ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

A REGULAÇÃO DA ÁGUA NOS CAMPOS PETROLÍFEROS

REGULATING THE WATER IN OIL FIELDS

Otacílio dos Santos Silveira Neto*
Rafael Silva Paes Pires Galvão**

RESUMO: Se o cenário jurídico é pintado com a realidade existente e emoldurado com as normas postas, tem-se que os interesses antagônicos existentes (de um lado a lucratividade, e de outro a plena proteção dos bens jurídicos que interessam à coletividade) determinam a elaboração de regras claras que permitam o caminhar dos atores ao fim almejado. Desta feita, por meio das reflexões críticas traçadas, esta Tese, discorrendo sobre o tecido normativo, lança as bases para a regulação das reservas aqüíferas nos campos petrolíferos, propiciando uma reflexão construtiva sobre o Estado, no Século que se descortina.
Palavras-chave: Agência reguladora. Água. Petróleo. Reservas hídricas. Regulação

ABSTRACT: If the legal scene is designed with the existing reality and framed with the rules set, we can assume that the existing antagonistic interests (profitability on one side, and on the other the full protection of legal interests that concern the community) determine the development of clear rules that allow the people to walk towards their objective. So, through the reflections of the drawn criticism, this thesis, discussing the normative scenario lays the basis for the regulation of water supplies in the oil fields, providing a constructive reflection on the state, in the present century.
Keywords: Regulatory agency. Water. Oil. Water reserves. Regulation.

* Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pesquisador visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural, PRH-ANP/MCT n.º 36 da UFRN. Advogado.
** Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural, PRH-ANP/MCT n.º 36 da UFRN. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Os paradigmas erigidos para fundar o Estado Brasileiro estão a se modificar. Embora não se questione mais quanto à superação de um Estado nos moldes puramente liberais, é bem verdade que a promoção de um bem-estar social esbarra em limites materiais insuperáveis.

Neste sentido, enquanto solução um tanto quanto eclética, preferiu-se um modelo regulador, onde a iniciativa privada é parceira do poder público nas atividades outrora monopolizadas.

Isto se pode verificar, especialmente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 9/95, que facultou à União contratar terceiros para desempenharem as atividades precípuas do setor petrolífero.

Não cabe, neste espaço, discutir os erros ou acertos da opção feita pelo legislador constituinte derivado; modificado o regime jurídico constitucional da indústria petrolífera, os particulares passaram a agregar à cadeia produtiva do óleo as tarefas que a União (e em alguns casos os outros entes federativos) entende por necessárias ao desenvolvimento nacional.

Sobre este quadro pintado com a realidade existente e emoldurado com as normas postas, é que o intérprete deve tecer suas ponderações.

Como não poderia ser diferente, os interesses antagônicos existentes (de um lado, a lucratividade, e de outro a plena proteção dos bens jurídicos que interessam à coletividade) determinam a elaboração de regras claras que permitam o caminhar dos atores ao fim almejado.

Nessa esteira, o presente trabalho tem por meta analisar a competência regulatória (se é que ela existe) das agências, para normatizar uma essencial questão, qual seja, as reservas aqüíferas existentes nos campos petrolíferos.

Nos dias atuais, a água deixou a categoria dos bens que não detêm apreciação econômica (coisa), para se tornar objeto de utilidade suscetível de apropriação (bem)[1].

Aquilo que outrora fora impensável, hoje é pura realidade. Assim,

1 Ciente de que não existe consenso entre os doutrinadores na definição dos conceitos "coisa" e "bem", vale-se - como homenagem - da diferenciação erigida pelo saudoso mestre Silvo Rodrigues. Para o eterno civilista, coisa "é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem"; bens, entretanto "são coisas que, por serem úteis e raras, são susceptíveis de apropriação e contém valor econômico". (RODRIGUES, 2000, p. 110).

diuturnamente a água é embalada e vendida para consumo direto, ou mesmo empreendida como insumo para bens outros. Os exemplos saltam aos olhos, pelo que desnecessário mencioná-los; dom humano, a criatividade (e neste particular a empresarial) faz com que a enumeração tenda ao infinito.

O que merece destaque é o fato de água, outrora bandeira de luta dos ambientalistas, ser hodiernamente fator de interesse econômico, passível de quantificação em pecúnia, razão pela qual o interesse dos *players* não deve passar desapercebido ao poder público[2].

Se a exploração petrolífera encontra-se devidamente regulada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, mister indagar acerca das competências para editar atos normativos, quando houver um reservatório de água imiscuído, ou próximo a um campo petrolífero.

Diante de tal questionamento, e objetivando-se uma análise científica da temática, propugna-se: 1 – analisar o princípio da legalidade e a competência regulatória conferida às agências no sistema jurídico constitucional brasileiro; 2 – perquirir sobre a competência da ANP no tocante às bacias hídricas; 3 – discorrer sobre a competência da Agência Nacional de Águas – ANA, no que se refere ao caso em cotejo; 4 - traçar os limites regulatórios entre as agências envolvidas; 5 – dispor sobre as regras e os impactos que as mesmas podem ensejar aos "players" envolvidos, debatendo o material normativo e suas interpretações, com o fito de aprimorá-lo, ou refutá-lo, por meio das críticas e conclusões erigidas.

Frisando que o cientista é movido pela pureza dos métodos empregados, bem como pela obtenção da resposta ao problema suscitado, o primeiro passo a ser dado nesta caminhada é olhar para a Magna Carta do País, como forma de obter bases sólidas, o que se passa a fazer.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Parte-se da premissa de que o sistema normativo é hierarquizado, consoante preconizado por Kelsen. Assim, as normas hão de retirar seu fundamento de validade de outras normas superiores, até se chegar ao ápice

2 Frise-se que não se está a defender a dissociação das reservas hídricas à temática "meio ambiente". O que se propugna, tão somente, é afirmar o aspecto econômico que as mesmas detém.

da pirâmide normativa, local este em que repousa a Constituição Federal.

Se as normas inferiores não podem contrastar com as superiores, que lhe deram "vida", indispensável que o estudo parta sempre da Carta Política, sob pena de os resultados contrariarem a norma maior.

Neste sentido, a Constituição de 1988 entendeu por cláusula pétrea os direitos e garantias fundamentais, afirmando, categoricamente, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

De uma análise simplória, pode-se afirmar que o texto não dispensa a mais profunda hermenêutica, visto que, ao agir de outra forma, o intérprete não lhe retiraria todos os efeitos.

Argumentando *ab absurdo*, seria pensar em uma lei que obrigasse os homens a ter asas. Postulado lógico que se demonstra, a lei nem sempre pode obrigar a fazer ou deixar fazer alguma coisa; esbarra (amolda-se) o princípio da legalidade em vetores outros.

Dessa rápida demonstração, factível perceber que todo o enunciado demanda análise, seja nos planos sintático, semântico e pragmático, havendo de se coadunar com o todo normativo, visto que a Constituição não pode ser interpretada em tiras[3].

