e a prioridade legal para o abastecimento humano e a dessedentação de animais.

Ao se considerar o cenário de incerteza diante das alterações climáticas que afetam os ciclos das chuvas e, conseqüentemente, a existência de água, parece claro que não há direito adquirido à disponibilidade hídrica por meio da Outorga, uma vez que a esses fatores impossibilitam ao Poder Público assegurar a existência do recurso natural. Há, de fato, uma vinculação do ato administrativo para a concessão, que se ampara na disponibilidade hídrica e nos usos prioritários estabelecidos em função dessa disponibilidade. Contudo, não se deve confundir a vinculação do ato administrativo com a natureza de direito adquirido, na medida em que a água, como recurso natural de uso comum do povo⁴¹, não pode ser caracterizada como uma propriedade.

A implicação prática de se entender a natureza jurídica da Outorga como ato administrativo precário reside na possibilidade de, a partir dessa característica, conferir maior abertura para a discricionariedade da Administração Pública na gestão do recurso, de modo que seja possível prezar pelos usos múltiplos do bem e garantir a vazão

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 14-15.

ecológica⁴². Isso porque é possível suspender, reduzir ou modificar os termos da Outorga de acordo com o interesse público da administração a partir das considerações realizadas pelos órgãos gestores, como vem ocorrendo na UHE Batalha com as sucessivas reduções de vazão.

2 OS MECANISMO DE GARANTIA DOS USOS MÚLTIPLOS EM SITUAÇÃO DE ESCASSEZ E SEUS IMPACTOS AMBIENTAIS

A alteração dos termos de uso da Outorga pode ser um artifício que visa ganhos ambientais para a gestão hídrica, uma vez que se trata de uma medida normativa de racionalização. Contudo, a utilização desse recurso, especialmente em situações de escassez hídrica, implica em conflitos de interesse, uma vez que a redução da vazão Outorgada em um local específico da bacia hidrográfica implica em alteração do volume disponível tanto à montante quanto à jusante. Essas alterações podem acarretar impactos ambientais indesejáveis, uma vez que influencia na vazão ecológica dos rios, e trazer consequências que obstam a garantia dos usos múltiplos, contrariando, assim, uma das finalidades da Outorga.

Para a proteção ambiental da água, a alteração da vazão outorgada possibilita que, a depender da disponibilidade hídrica que se verifique na situação concreta, ocorra a proteção ambiental do recurso, a continuidade de prestação dos serviços público, além de assegurar o uso múltiplo, na medida em que passam a preservar um volume útil de vazão da água (2.1). Outra importante ferramenta de proteção dos recursos hídricos é a suspensão da concessão de outorgas e das declarações de reserva de disponibilidade hídrica, que apresentam forte caráter de precaução ambiental, assim como materializam a participação democrática na gestão compartilhada da água (2.2)

2.1 A ALTERAÇÃO DA VAZÃO OUTORGADA COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS USOS MÚLTIPLOS DA ÁGUA

Um caso que envolve a redução das vazões no uso da água com objetivo de preservar os usos múltiplos e a geração de energia toma lugar no Rio São Francisco⁴³. A Ação Civil Pública nº 0800279-14.2016.4.05.8504⁴⁴, que tramita na 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe, área de jurisdição do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apresenta uma demanda da Sociedade Sócio-Ambiental do Baixo São Francisco - Canoa de Tolda em face da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, da

⁴² Mesmo com a captação de água deve-se garantir uma quantidade mínima de água nos corpos hídricos, vital para a manutenção dos ecossistemas fluviais. Esse mínimo é denominado vazão ecológica ou ambiental, como também de águas residuais, águas remanescentes, vazão reduzida, dentre outras denominações. A vazão ecológica é a quantidade de água que deve permanecer no leito dos rios para atendimento das demandas do ecossistema aquático, para preservação da flora e da fauna relacionada ao corpo hídrico. VESTENA, Leandro Redin; OLIVEIRA, Ederson Dias de; CUNHA, Márcia Cristina da; THOMAZ, Edivaldo Lopes Thomaz. Vazão ecológica e disponibilidade hídrica na bacia das Pedras, Guarapuava-PR. in. *Ambi-Água*, Taubaté, v. 7, n. 3, p. 212-227, 2012.

⁴³ O rio São Francisco nasce na Serra da Canastra (MG) e chega à sua foz, no Oceano Atlântico, entre Alagoas e Sergipe, percorrendo cerca de 2.800 km, passando por Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Alagoas e Sergipe. A área possui 503 municípios e engloba parte do Semiárido, que corresponde a aproximadamente 58% dessa região hidrográfica, que está dividida em quatro unidades: Alto, Médio, Submédio e Baixo São Francisco. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁴ Outras duas demandas similares a essa tramitam no mesmo juízo. São as Ações Cíveis Públicas nº 0801538-90.2015.4.05.8500 e nº 0801113-29.2016.4.05.8500.

União, do IBAMA e da ANA, devido à degradação da qualidade da água em razão das sucessivas reduções de vazão solicitadas pela geradora de energia⁴⁵.

A principal alegação é de que a qualidade da água do Rio São Francisco para o abastecimento humano e para a navegabilidade estaria sendo afetada pelo surgimento da flora de macrófitas aquáticas e de diversas espécies de algas, com aumento de áreas ameaçadas por processos de eutrofização e da produção de substâncias tóxicas. A razão desse crescimento desequilibrado de algas estaria relacionada à redução de vazão praticada pela CHESF, autorizada pela ANA e pelo IBAMA com início em abril de 2013, uma vez que as usinas de Xingó⁴⁶ e Sobradinho⁴⁷ passaram a operar com vazões em até 550 m³/s⁴⁸, bastante inferiores aos 1300 m³/s estabelecidos inicialmente no licenciamento ambiental.

No tocante às sucessivas reduções, deve-se considerar que a Lei nº 9.984 de 2000 determina a competência da ANA para definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos Planos de Recursos Hídricos das respectivas bacias hidrográficas⁴⁹. Essa disposição auxilia a ANA na garantia dos múltiplos usos da água, evitando que ocorra o favorecimento de algumas atividades, ainda que de importância nacional, como a geração de energia em detrimento das demais.

No caso do Rio São Francisco, em especial, outra disposição normativa gera importante discussão, uma vez que se trata de uma região constantemente afetada por eventos de indisponibilidade hídrica. A Lei de criação da ANA prevê, ainda, a responsabilidade da agência para planejar e promover ações articuladas que se destinam a prevenir e minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos⁵⁰.

⁴⁵ Todas as peças referentes ao andamento da ação civil pública em comento, até a data de outubro de 2018, foram encaminhadas pela procuradoria da ANA para o e-mail do autor através de solicitação realizada em uma reunião junto à agência, uma vez que se trata de ação pública.

⁴⁶ Localizada entre Alagoas e Sergipe, a hidrelétrica de Xingó também é operada pela CHESF. Com capacidade de armazenamento de 3,8 trilhões de litros em seu reservatório, tem uma potência instalada de 3.162.000 kW e está a 179 km da foz do São Francisco, entre os municípios de Piaçabuçu (AL) e Brejo Grande (SE). AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁷ A hidrelétrica de Sobradinho fica na Bahia, a 748 km da foz do rio São Francisco. Além da geração de energia, o reservatório cumpre o papel de regularização dos recursos hídricos da região, que abrange municípios como Juazeiro (BA) e Petrolina (PE). Operada pela CHESF, a hidrelétrica tem potência instalada de 1.050.300 kW e seu reservatório tem capacidade de armazenamento de 34.117 hectômetros cúbicos (34,117 trilhões de litros) – maior da bacia do São Francisco. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁹ Lei nº 9.984 de 2000, Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: XII – definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas; BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁰ Lei nº 9.984 de 2000, Art. 4º X – planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e

Diante de tais elementos, a ANA justifica a emissão de Resoluções⁵¹ que autorizam temporariamente a redução das descargas mínimas dos reservatórios de Sobradinho e Xingó como uma medida de gestão em face das condições hídricas críticas que se apresentaram para o caso. Com a redução da disponibilidade hídrica que a região enfrenta desde 2013, as resoluções que autorizam a redução da vazão se apresentam como medidas que visam preservar o estoque de água disponível nos reservatórios, frente à sua importância para o atendimento aos usos múltiplos que já estão Outorgadas e para o abastecimento de várias cidades da região.