Entretanto, discordando dos que pensam em contrário, não se pode destituir de força normativa o princípio da legalidade. Criado para evitar os abusos do Estado, é direito fundamental que se impõe sobre e no sistema, irradiando efeitos na teia normativa.

O princípio da legalidade, por conseguinte, permite a efetivação da própria democracia, tendo em vista que as obrigações só decorrem da vontade do povo, ou de seus representantes legitimamente eleitos.

Fruto da vontade popular, o princípio proporciona a neutralização dos governantes que, subjulgando-se à Lei, restringem-se a cumprir a vontade popular.

Por conseguinte, vigora, no ordenamento, a liberdade, podendo tal

3 Tecendo profundas considerações sobre o princípio da legalidade e a correlação com o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva leciona "é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, p. 419).

regra ser excepcionada apenas e tão-somente diante do ditame da lei.

Exaltando o princípio, Paulo de Barros Carvalho, em feliz síntese faz reverberar:

> Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule. Como o objetivo primordial do direito é normar a conduta, e ele o faz criando direitos e deveres correlativos, a relevância desse cânone transcende qualquer argumentação que pretenda enaltecê-lo. (CARVALHO, p. 152).

Ciente de que o princípio da legalidade poderia fraquejar, caso restrito ao rol dos direitos fundamentais, o legislador constituinte inseriu-o (também) como vetor para o poder público: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, [...]" (CF/88, art. 37, *caput*).

Se, para o particular, vigora a regra da liberdade, tem-se, ao contrário, que a Administração pode única e exclusivamente atuar quando assim determine a lei. O poder público observa as regras postas, executando o *mandamus* do legislador; é subordinado à Lei, cabendo-lhe a tarefa de concretizá-la, dar-lhe vida.

Aqui a discussão entra num ponto nevrálgico. Quais os limites para a regulamentação de uma lei?

Ab initio, impõe-se, desde já, afirmar que a Administração pode quedar-se omissa ou atuar comissivamente.

Na omissão, a lei permanecerá mera folha de papel, cabendo a ingerência dos outros poderes para sanar a eventual falha.

Já no tocante à expedição de atos regulamentares, o Estado também pode se manifestar de duas formas.

Primeiramente, especificando o enunciado normativo, dando-lhe concretude, esmiuçando-o. Ao contrário, sob um segundo prisma, pode a Administração desejar inovar no ordenamento, criando direitos e obrigações que não estejam previamente instituídos.

Nesse momento, na tarefa de compreender o sentido do art. 5, II e 37 da Constituição, necessário analisar o que se entende pelo signo lingüístico "lei".

3 O SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Quando o legislador constituinte emprega a palavra "lei", ao longo da Constituição, acaba por fazê-lo indistintamente, motivo por que a análise deve ser detida diante de cada enunciado normativo.

Portanto, importa, ao estudo, o vocábulo, quando se refere ao princípio da legalidade (mormente o disposto no art. 5, II e 37, caput), por repercutir diretamente nestas perquirições.

Neste diapasão, verifica-se, como equivocada, a equalização do termo "lei" à legislação ordinária. Pensar desta forma ensejaria a conclusão de que outras espécies de "lei" como, por exemplo, a Lei Complementar, nada obrigam. Logicamente que tal exegese não sobrevive à reflexão mais aprofundada. Será que as Emendas Constitucionais não criam direitos nem obrigações?

Desta feita, necessário voltar à Constituição para obter a densidade de sentidos deste signo.

O art. 59 da Carta vigente afirma que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Embora cada espécie normativa tenha sua especificidade própria, percebe-se que todas são decorrentes de um processo legislativo, cabal cristalização da vontade popular, razão pela qual são aptas a criar direitos e obrigações.

Assim, atos outros, que não os inscritos no art. 59 da Constituição Republicana[4], não têm aptidão a serem enquadrados no sentido técnico de Lei[5].

4 Não estão em análise outras possíveis aberturas feitas pela própria Constituição Federal, como: os poderes conferidos ao Conselho Nacional de Justiça (CF/88, art. 103-B, §4º, acrescido pela EC 45/04); a possibilidade do Presidente da República dispor, mediante decreto sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos; e a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (EC n.º 32/01), por não serem pertinentes ao trabalho.

5 Multicitado pela importância que tem para a Ciência do Direito nacional e mundial, o Jurista Miguel Reale, dedicara-se em suas "Lições Preliminares do Direito" sobre a compreensão do termo "Lei" como fonte do Direito. Para um aprofundamento (REALE, 2000, p. 155-166).

Desta constatação, compete ao jurista debruçar-se sobre a natureza ontológica de cada uma das espécies normativas supracitadas, notadamente quando visa a observar a ingerência destes atos normativos nas atividades dos administrados.

Se fácil perceber que as emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e resoluções não apresentam maiores problemas à temática, a mesma afirmação não pode ser feita no tocante aos decretos legislativos.

O art. 84 da Constituição Republicana afirma que compete privativamente ao Presidente da República, "IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

A Constituição, quando confere a competência para a expedição dos decretos e regulamentos ao Presidente da República, condiciona-o ao cumprimento de uma finalidade, qual seja, a fiel execução das leis. Descumprir tão imperiosa exigência é ferir diretamente o texto maior.

Ademais, embora a expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução das leis seja ato privativo do Presidente da República, verifica-se que os Ministros de Estado, no que pertine às suas "pastas", poderão expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. (CF/88, art. 87, II).

Tanto os decretos e regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo, como as instruções prolatadas pelos Ministros de Estado, não têm capacidade de criar direito novo, mas tão-somente operacionalizar, dar execução ao texto normativo

Logicamente, sob pena de se tornarem mera repetição da premissa maior de onde tiram validade, repetição inútil que a lógica condena, tais atos acabam, sim, criando requisitos a serem cumpridos, formas de se proceder, exigências e especificações que passam a integralizar o tecido normativo; o que não podem fazer é extrapolar as leis que visam a operacionalizar, tomando-lhes o lugar.

Isto posto, não existe uma fórmula mágica que permita solucionar, de imediato, todos os casos que possam ser postos à frente do jurista. Deve

o exegeta, diante de cada instrução, decreto ou regulamento (ou seja lá qual nome a Administração entenda por bem) verificar se o *mandamus* constitucional encontra-se atendido; caso contrário, estar-se-á lesionando frontalmente o princípio da legalidade.

4 O ESTADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Estado brasileiro, mais uma vez, está se metamorfoseando.

Em um movimento pendular, inicia, novamente, a transferir as atividades que exercia diretamente, ou por meio de seus agentes, aos particulares interessados.

Essa modificação de postura não é hodierna.

Por meio de seu surgimento, a sociedade tinha o escopo de derrocar de vez o Ancien Regimen. Assim, criou a estrutura necessária para superá-lo, de forma que os interesses da classe emergente fossem resguardados. Quando se olha para a época de outrora, a analise não pode ser pontual; todo o pensamento estava a mudar, razão pela qual exigia-se um aparelho (estatal) que refletisse e albergasse o novo mundo que se descortinava.