A primeira redução se deu com a Resolução nº 442/2013 da ANA, que permitiu a redução da vazão mínima outorgada para 1.100 m³/s em vez dos 1.300 m³/s adotados em situação de normalidade hidrológica. Em abril 2015, a ANA editou a Resolução nº 206/2015, que manteve a prática dos 1.100 m³/s, mas permitiu a redução para 1.000 m³/s nos dias úteis e sábados de 0h a 7h e durante todo o dia aos domingos e feriados. Já de junho a dezembro daquele ano, a Resolução nº 713/2015 permitiu a redução do patamar mínimo para 900 m³/s. Em janeiro de 2016, ocorreu a redução para 800 m³/s, com a publicação da [Resolução nº 66/2016](#), vazão adotada até 31 de outubro do ano. O patamar de 700 m³/s foi estabelecido pela Resolução nº 1.283/2016, com previsão até março de 2017, a partir do qual a ANA passou a adotar o critério de defluência mínima média diária.

Com a [Resolução nº 347/2017](#), a descarga mínima de Sobradinho passou a poder ser realizada instantaneamente a partir de 665 m³/s, desde que a média diária total fosse de 700 m³/s. De abril a julho de 2017, a [Resolução nº 742/2017](#) autorizou a prática acima de 570 m³/s com a média diária de 600 m³/s. De julho em diante, a [Resolução nº 1.291/2017](#) autorizou a prática de uma liberação de água acima de 523 m³/s, garantindo a média de 550 m³/s.

A ANA alega, ainda, que a redução da vazão mínima dos reservatórios de Sobradinho e Xingó se confirma como uma medida para garantir os usos múltiplos. Isso por que simulações mostram que, se as reduções não tivessem sido postas em prática, o reservatório de Sobradinho teria esgotado seu volume útil ainda em outubro de 2014, ocasionando a perda da capacidade de regularização para o atendimento aos usos múltiplos da água⁵².

A partir dessas estimativas, as reduções de vazão evitaram o agravamento da escassez de água na bacia do rio São Francisco e, por consequência, mantiveram o atendimento aos usos múltiplos e preservaram o abastecimento humano como prioridade. Ainda que possa se verificar o surgimento de algas, cenário pior de escassez hídrica poderia ocorrer caso essas medidas não tivessem sido tomadas, o que agravaria o impacto socioambiental em situações de indisponibilidade hídrica.

A CHESF chama atenção para o fato de que a redução de vazão não favorece apenas o setor de geração de energia, mas também o abastecimento humano, a irrigação e

Municípios. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵² BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 498.

a indústria da região, viabiliza a navegação e busca assegurar as atividades de pesca, turismo e lazer⁵³. Além disso, destaca a importância da energia elétrica para o atendimento dos usos da população e para o crescimento econômico do país, constituindo-se serviço público indispensável que se ampara no princípio da continuidade de sua prestação⁵⁴.

No caso do rio São Francisco, a redução da vazão nos reservatórios de Sobradinho e Xingó pode apresentar, como se nota pelas alegações das partes, aspectos positivos e negativos para preservação do recurso em situação de crise hídrica. A real compreensão dos efeitos que podem ser originados pela redução ou não redução da vazão restam incertos, aguardando avaliação pericial no bojo do processo analisado para esse caso.

Conforme a audiência de saneamento cooperativo realizada em 01 de agosto de 2018, a justiça federal entendeu pela necessidade da realização de inspeção judicial para verificação *in loco* dos problemas apresentados, mormente nos pontos de captação de água na extensão do Rio São Francisco objeto de investigação. Após a inspeção, será realizada prova pericial com base nos quesitos a serem apresentados oportunamente pelas partes envolvidas⁵⁵.

A partir do resultado dos estudos e da análise das provas especificadas é que será possível entender as reais causas da degradação da qualidade da água e, então, determinar o nexos causal, indispensável à responsabilidade civil objetiva por dano ambiental para a configuração do dever de reparação. No entanto, a insuficiência de integração das medidas adotadas para essa situação de crise hídrica se apresenta de modo bastante claro.

O enfrentamento da situação hídrica pela qual passa o rio São Francisco, de fato, requer a implementação de medidas que sejam capazes de atenuar os efeitos da escassez de água sob os usos múltiplos. Por essa razão, a atuação dos demandados para a redução da vazão apresenta justificativa suficiente na garantia de algum grau de segurança hídrica para que seja possível gerenciar os usos prioritários e os usos múltiplos da região⁵⁶. Contudo, a prática de medidas de gestão deve ser acompanhada de medidas que busquem a redução dos riscos ambientais.

Nesse cenário, a setorização hídrica é marcada pela atuação dos atores que gerenciam o recurso hídrico de modo desconexo com o órgão ambiental em uma questão hidrelétrica. A ANA tem responsabilidade sobre as condições de operação de

⁵³ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 845.

⁵⁴ O princípio da continuidade do serviço público ressalta a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. Pode ser entendido como um subprincípio derivado da obrigatoriedade do desempenho de atividade administrativa que, por sua vez deriva do princípio fundamental da indisponibilidade do interesse público para a Administração. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 706.

⁵⁵ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 2291.

⁵⁶ Situação semelhante foi observada no Caso da bacia do Rio Piranhas-Açu, em que o uso intensivo das águas do sistema Curema-Açu vinha causando conflitos entre os usuários, principalmente para irrigação e carcinicultura, e entre o poder público dos Estados da Paraíba e Rio Grande do Norte. AMORIM, Alcides Leite de; RIBEIRO, Márcia Maria Rios; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN. pp. 36-45. in. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*. vol. 21, n. 1, Porto Alegre, jan-mar 2016.

reservatórios e deve atuar para garantir o uso múltiplo de recursos hídricos⁵⁷, o que ocorre por meio de resoluções que autorizam a redução da vazão concedida na Outorga. Já o IBAMA não deve ser omissivo em relação a condutas potencialmente danosas ao meio ambiente⁵⁸, como se verifica nas sucessivas Autorizações Especiais que permitiram reduções da vazão do Rio São Francisco.

O que se percebe na análise do caso, a partir dos elementos colacionados à Ação Civil Pública em questão, é que a formação de algas e a degradação da qualidade da água apresenta alguma relação com as reduções de vazão, como apontam até mesmo as notas técnicas apresentadas pelo IBAMA ao longo do processo⁵⁹. Mas essa relação de causalidade ainda é permeada de grande incerteza, podendo ter origem em outros fatores que atingem a região do Rio São Francisco. Essa incerteza poderia ter sido evitada pela atuação do IBAMA com a exigência de estudos ambientais, típicos do procedimento de licenciamento ambiental, para avaliar se a redução da vazão é uma medida ambientalmente aceitável diante dos riscos.

Ainda que as simulações trazidas pela ANA apontem para um cenário de crise hídrica, a autorização das reduções apresenta violações latentes ao Princípio da Precaução⁶⁰, ao passo que as simulações realizadas se fundamentam no aspecto hidrológico e não necessariamente apresentam resultados quanto ao impacto ambiental das possíveis medidas a serem adotadas. O que se observa nesse caso é que as reduções de vazão no rio São Francisco foram aprovadas pelo IBAMA sem que se realizassem análises prévias para avaliar os impactos ambientais decorrentes da diminuição da vazão para essa atividade, como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a Avaliação Ambiental Integrada e a Avaliação Ambiental Estratégica voltados aos impactos sinérgicos e cumulativos da Bacia do Rio São Francisco em cenário de escassez hídrica. Outra crítica presente é que, do ponto de vista da fundamentação da tomada de decisão no âmbito administrativo, esses instrumentos de estudos técnicos teriam sido fundamentais e

⁵⁷ Art. 4º, incisos X e XII da Lei nº 9.984/2000. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁸ Res. CONAMA nº 237 de 1997, Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais. II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde. BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE – MMA. Res. CONAMA nº 237 de 1997. Disponível em: <<http://bit.ly/2SMqK6q>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁹ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado.