Não é de estranhar que o Estado fosse integralmente liberal – individualista. As Cartas constitucionais continham políticas negativas impedido que a criatura se imiscuísse nas atividades de seu criador.

O homem fora colocado no centro das atenções; ao Poder Público – distante – cabia o papel de observar, e não intervir no livre jogo das forças mercadológicas.

Mas os desígnios escritos nas folhas de papel não suportam as intempéries do tempo, as vicissitudes da história, e os desígnios do homem.

Novos paradigmas aportaram nos berços da humanidade, que passara a aspirar a realizações sociais; aquele Estado, absenteísta, deveria então intervir para promover o bem de todos, principalmente das classes mais fracas e oprimidas.

O jogo de forças demonstrou que a liberdade oprime, e a lei liberta.

Nesta esteira, tudo, mais uma vez, estava por mudar.

As Constituições passaram a proclamar novos direitos, a impor ao

Estado a atuação em áreas que o constitucionalismo não tinha idealizado. As reações sociais – luta de classes – tornaram-se a bandeira do dia, motivo de se propugnar por um mundo mais solidário.

Ocorre que o Estado, que buscava o bem estar de todos - Welfare Sate, como acabou por ser rotulado – esbarrou em limitações de toda ordem.

Basta ter em mente que as transformações, em países periféricos como o Brasil, sequer conseguiram sair das pranchetas de seus pensadores. Ou será que houve, em alguma época, um efetivo "Estado do Bem-Estar"?

Encontramos-nos ante as incertezas e incongruências de um modelo que olha para o passado e tenta se conciliar com o futuro; onde a máquina estatal inchou, transbordou e ruiu. As causas da falência são diversas, e vão desde a corrupção, nua e crua, até os novos ares aspirados pela sociedade global.

Na esteira de seguir as regras da cartilha, o Estado brasileiro está, novamente, metamorfoseando-se (formalmente).

Para tanto, promulgou-se a Medida Provisória n.º 155 de 1990, convertida na Lei 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei n.º 9.491/97, que institui o Programa Nacional de Desestatização.

Com a Lei n.º 9.491/97, fixaram-se em definitivo (atente-se que tudo se passara ao nível de legislação ordinária, e não na Constituição Federal) os objetivos fundamentais do Programa de Desestatização, a saber: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, mesmo através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI -contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da

oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

As atividades "indevidamente" exploradas pelo setor público foram transferidas aos particulares, pelo que coube ao Estado a regulação, sob pena de se institucionalizar, novamente, o absenteísmo, postura esta indesejável, mesmo pelo próprio sistema capitalista.

Visando a tal feito, importa-se o superado modelo americano, sendo criadas no ordenamento jurídico pátrio as Agências Reguladoras (Aneel, Anatel, Anp, Anvs, Ans, Ana, Antt, Antaq), autarquias sob o regime especial, cada uma competente para regular e gerir um setor específico.

Opção política que fora feita, resta, portanto, tecer considerações sobre a competência regulatória daquelas, notadamente diante do princípio da legalidade, base da Constituição Federal.

5 A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA: FORMA E LIMITES

Descer à análise de institutos jurídicos não é tarefa das mais fáceis. Quando se está nos bancos das universidades, ante cotejo das doutrinas nacionais, fácil perceber que diversos princípios e regras são facilmente compreendidos diante de momentos históricos pretéritos, que acabam por se arraigar ao espírito e à mente do Operador do Direito. Não é dado, ao estudioso do Direito, desconhecer eventos e fatos importantes, como a Carta de João Sem Terra (1215), o Bill of Rights (1688), a Declaração de Virginia (1776), a Convenção da Filadélfia (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)[6], entre outros; o que não pode ocorrer é o exegeta se impregnar destes mesmos momentos, passando a tudo interpretar como se integrasse o passado.

Embora não seja necessário chamar atenção para tal, o mundo mudou.

Com a quebra da bolsa de Nova York (1929), percebeu-se que o modelo econômico estava equivocado.

Buscou-se a superação das adversidades econômicas. Por conseguinte, signos, símbolos e até idéias eclodiram no cenário mundial (Keynes, Fordismo, Taylorismo, Pós-Taylorismo).

6 Para um aprofundamento da evolução histórica das Declarações de Direito, vide: SILVA, 2002, p. 149 e ss.

Entretanto, nem sempre as idéias conseguem fazer frente à realidade dos fatos.

Uma terceira onda estava por eclodir, e com ela uma revolução que radicalmente alterou o panorama mundial.

O advento de novas tecnologias, encurtando as distâncias, criou o trampolim para as multinacionais tomarem a cena. Rapidamente, espaços territoriais não eram mais limites para o desejo do grande produtor. Visando à ampliação dos lucros, otimizou-se a atuação destas empresas, com a busca de Estados que oferecessem melhores condições fiscais, leis trabalhistas flexíveis, proximidade às matérias-primas, legislação consolidada, estabilidade nos pactos, facilidade na remessa de lucros para as matrizes, e qualquer outro tipo de benefício que permita a sobrevivência no mundo globalizado, Estados que não podem oferecer condições à inserção do capital externo, tornam-se marginalizados nessa nova dinâmica mundial.

Algumas economias emergentes, como é o caso do Brasil, por razões as mais diversas, precisam, sim, do apoio internacional, sob pena de obras essenciais, como as de infra-estrutura, não serem levadas a cabo. Difícil tarefa se impõe se impor aos governantes, qual seja, equilibrar os anseios nacionais com o influxo internacional (multinacionais, e, mesmo, transnacionais).

Enquanto as únicas opções não se resumirem ao "preto" ou ao "branco", opta-se pelo caminho mais fácil, razão pela qual segue-se a cartilha externa, muitas das vezes escrita por grandes instituições internacionais, como o FMI[7].

Não se pode afirmar que todas as mudanças são negativas, num retrógrado e extremado discurso comunista. Tem-se que a retração estatal, em determinadas e específicas áreas, enxugando a máquina administrativa, fora benéfica aos governos locais. Realmente, a conciliação não é tarefa fácil, pelo que devem as opções políticas ser meticulosamente tomadas, com o fito de serem alcançados os objetivos do Estado soberano (no caso do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolviemnto nacional; a erradicação da pobreza, marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos,

7 O que comumente não se diz é a forte ingerência e influência que as multinacionais exercem sobre tais instituições, e mesmo sobre os governos soberanos.

sem qualquer sorte de preconceitos e discriminação).

Se assim é, qual a forma e o limite para a atuação das agências reguladoras diante do sistema normativo brasileiro? As considerações trazidas à baila, e a seguir expostas, conferem os meios para solucionar o dilema.[8].

Apontou-se que as agências reguladoras, inclusive a ANP e a ANA, encontram-se submissas à Constituição Federal; isto posto, tem-se que o papel do Estado, por meio delas, é dar fiel cumprimento ao art. 174 da Carta Política.