⁶⁰ O princípio da precaução, encontrado no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, possui o objetivo de atuar na falta de certeza nos estudos científicos realizados, prevenindo os danos ainda não constatados, mas que se apresentam como ameaças ao caso concreto, devendo ocorrer a reunião das ideias de incerteza científica e a ameaça de degradação do meio ambiente que se quer prevenir. Sobre o assunto: OLIVEIRA, Carina Costa de.; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos. *A interpretação do princípio da precaução pelos Tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. Campinas, SP: Editora Pontes, 2019; FISHER, Luly Rodrigues da Cunha; ROSSO, Carolina Maria de Jesus. Prevenção e Precaução: comparação entre a legislação internacional ambiental, entendimentos doutrinários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 113-138, out./dez. 2017, p. 118-119 e OLIVEIRA, C. C.; FERREIRA, F. R.; MORAES, G. G. B. L.; BARBOSA, I. S. Os Limites Do Princípio Da Precaução Nas Decisões Judiciais Brasileiras Em Matéria Ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 327-356, mar./ago. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2C3ItRy>. Acesso em: 28 maio. 2020. SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85-100 e VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

auxiliares sob a perspectiva de direcionamento de uma discricionariedade técnica, com respaldo em elementos técnicos científicos.

Esse fato aponta para uma desconsideração do artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9.433/97 e artigo 5º, inciso III, da Resolução nº 01, de 23/01/1986 do CONAMA, diante da ausência de Avaliação de Impacto Ambiental voltada para a Bacia Hidrográfica do rio São Francisco como unidade sistêmica de gestão. No mesmo sentido, as constantes reduções da vazão realizadas pela CHESF desde 2013 se consubstanciam em uma atividade com impactos ambientais em potencial para a biota e para a configuração do manancial, sendo necessário, portanto, o Estudo do Impacto Ambiental com o Relatório de Impacto Ambiental, aprovados pelo IBAMA, nos termos do art. 1º, III e IV e art. 2º, da Resolução nº 01, de 23/01/1986, do CONAMA e do art. 225, §1º, IV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por outro lado, verifica-se, ainda, a ocorrência da fragmentação hídrica no caso do rio São Francisco, na medida em que há uma preocupação com o volume de água assegurado para o uso múltiplo à montante da barragem de Xingó. O gerenciamento da situação enfrentada deve ter a consideração da bacia hidrográfica do rio São Francisco como uma unidade de gestão sistêmica, complexa e com interações sinérgicas que impedem a tomada de decisão pelos órgãos gestores hídrico e ambiental para uma determinada região específica.

A modificação da vazão inicial de 1.300 m³/s para 550 m³/s afeta não apenas o uso múltiplo da região próxima ao Xingó como acarretam em repercussões ambientais, sociais e econômicas de toda a bacia hidrográfica. Essa percepção, por si só, contraria o cerne do Princípio da Integração Ambiental, na medida em que desconsidera a inter-relação dos três pilares mencionados no planejamento e execução de uma política pública voltada aos recursos hídricos.

2.2 A SUSPENSÃO DA CONCESSÃO DE OUTORGAS E DAS DECLARAÇÕES DE RESERVA DE DISPONIBILIDADE HÍDRICA COMO MEDIDA DE PRECAUÇÃO AMBIENTAL

Em uma lógica similar ao observado no Rio São Francisco, mas partindo de uma medida preventiva à ocorrência de fragmentação e setorização da água em uma mesma região, foi que a ANA suspendeu a concessão de Outorgas e declarações de reserva de disponibilidade hídrica para empreendimentos hidrelétricos em rios nacionais na Região Hidrográfica do Paraguai⁶¹, onde se encontra o Pantanal mato-grossense. A medida implementada pela Resolução nº 64/2018 da ANA⁶² tem como objetivo evitar que a construção das barragens para a geração de energia elétrica prejudique os usos múltiplos da bacia, em especial a pesca e o turismo, além de pretender a preservação da Região que abriga um importante bioma brasileiro.