Enquanto no Direito Americano, com a Lei de Procedimentos Administrativos, existem regras específicas para a elaboração dos atos regulatórios "rulemaking", a mesma uniformidade não fora adotada pelo sistema brasileiro. Na verdade, os administrativistas até então não chegaram a um consenso sobre os rótulos a serem atribuídos aos atos de execução produzidos pelo poder público.

Portanto, notadamente quando comparado com o tema dos limites da regulação, este debate torna-se estéril.

No modelo brasileiro, os atos expedidos pelas autarquias especiais, diferentemente do americano, não detém ainda a efetiva participação popular. Sendo produzidos nos reclusos gabinetes, sofrem de profunda crise de legitimidade.

Demonstrou-se que a Constituição traça rígidas competências normativas, não tendo conferido ao Chefe do Executivo (salvo o art. 84, VI da Constituição), ou a qualquer órgão ou outra entidade, o poder de expedir regulamentos autônomos, no que se refere ao tema em exame. Desta feita, mesmo que se entenda que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP tem expressa previsão constitucional, ou que a ANA exerce indispensável papel perante a sociedade, não se vê a possibilidade destas ferirem o princípio constitucional da legalidade, por ser este, no choque valorativo, de maior hierarquia.

Infere-se, de todo o exposto, ser equivocado afirmar que as agências limitam-se a reproduzir a lei. Não são a boca da lei, mas sim, a longa "ma-

8 Maria Syvia Zanella Di Pietro aponta a diversidade de opiniões doutrinárias no tocante à fundamentação das agências colacionando os principais argumentos utilizados. Para uma análise mais detida do assunto, ver **Direito Regulatório**: Temas polêmicos, p. 41.

nus" desta. Discorrendo sobre as relevantes funções que as agências exercem, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reverbera:

> Em relação às concessionárias de serviços públicos, as agências assumem atribuições próprias do poder concedente: fixam as regras de prestação do serviço, fazem licitação, celebram o contrato, controlam, aplicam sanções, rescindem o contrato, alteram unilateralmente as regras de prestação do serviço, sempre tendo presente que, se as alterações afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, têm o dever de restabelecê-lo. [...] Mas aqui também o que existe é ato normativo de efeito concreto[9].

Embora não criem direito novo, regulam as mais pertinentes matérias, como a dos poços aqüíferos insertos em bacias sedimentares. Resta saber, entretanto, até que ponto cada uma pode atuar. Conferindo cor à Lei, acabam por garantir que os concessionários petrolíferos não usufruam indistintamente do bem econômico "água", em detrimento da coletividade.

O mundo dá voltas, e as mudanças não podem passar despercebidas. Entretanto, necessário combater a tese de que a Constituição é mero pedaço de papel em face dos fatores reais de poder. A Constituição jurídica detém força própria, mormente em questões essenciais, como a da emanação do poder (que sempre será proveniente do povo). Assim, a preciosa lição de Konrad Hesse, no sentido da primazia da Constituição, *in verbis*:

> A Constituição não está desvinculada da realidade histórica e concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.[10]

9 DI PIETRO, Maria Syvia Zanella. **Direito Regulatório:** Temas polêmicos, p. 49.
10 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p. 25.

6 O PETRÓLEO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fruto de evolução histórica e necessidade imperiosa do povo brasileiro, necessário dispor que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988, fora forjada no seio de intenso debate político. Democrática por essência, a Carta Magna teve a participação dos mais diversos grupos e classes em sua formulação; muitas das vezes, conflitantes entre si; se em alguns pontos (talvez poucos) havia unanimidade, em outros tantos os conflitos eram inevitáveis.

Fato notório, a ditadura militar tinha deixado suas marcas, razão por que determinados dispositivos constitucionais, como os direitos e garantias individuais, foram solidificados enquanto barreiras para evitar o retrocesso.

Nesta esteira, decorrente de um apaixonado nacionalismo, e como pressuposto para a garantia do País no mundo globalizado, entendeu-se por bem conferir à União o monopólio sobre: 1- a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo (e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos); 2 - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; 3 - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos que resultem destas atividades; 4 – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzido no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto e seus derivados (e gás natural).

O dispositivo que regula (va) tais atividades fora inserto no Título VII que proclama a ordem econômica e financeira do Estado Brasileiro. De maior importância para a Nação, garantiu-se tratamento preciso e específico ao setor monopolizado, de forma que princípios, como o da soberania nacional, fossem resguardados.

A experiência internacional mostra que nenhum País deve se dar ao luxo de ficar à mercê das intempéries, mormente no tocante às fontes de energia. As crises do petróleo, na década de setenta, mostraram quanto pode ser prejudicial a dependência externa. Desta feita, o legislador constituinte conferiu à União, em nítido caráter centralizador, o segmento; relegando aos Estados questões outras, como a concessão de serviços locais de gás canalizado (art. 25, §2º).

Ocorre que se equivocam aqueles que objetivam imutabilidade no texto constitucional. Se mesmo as cláusulas pétreas, por meio de exegese, podem sofrer alterações, o que não dizer das regras e princípios que circundam a atividade econômica.

O legislador constituinte - desta vez o derivado - não desejou esperar que as mudanças ocorressem lentamente nos tribunais. Alterando o modelo desenhando, por meio da Emenda Constitucional n.º 9/95, modificou-se o regime jurídico, dispondo, entre outras coisas, que a União poderia contratar com empresas estatais, ou privadas, a realização das atividades atrás descritas, desde que observadas as condições estabelecidas por meio de lei.

Afirmou-se ainda que a lei disporia sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Para esta flexibilização poder ocorrer de fato, restava a edição da norma, o que se fez com a promulgação da Lei n.º 9.478/97.

Cumpre afirmar que há "supostos" males que vêm para o bem. Embora de início tenha-se argüido que a "quebra" do monopólio colocaria a Petróleo Brasileiro S.A. em risco, que os investidores internacionais tomariam conta do País, e que nossas riquezas energéticas seriam devastadas, percebe-se que, em curto espaço de tempo, o Brasil vem ganhando com a abertura perpetrada.

Assim, cumpre, preliminarmente indagar qual a competência que a Constituição destina à ANP, para poder se concluir do seu papel regulador dos campos aqüíferos.

De plano, tem-se que cabe à lei disciplinar as condutas dos *players* que visem a se inserir em tal segmento econômico, podendo gerar direitos e obrigações, para tanto. No tocante à agência, caber-lhe-á a edição de atos que regulamentem o referido monopólio (flexibilizado), permitindo que os partícipes concorram em igualdades de condições, de forma que o mercado tenha um desenvolvimento sustentável.

Ocorre que, da análise dos incisos do art. 177, verifica-se que nenhum vocábulo correlacionado com o signo "água" fora empreendido. Uma interpretação apressada, então, poderia levar à conclusão de que não compete à ANP disciplinar nada sobre o referido bem.

Como afirmado, tal solução é inadequada. Ao intérprete, não lhe é dado o direito de tomar conclusões apriorísticas, sob pena de a hermenêutica restar prejudicada.

Apenas, a título ilustrativo, tem-se que ANP, quando regula a forma de refinação do petróleo nacional, detém competência para impor o método que entende mais adequado para o refino (técnica que poderá ou não utilizar o bem água, de acordo com o crivo técnico da agência), pelo que não há falar em afronta ao limite regulatório.

Assim, de forma acessória, entende-se que a temática água pode ser objeto de regulação por parte da ANP, desde que correlata às atividades monopolizadas, e observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

Nesta senda, urge analisar como se encontram dispostas as competências na afamada "Lei do Petróleo, o que se fará no tópico seguinte.

7 AS COMPETÊNCIAS DA ANP EM FACE DA ÁGUA

O legislador ordinário, por meio da Lei n.º 9.478/97, integrou à moldura constitucional, dispondo, entre outras matérias, sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, o Conselho Nacional de Política Energética, a Agência Nacional do Petróleo.

Define a norma, tecnicamente, o termo petróleo, sendo este todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, por exemplo o óleo cru e condensado (art. 6º, I). Frise-se que, apesar do dispositivo, o mesmo não tem o condão de repelir interpretações outras dadas ao signo no texto maior, visto a Constituição não ser interpretada por intermédio das normas de menor escalão hierárquico.

Intentando ampliar os combustíveis renováveis na matriz energética, foi promulgada a Lei n.º 11.907/05, que alargou a competência da agência, doravante denominada de Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, (ANP)[11].

Do art. 8º, infere-se que a finalidade da ANP é a promoção da regulação, a contratação e a fiscalização das atividades que integram a indústria

11 Visto não se estar a analisar a temática Biocombustível, não cabe no presente estudo avaliar a constitucionalidade da ampliação legislativa, nem as competências da agência no tocante a este energético.

do petróleo, tendo sua competência sido discriminada em dezoito incisos desse dispositivo; ademais, a lei lhe atribuiu atividades outras correlatas ao segmento, como as do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, e o processo decisório de conflitos entre agentes econômicos e consumidores.

Nesta esteira, percebe-se que várias competências da autarquia abrem ensejo, por via oblíqua, para que sejam expedidas Portarias que abordem a temática "água", no que se refere à concretude das atribuições deste ente público.

Necessário afirmar, entretanto, que as Portarias, ou outros atos regulamentares porventura expedidos, não podem fugir da *mens legis* que norteia todo o texto normativo.

A título exemplificativo, quando se afirma a competência da ANP para a promoção de estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção (art. 8º, II), nada impede, e até se recomenda, que o ente público determine que os estudos afirmem a existência de reservatórios aqüíferos no subsolo, como forma de avaliar os impactos ambientais e econômicos que as atividades possam ocasionar.

No mesmo sentido, interpreta-se o inciso III deste artigo, que dispõe competir à ANP "regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas". Destaque-se que a agência não pode transmudar-se em órgão que prospecte água no subsolo, razão pela qual tais informações (obtidas a título acessório) devem ser enviadas para o ente competente.

Ademais, quando da elaboração dos editais e promoção das licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção do petróleo, incumbirá à autarquia especificar quais condutas devem ser tomadas nas hipóteses em que reservatórios aqüíferos se encontrem no campo de petróleo, tema este que impõe análise mais detida, posto, aparentemente, colidir com a competência da Agência Nacional de Águas – ANA.

Assim, embora os incisos X, XII e XVIII, sem prejuízo de outros, ofereçam abertura a que a ANP regule, indiretamente, questões da indústria petrolífera que se correlacionem com a temática "água", exigem-se breves considerações sobre a regra do inciso VII, *in verbis*:

> VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, **bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato**; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005). **(Grifo nosso)**

Poder-se-ia indagar da possibilidade da ANP impor sanções administrativas e pecuniárias aos reservatórios hídricos. Salvo hipótese de convênio com outra agência ou órgão público, entende-se pela negativa da indagação, dado a imposição de sanção para as questões hídricas não ser pautada nos fins da autarquia. Ocorre que, nos casos em que a questão "água" seja acessória à petrolífera (como a obrigatoriedade de informar à ANP a existência de mananciais aqüíferos para fins de exploração ou produção), entende-se que as sanções que decorrerão de descumprimento de normas afetas à indústria petrolífera encontram sucedâneo legal.

Pelo exposto, passa-se a discorrer sobre as portarias da ANP, de forma a verificar se a questão dos reservatórios hídricos já fora regulado, e, em caso positivo, se detém arrimo legal.

8 AS PORTARIAS DA ANP EM FACE DAS BACIAS HÍDRICAS

Não passou despercebido à ANP que as atividade da indústria petrolífera poderiam afetar o meio ambiente, especialmente os recursos hídricos. Na verdade, o tema meio ambiente, no que concerne a este segmento econômico, já é debate antigo, mormente as grandes catástrofes que ocorreram na história.

Nesta esteira, possível verificar a possibilidade de danos ambientais em todos os elos da cadeia (do poço ao posto), inclusive em fases preparatórias (sísmica, perfuração desenvolvimento, desmobilização, fechamento de poços).

Cumpre informar que os limites regulatórios, no tocante à preservação do meio ambiente, não se encontram devidamente estipulados, existindo verdadeira zona cinzenta de atuação e superposição entre os diversos

órgãos reguladores.

Apesar da miríade de objetos passíveis de estudo, analisar-se-ão as Portarias da ANP que se correlacionam à questão da água subterrânea que se encontra nos poços de exploração e produção e desenvolvimento de petróleo em terra.

Isto posto, no que se refere às Portarias sobre Definição de Blocos, tem-se as considerações a seguir expostas.

A **Portaria 283/01** estabeleceu, entre outras matérias, os procedimentos para a coleta de amostras de fluidos de poços perfurados nas bacias sedimentares brasileiras. O Regulamento Técnico, aprovado por esta norma, exige que, caso haja presença de água no poço exploratório, o concessionário envie à concessionária uma amostra de, no mínimo, dois litros de óleo isento de água (art. 26, §2º). Nota-se que a questão hídrica fica relegada a segundo plano ante a presença do óleo.

Caso o teste revele apenas água (art. 27), impõe-se o envio de uma amostra (sic) representativa da água da formação de, no mínimo, dois litros. As amostras deverão ser enviadas até sessenta dias após a coleta, informando-se: amostra de água; nome do poço; nome do bloco ou campo em que o poço foi perfurado; identificação do teste; data do teste e da coleta; hora da coleta; intervalo de profundidade do teste; tipo de operação e companhia operadora; identificação da formação geológica testada/amostrada; profundidade da coleta da amostra, caso se trate de amostra de fundo; local de coleta; temperatura em que a amostra foi coletada; **volume de água produzida até o momento da coleta**; pressões (fundo, garrafa de coleta), caso se trate de amostra de fundo; indicações da qualidade das amostras e contaminação; planilha contendo o volume dos fluidos utilizados e recuperados na operação, para as amostras de água; informação de "Basic Sediments and Water" (BSW), no caso de amostras de água; e características do fluido de completação (composição, salinidade, etc).