⁶¹ A Região Hidrográfica Paraguai ocupa 4,3% do território brasileiro (363.446 km²), abrangendo parte de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, o que inclui a maior parte do Pantanal, maior área úmida contínua do planeta. Os principais cursos d'água são: rio Paraguai, Taquari, São Lourenço, Cuiabá, Itiquira, Miranda, Aquidauana, Negro, Apa e Jauru. Na Região Hidrográfica do Paraguai moram 2,39 milhões de pessoas, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo 87% em áreas urbanas. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). NOTÍCIAS. ANA interrompe temporariamente concessão de Outorgas para novas hidrelétricas na Região Hidrográfica do Paraguai. Disponível em: <<http://bit.ly/2SKOYy1>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶² AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). Resolução nº 64, de 04 de setembro de 2018 - Documento nº 00000.054763/2018-16. Disponível em: <<http://bit.ly/2ECS563>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

A atuação da ANA na região hidrográfica do Paraguai privilegia não apenas a integração e precaução ambiental, como também a participação democrática na gestão dos recursos hídricos. A Resolução confere normatividades a algumas disposições do Plano de Recursos Hídricos da região do Paraguai⁶³, elaborado pelos governos do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e pela sociedade civil, que apresenta como uma de suas diretrizes para a Outorga a necessidade de aguardar os resultados dos estudos sobre os efeitos socioeconômicos e ambientais da implantação de empreendimentos hidrelétricos, que estão previstos para serem concluídos até 2020.

Ao conferir normatividade às diretrizes de gestão estipuladas no plano da região hidrográfica, a ANA promove a inclusão social das populações no processo de implementação da PNRH. Essa atuação conduz à construção de uma visão das águas da região hidrográfica, considerando-se a formação da bacia e fazendo frente à fragmentação do recurso para além do valor econômico previsto para a água pela legislação brasileira (art. 1º, II da Lei 9.433/97). Nesse sentido, a integração da população no processo de escolhas das diretrizes para a Outorga, que são inseridas no Plano de Recursos Hídricos, possibilita a satisfação de suas necessidades em razão do potencial ecológico dos recursos ambientais presentes na região e respeita as suas identidades coletivas⁶⁴.

Não obstante, as questões hídricas enfrentam complexidade que se reconfigura constantemente. É um grande desafio jurídico de regulação compatibilizar demandas setoriais, constituídas por atos ou contratos administrativos, como a geração de energia elétrica, com outras regulações setoriais incidentes sobre o mesmo recurso, como a irrigação e abastecimento humano, ou, ainda com programas decorrentes de normas ou atos posteriores⁶⁵, a exemplo da mudança das prioridades de uso da água que podem ser estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica sob situações anteriores à normativa vigente da PNRH.

Certo é que o regime jurídico em situação de escassez é claro quanto à prioridade legal de abastecimento humano e dessedentação de animais⁶⁶ e, além disso, que a Outorga de direito de uso não deve prejudicar o uso múltiplo da água⁶⁷. Diante dessas estipulações, a administração da água enquanto recurso natural multissetorial, reclama a participação democrática dos atores, setores e particulares interessados e afetados pelo uso do recurso, bem como a observância dos princípios da Prevenção e da Precaução ambiental na Outorga de direito desses usos.

De modo geral, a proposta de inserir no planejamento da gestão do recurso as contribuições manifestadas pelos múltiplos interesses, bem como a proteção ambiental para garantir a quantidade e a qualidade é a proposta do Princípio da Integração aplicada à gestão dos recursos hídricos. Essa compreensão, que pode ser operacionalizada pela incorporação das estipulações dos Planos de Bacia Hidrográfica ao procedimento

⁶³ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai – PRH Paraguai*. Disponível em: <<http://bit.ly/2TggxEH>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶⁴ SILVA, Solange Teles da. Gestão compartilhada das águas na Amazônia. In: Hernando Bernal Zamudio. (Org.). *Amazonia y Agua: Desarrollo Humano Sostenible en el Siglo XXI*. Paris: UNESCO Etxea. 2009, p. 437-447.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade Legal do Abastecimento Público e Geração Hidrelétrica. In: *Veredas do Direito*. v. 14, n. 28, p. 361-380. jan/abril. 2017, p. 363.

⁶⁶ Art. 1º, III, da PNRH. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶⁷ Art. 13, parágrafo único da PNRH. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

de Outorga de direito de uso da água, por exemplo, faz frente à fragmentação e setorização, como foi observado na Região Hidrográfica do Paraguai.