Das duas uma, ou a Portaria presume que outro órgão autorizou a extração e utilização da água, ou não existe controle sobre tal procedimento, pela norma se limitar a exigir mera informação sobre o volume de água produzida.

Outra Portaria que tem pertinência com a questão dos reservatórios aqüíferos é a **Portaria 114/01** (aprova a o Regulamento Técnico definidor dos procedimentos a serem adotados na devolução de áreas de concessão na fase de exploração) que, diante dos impactos ao meio ambiente que a desativação das instalações pode ocasionar (inclusive para os reservatórios de água), impõe ao concessionário que observe as normas expedidas pelos órgãos ambientais competentes (*sic*).

Quanto às atividades de desenvolvimento e produção, segue as considerações pertinentes sobre as normas da ANP.

A **Portaria 3/03** discorre sobre a comunicação de incidentes pelos concessionários à autarquia. Assim, nas hipóteses de risco ou de dano efetivo ao meio ambiente (como a contaminação das reservas aqüíferas), incumbe a notificação. O art. 2º reforça o mandamento, *in verbis*:

> Art. 2º O concessionário ou a empresa autorizada comunicará imediatamente à ANP, na forma prescrita pelo Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, **os derramamentos de óleo e as descargas de substâncias nocivas** ou perigosas**,** provenientes de instalações, unidades próprias ou de terceiros, **que atinjam** sua área de concessão, de autorização ou **águas sob jurisdição nacional**, inclusive as descargas admitidas nos art.s 15 e 16 da Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, conforme o caso. (**grifo nosso**).

A desobediência ao disposto na Portaria sujeita o infrator à penalidades previstas na Lei n.º 9.847/99 e no Decreto n.º 2.953/99.

Verificado que a questão das águas, mesmo que *an passant*, é abordada pelas mencionadas Portarias (e em tantas outras ela sequer é mencionada), cumpre abordar as **Portarias ANP nº 100/00** e **123/00,** para que as conclusões a serem expostas possam restar solidamente demonstradas.

A primeira, aprova o Regulamento Técnico do Programa Anual de Produção para os campos de Petróleo e Gás Natural, que dispõe sobre as questões relacionadas com o acompanhamento e fiscalização das atividades de produção[12].

12 Se existem ressalvas para a Portaria criar regras para a indústria, o que se dirá de um mero regulamento técnico O que vem sendo feito, ao nosso modo de ver, é uma delegação normativa indevida, de modo que estes, pela falta de embasamento jurídico de seus editores padecem, por vezes, de vícios insanáveis.

Nesta, afirma-se que, no Programa Anual (a ser elaborado pelos concessionários), devem constar as previsões de produção e movimentação de águas (item 1.4, 2.1). A partir do Item "7", a norma trata especificamente da matéria, que, pela importância, colaciona-se a seguir:

> 7. Previsão de produção e movimentação de água produzida associada
> 7.1 Os dados relativos às previsões de produção de água associada ao petróleo devem ser apresentados de acordo com o formato da Planilha 3, em anexo, e correspondem aos volumes que efetivamente se esperam produzir em cada campo.
> 7.2 Devem ser informados os volumes de água recebidos de outros campos ou de água captada, na superfície ou em subsuperfície (doce ou salgada) com a finalidade de injeção.
> 7.3 Devem ser apresentadas as previsões de volumes de injeção de água, separadamente, apenas com a finalidade de recuperação secundária em reservatórios.
> 7.4 Devem ser informadas as previsões dos volumes de água produzida a serem descartados em poços (injetados) e descartados na superfície, dentro do campo, nos locais estabelecidos no Programa de Trabalho e Orçamento, além dos volumes a serem transferidos para fora da área do campo.
> 7.5 Informar no Anexo 1 o local de destino da água transferida (outro campo, um terminal, refinarias, etc.).

Infere-se que o concessionário, na ótica da ANP, pode valer-se da água para fins econômicos, extraindo-a, injetando-a, descartando-a na superfície, ou mesmo transferindo-a (para terceiros?) para locais fora da área de campo.

Em síntese apertada, para o ente público a água torna-se um bem de menor importância, e a agência contenta-se em ser informada do uso (in)devido.

Como se não bastasse, a **Portaria ANP nº 123/00** (que estabelece o Regulamento Técnico do Programa Anual de Trabalho e Orçamento para os campos de Petróleo e Gás Natural, e dá outras providências) possibilita: a perfuração de poços injetores, de descarte ou de captação de água (Item 7.1, alíneas "b" e "c"); plantas de processo e utilidades para tratamento de água para injeção, estações de vapor, e demais utilidades; a construção de sistemas de escoamento da produção baseados em bombas, aquadutos, tancagem de água, (Item 12.1).

Verifica-se que a Portaria contenta-se em exigir, do concessionário, que informe os investimentos feitos em equipamentos destinados à proteção ambiental (descarte de águas, tratamentos de efluentes, prevenção de contaminação de aqüíferos e cursos de águas, etc). Entretanto, de forma reiterada, a autarquia deseja tão-somente saber os gastos com a prevenção ou reparação de danos ambientais, e não os benefícios econômico-financeiros que o particular aufere com a utilização do bem público.

Pelo exposto, pode-se inferir que o sistema normativo, no que se refere aos reservatórios hídricos em campos petrolíferos, não se encontra consolidado. Por vezes, o Ente Público limita-se a tecer meras exortações para que os particulares obedeçam às normas (ambientais) outras; de outra forma, percebe-se que o uso da água, enquanto bem econômico, passa despercebido à autarquia ou, o que é pior, é deveras incentivado em detrimento do interesse social ou econômico que representa para a sociedade.

A análise das Portarias ANP 283/01, 114/01, 3/03, 100/00 e 123/00 demonstra que, nos confins do Brasil, a água está sendo livremente empregada, pelos particulares, na obtenção de lucro, sem a contraprestação devida, o que enseja urgente repensar crítico sobre o assunto.

Tendo em vista as considerações aduzidas do prisma da indústria do petróleo, indispensável observar o assunto do prisma da Agência Nacional de Água - ANA, o que se dará nos tópicos a seguir expostos.

9 ÁGUA: NOVO PARADIGMA E VELHOS DESAFIOS

A água é bem imprescindível à vida humana. Sem ela, o ser humano torna-se fadado à morte. Mas do que condição de subsistência, ela é trampolim para o desenvolvimento das civilizações, como noticiado por Luciana Cordeiro de Souza em sua obra Águas e sua proteção[13].