CONCLUSÃO

A ausência de previsão normativa quanto à natureza jurídica da Outorga do direito de uso da água pode suscitar dúvidas aparentes quanto à precariedade do ato. Se, por um lado, ela pode ser apontada como um ato de caráter precário, por outro lado ela poderia apresentar feições de direito adquirido. Contudo, ao se interpretar a legislação de Direito dos recursos hídricos em conjunto com o Direito ambiental e com os preceitos de Direito administrativos acerca da discricionariedade dos atos da administração pública, é possível extrair da sua natureza jurídica, um ato administrativo de discricionariedade mitigada, com características de discricionariedade técnica; haja vista, tanto a sua vinculação aos preceitos legais expressos, como, na fundamentação, a possibilidade de vinculação às informações técnicas sobre a disponibilidade da água.

Como retratado pelo setor hídrico e de irrigação no Caso do Rio São Marcos, a interpretação quanto à precariedade da outorga é sustentada pela necessidade de aquiescência prévia da Administração, de caráter unilateral, a partir de uma análise de conveniência e oportunidade. Nessa perspectiva, a outorga não gera direito subjetivo ao particular autorizado. Além disso, a Instrução Normativa nº 4, de 21/06/2000, do Ministério do Meio Ambiente definiu a Outorga de direitos de uso de recursos hídricos como um “ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público Outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas do respectivo ato”, apresentando a outorga como um ato administrativo de autorização, caracterizado pela precariedade de revogabilidade, não havendo que se falar em direito à indenização pela revogação da outorga.

Por outro lado, o setor de geração de energia sustenta que a concessão da outorga é marcada por longos prazos de direito de uso, horizonte que possibilita o planejamento do necessário para o particular empreender a finalidade de uso, assim como se submeter ao licenciamento ambiental. A outorga preventiva, nessa linha de raciocínio sentido, confere segurança jurídica ao empreendedor, a partir da declaração de reserva de disponibilidade hídrica, posteriormente convertida em outorga.

Não obstante, a outorga não é uma autorização definitiva, apresentando prazo máximo e podendo ser renovada ou suspensa. Tendo-se em conta os usos múltiplos da água, a outorga é o instrumento de controle para o uso da água, apresentando, portanto, íntima relação com a disponibilidade hídrica. Nos termos da PNRH, a concessão da outorga é vinculada às prioridades de uso legais, às prioridades estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica, ao enquadramento dos corpos de água, à manutenção das condições adequadas para o transporte aquaviário e à preservação do uso múltiplo.

Diante desses fatores, reforça-se aqui a interpretação de que a natureza jurídica da outorga é a de ato administrativo de discricionariedade mitigada, com elementos de uma discricionariedade técnica. O elemento de caráter ambiental que fundamenta a natureza do ato administrativo é a disponibilidade hídrica. Em cenários de disponibilidade, a Outorga se torna um ato potencialmente vinculante, observando-se as prioridades de uso e a ancestralidade do pedido. No entanto, diante de um cenário de

escassez hídrica, a concessão da outorga deve observar as prioridades de uso estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica e a prioridade legal para o abastecimento humano e a dessedentação de animais. Nesse sentido, os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público garanta o fornecimento e a existência da quantidade de água indicada na DRDH que será convertida em Outorga, podendo modificá-la, desde que suficientemente motivada, a partir da análise do interesse público.

Como observado no Caso do Rio São Francisco, a alteração dos termos de uso da Outorga é um instituto garantidor dos usos múltiplos da água. No entanto, essas alterações podem acarretar conflitos de interesse pelo uso da água, bem como impactos ambientais negativos, elementos que caminham no sentido contrário à garantia dos usos múltiplos.

A alteração da vazão da água possibilita que, a depender da disponibilidade hídrica que se verifique na situação concreta, ocorra a proteção ambiental do recurso, a continuidade de prestação dos serviços público, além de assegurar o uso múltiplo, na medida em que passam a preservar um volume útil de vazão da água. Não obstante, essas medidas devem visar a redução dos riscos ambientais, como a exigência de estudos ambientais, típicos do procedimento de licenciamento ambiental, para avaliar se a redução da vazão é uma medida ambientalmente aceitável diante dos riscos.

Outro mecanismo de gestão hídrica que contribui para a prevenção de danos hídricos, a exemplo do que ocorreu na Região Hidrográfica do Paraguai, é a suspensão da concessão de outorgas e declaração de reserva de disponibilidade hídrica. Essa medida confere normatividade às disposições dos planos de recursos hídricos, privilegiando a participação e a descentralização da gestão hídrica, bem como a observância às prioridades legais e o uso múltiplo da água.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *NOTÍCIAS*. ANA interrompe temporariamente concessão de Outorgas para novas hidrelétricas na Região Hidrográfica do Paraguai. Disponível em: <<http://bit.ly/2SKOYy1>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai – PRH Paraguai*. Disponível em: <<http://bit.ly/2TggxEH>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Resolução nº 64, de 04 de Setembro de 2018 - Documento nº 00000.054763/2018-16*. Disponível em: <<http://bit.ly/2ECS563>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos*. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AMORIM, Alcides Leite de; RIBEIRO, Márcia Maria Rios; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN. pp. 36-45. in. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*. vol. 21, n. 1, Porto Alegre, jan-mar 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Garantia Física - Resolução Normativa ANEEL n. 514, de 30 de outubro de 2012*. in. Busca. Disponível em: <<http://bit.ly/2NIsb56>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Instrumentos de gestão das águas* [recurso eletrônico] / Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Centro de Estudos e Debates Estratégicos; relator Félix Mendonça Júnior; Maurício Boratto Viana, Alberto Pinheiro – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. *Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe*. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado.

BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000*. Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE – MMA. *Res. CONAMA nº 237 de 1997*. Disponível em: <<http://bit.ly/2SMqK6q>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Competências. in. *Câmara Técnica de Assuntos Legais e Institucionais - CTIL*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/competencias>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

CAROLO, Fabiana. *Outorga de Direito de uso de Recursos Hídricos: instrumento para o desenvolvimento sustentável? Estudo das bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí*. Dissertação de mestrado. Centro de Desenvolvimento sustentável. Universidade de Brasília: Brasília, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.54.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 146ª Reunião 13 de novembro de 2018*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

- COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza Jurídica da Licença Ambiental. pp. 86-107. in. *Prim@ Facie – Direito, História e Política*. vol. 4. n. 6, 2005.
- FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Direito e a Aplicação do Nexu Água-Alimento-Energia: Antigos Pressupostos e Novas Abordagens para a Integração na Gestão dos Recursos Hídricos. in. *NOMOS*. Vol.38 n. 02. Jul/dez. 2018.
- FISHER, Luly Rodrigues da Cunha; ROSSO, Carolina Maria de Jesus. Prevenção e Precaução: comparação entre a legislação internacional ambiental, entendimentos doutrinários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In. *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 113-138, out./dez. 2017.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1984, p.214.
- OLIVEIRA, Carina Costa de.; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos. *A interpretação do princípio da precaução pelos Tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. Campinas, SP: Editora Pontes, 2019.
- OLIVEIRA, C. C.; FERREIRA, F. R.; MORAES, G. G. B. L.; BARBOSA, I. S. Os Limites Do Princípio Da Precaução Nas Decisões Judiciais Brasileiras Em Matéria Ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 327-356, mar./ago. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2C3ItRy>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- SILVA, Solange Teles da. Gestão compartilhada das águas na amazônia. In: Hernando Bernal Zamudio. (Org.). *Amazonia y Agua: Desarrollo Humano Sostenible en el Siglo XXI*. Paris: UNESCO Etxea. 2009.
- SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade Legal do Abastecimento Público e Geração Hidrelétrica. In. *Veredas do Direito*. v. 14, n. 28. p. 361-380. jan/abril. 2017.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VESTENA, Leandro Redin; OLIVEIRA, Éderson Dias de; CUNHA, Márcia Cristina da; THOMAZ, Edivaldo Lopes Thomaz. Vazão ecológica e disponibilidade hídrica na bacia das Pedras, Guarapuava-PR. in. *Ambi-Agua*, Taubaté, v. 7, n. 3, p. 212-227, 2012.