Percebe-se, da evolução histórica dos povos antigos, que a água fora amplamente empregada nas mais diversas atividades e setores. Buscando usu-

13 A autora após afirmar a presença da água na formação do Universo e do Planeta Terra traz escorço histórico demonstrando que as civilizações fundaram suas bases territoriais de acordo com a proximidade dos mananciais, como por exemplo os egípcios e os fenícios. Outros povos, como os palestinos, os persas e os romanos também tiveram que adequar suas vidas na busca por esse indispensável bem.

fruí-la, os povos se moveram para junto dos mananciais, ou desenvolveram as tecnologias necessárias para que a água fosse distribuída na comunidade.

Da rápida visão que se trava, faz-se necessário aditar duas premissas indispensáveis. A primeira, é que o homem não detém meios tecnológicos para criar água. A segunda, é que o bem água é finito, e por vezes, escasso.

Não se desconhece o fato de água "abundar" no "planeta Terra"; ocorre que é mister frisar a falta dela no seio de diversas sociedades. Desta forma, o uso privado e indiscriminado da água cedeu espaço a uma reflexão crítica sobre o agir humano.

Não se questiona apenas a forma de abastecimento das civilizações, mas sim, o modo pelo qual este bem está sendo empregado.

Nessa ótica, a água tornou-se um bem ambiental, passível de proteção, para as presentes e futuras gerações. Meio ambiente que é, percebeu-se que ela é essencial à sadia qualidade de vida, pelo que sua defesa é dever do Poder Público e da coletividade (CF/88, art. 225).

A ótica privada do "meu" cedeu espaço à visão do coletivo, que preconiza o "nosso". Proclama-se a garantia da água como forma de priorizar o meio ambiente e, por conseguinte, o próprio ser humano.

Apesar do ideário, um fato é notório: a água jamais deixou de ser consumida (para não se dizer mal consumida). Não sabendo o dia em que ela acabará, e não se importando com os que lhe sucederão, o homem abriu as torneiras, lançou seus dejetos nos rios, deixando para as páginas da história as atrocidades cometidas contra ele mesmo.

Embora o discurso ambientalista talvez tenha refreado a ânsia predatória, atualmente paga-se pela água utilizada, e a situação tende a se agravar.

Desta feita, pela importância que a água detém, pelos custos operacionais do seu consumo, e em face da escassez, a água passa a ser compreendida, também, por um prisma econômico.

No seio de uma empresa, os custos fixos e variáveis sobressaem em termos de importância, razão pela qual a minimização dos gastos e encargos, de regra, é mira maior. Assim, é de interesse do empresário que a água, atividade-fim ou meio para a realização de seus objetivos, seja obtida gratuitamente, ou a um custo marginal. Onerar a aquisição do bem enseja

reflexos no valor final do produto, diminuindo a competitividade, ou mesmo inviabilizando a mercancia.

Se a água pode ser objeto da própria mercancia, também necessário afirmar que, no estágio atual, não é dado ao investidor auferir lucros sem nada retribuir à sociedade. Valendo-se de recurso indispensável à sobrevivência da humanidade, o empresário tem o dever, quando autorizado pelo Poder Público, de fornecer a contraprestação devida.

Desnecessário enumerar todas as atividades que se podem valer da água. O que não pode ocorrer é que ela - extraída nas atividades de exploração e produção de petróleo - seja descartada ao bel-talante do *player* da indústria, como se infere das Portarias da ANP.

Se nova feição é atribuída à água (enquanto bem eminentemente econômico), abrem-se as portas à superação dos desafios que o paradigma traz consigo.

Equacionar a atividade empresarial com a sustentabilidade do meio ambiente é tema que não pode fugir ao debate. Enquanto bem jurídico, os recursos hídricos exigem a reflexão sobre o real valor para sua utilização e transferência ao particular.

Além do valor – que deve levar em conta tanto a presente quanto as futuras gerações – há de se indagar sobre a quantidade do bem passível de uso ou usufruto, tendo em vista que ao mais rico não deve ser dado o direito de se apropriar, indistintamente, do bem, em detrimento do mais pobre.

Outro questionamento de real importância diz respeito ao emprego dos recursos hídricos. Opção política a ser traçada, verifica-se que pautas de prioridades hão de ser desenhadas, de forma que a água não seja empregada em funções menos nobres.

Diante da relevância do tema, indispensável tecer comentários sobre os regramentos jurídicos dados à água, notadamente os recursos hídricos que se encontram no subsolo, o que se fará a seguir.

10 O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

Não passou despercebida do legislador constituinte originário a im-

portância da água para o seio social. Assim, dispôs em capítulo próprio sobre o meio ambiente (art. 225), que, entre outras coisas, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Donde se impõe ao Poder Público e à coletividade, o defendê-lo e o preservá-lo para as gerações humanas.

Parte integrante do meio ambiente, a água deve ser compreendida como um bem de uso comum do povo, pelo que, neste diapasão, supera-se a dicotomia de bens públicos e privados. Nesta ótica, não detém o Estado o poder de livremente aliená-la, em detrimento dos parâmetros constitucionais esculpidos; condição e existência de continuidade do próprio meio ambiente, a água detém um regime jurídico constitucional nos moldes estabelecidos no art. 225 da Constituição Federal.

Apesar do afirmado, a Constituição é ciente do poderio econômico, estratégico e social que os recursos hídricos representam. Portanto – em face do modelo federativo preconizado – repartiu entre os entes políticos da República a titularidade sobre as reservas hídricas.

Verificam-se como bens da União: 1 – 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; 2 – os potenciais de energia hidráulica.

Incluem-se, entre os bens dos Estados (CF/88, art. 26): 1 –, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

A Carta Magna especifica que tais reservas hídricas são efetivamente bens públicos dos entes federados já discriminados, razão pela qual assim devem ser tratados.

Quando as reservas hídricas subterrâneas se estenderem por mais de um Estado membro, a titularidade sobre o bem caberá a cada um dos entes da Federação, na proporção do território. Não parece correta a exegese constitucional que, por analogia com o art. 20, III (correntes de água que banhem mais de um Estado), concede à União a titularidade sobre essas específicas reservas subterrâneas.

De plano, verifica-se o choque federativo, em razão de a atividade de exploração e produção de petróleo ser monopólio da União (capaz de produzir água) e as águas subterrâneas bens do Estado onde se localizam. Não sendo guardada a razoabilidade e proporcionalidade exigida, percebe-se que o Estado membro pode pretender obstaculizar a atividade petrolífera, bem como a União (ou seus contratados) pretender atuar sobre bens que não lhe pertencem.

Se o regime dominial pode apresentar problemas, o que não se dirá da competência legislativa atinente ao tema. O legislador constituinte poderia ter sido mais feliz ao tratar da matéria, definindo formato outro que não o atualmente existente. Ao investidor, restam as dúvidas e perplexidades sobre as normas e os órgãos executores a que seu mister deve subordinar-se, mormente os art. 22 e seguintes do texto maior.

Trazida tais considerações, importante a observação de como se encontram as normas infraconstitucionais atinentes ao debate.

11 O REGIME JURÍDICO LEGAL DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

A Constituição, em nítido caráter centralizador, atribuiu a competência à União de legislar sobre águas (art. 22, IV). O parágrafo único do citado artigo abre ensejo a que o Ente central (por meio de Lei Complementar) autorize os Estados a legislarem sobre questões específicas desta matéria.

Compete, ainda, à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações (art. 21, XVIII); instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de seu uso (art. 21, XIX); e instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX).

Enquanto competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estes devem: 1 - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; 2 - preservar as florestas, a fauna e a flora; 3 – promover a melhoria do saneamento básico; e 4 – registrar, acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seus territórios.

Outras matérias ainda se podem correlacionar à temática águas, notadamente no âmbito da competência concorrente da União, Estados e Dis-

trito Federal, tais como: 1 – produção e consumo; 2 – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; 3 – responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor; proteção e defesa da saúde.

Percebe-se que, no âmbito da competência comum e concorrente, embora não regulem diretamente sobre águas, as matérias descritas podem impor que o tema seja tratado.

Da Magna Carta, ainda, por meio de exegese constitucional, infere-se que os Estados e os Municípios podem também regular o tema, ainda que a centralização na União seja evidente.

Os recursos hídricos há muito já foram postos no sistema jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 já dedicava, dentro dos direitos de vizinhança, normatização específica às águas (art. 563 *usque* 568).

Diante da complexidade e da necessidade de novos paradigmas para a matéria (que até então era compreendida sob o espírito individualista[14]), em 17 de julho de 1934 promulgou-se o Código de Águas (Decreto n.º 24.643).

A mudança de paradigmas deu-se com o advento da Lei nº 6.938/81, que instituiu uma política nacional do meio ambiente.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, entendeu-se por bem que competiria ao ente central a competência para instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, bem como a definição dos critérios de outorga do direito de uso da água (CF/88, art. 21, XIX).

Para tanto, promulgou-se a Lei nº 9.433/97. Infere-se que a política a ser traçada há de ter como fundamentos: **1 – a água é um bem de domínio público; 2 – a água é um recurso natural limitado, com valor econômico**; 3 – caso haja escassez; os recursos hídricos serão destinados prioritariamente para o consumo humano e a dessedentação de animais; 4 – a gestão deve proporcionar o uso múltiplo das águas; 5 – gestão descentralizada,

14 Os considerandos do Decreto corroboram o afirmado, in verbis: "Considerando que o uso das águas no Brasil tem-se regido até hoje por uma legislação obsoleta, em desacôrdo com as necessidades e interesse da coletividade nacional; Considerando que se torna necessário modificar esse estado de coisas, dotando o país de uma legislação adequada que, de acôrdo com a tendência atual, permita ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas; Considerando que, em particular, a energia hidráulica exige medidas que facilitem e garantam seu aproveitamento racional; Considerando que, com a reforma porque passaram os serviços afetos ao Ministério da Agricultura, está o Governo aparelhado, por seus órgãos competentes, a ministrar assistência técnica e material, indispensável a consecução de tais objetivos; [...]"

integrada pela participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades; e 6 – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Enquanto instrumentos da Política Nacional de Recursos hídricos (art. 5º, incs.) tem-se: 1 - os Planos de Recursos Hídricos; 2 - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; **3 - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; 4 - a cobrança pelo uso de recursos hídricos**; 5 a compensação em favor de municípios; e 6 - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos. Percebe-se, portanto, que a água deixa de ser tão-somente integrante do meio ambiente, passando a ser bem de domínio público, com valor econômico, devendo haver pois a cobrança pelo uso dos recursos hídricos do Brasil.

Nesta esteira, com o fito de garantir o controle quantitativo e qualitativo dos usos de água bem como o efetivo exercício dos direitos de acesso a ela, o legislador ordinário afirmou que o uso destes recursos só pode ocorrer com a obtenção de outorga de uso, pelo Poder Público. A outorga de uso deve ser obtida, notadamente: 1 - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; **2 - extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo**; 3 - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; 4 - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; **5 - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água**. Apesar de os itens "1", "3" e "4" também poderem ser aplicados, percebe-se que os itens "2" e "5" trazem carga normativa bastante para se concluir que as os *players* que explorem e produzam petróleo onde existam águas subterrâneas significantes possam obter a outorga de uso do poder competente.

Ademais, nas hipóteses em que à Lei seja desrespeitada (ex: perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização), a infração é passível de advertência, multa (simples ou diária proporcional à gravidade da infração), embargo (provisório e definitivo), e

tamponamento dos poços de extração de água subterrânea.

Visando a implementar a referida Política e coordenar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, bem como outras providência, criou-se, em 17 de julho de 2000, com a Lei nº 9.984/00, a Agência Nacional de Águas – ANA, autarquia em que, de acordo com as molduras já delineadas, e de sua própria lei instituidora, tem parcela de competência para regular a questão das águas nos campos petrolíferos.

Quando em cotejo a Lei nº 9.433/97, mormente seu art. 14, § 1º, depreende-se que a outorga do direito de uso caberá ao Poder Executivo Federal, Estadual ou do Distrito Federal (de acordo com a titularidade do bem).

Acrescente-se que, embora caiba à ANA supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos, bem como disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 4º, inc. I e II), à Lei 9.984/00, compete-lhe a outorga, apenas e tão-somente, do direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União.

Sob a mesma ótica, se a competência conferida à autarquia para a arrecadação, distribuição e aplicação das receitas auferidas pelo uso de recursos hídricos restringe-se aos bens da União (Lei. 9.984/00, art. 4º, inciso IX), e se a Lei nº 9.433/97 impõe que o uso de recursos hídricos sujeitos a outorga seja efetivamente cobrado (art. 12), pode-se concluir que os Estados detêm competência para cobrar o uso de seus mananciais.

Por todo o exposto, constata-se um intrincado sistema normativo que põe o investidor em incertezas indesejáveis, com a falta de comunicação e convênios entre os órgãos governamentais, desprestigiada está a água, apesar da extensa normatividade que se dedicou a este bem econômico.

12 CONCLUSÃO

O princípio da legalidade, ainda mais no contexto globalizado, impõe e determina a hermenêutica constitucional, notadamente no tocante à regulação das agências regulatórias.

Os decretos, regulamentos e instruções visam a operacionalizar a Lei, não criando Direito; entretanto, podem impor exigências e especificações que integram o tecido jurídico-normativo.

Com o advento do Programa Nacional de Desestatização o Estado Brasileiro, de forma infraconstitucional, alinha-se ao intento do neoliberalismo global, modificação esta que não pode ser de plano tida por negativa.

Para tanto, as atividades que eram exploradas indevidamente pelo poder público, com o Programa, passaram para a iniciativa privada, competindo ao Estado a mera regulação

Ademais, num cenário global, o Brasil não pode abrir mão do influxo internacional, embora as mudanças operadas e as opões políticas a serem tomadas devam ter em mira os objetivos estampados na Constituição Republicana.

Ademais, a flexibilização do monopólio sobre as atividades do petróleo é reflexo do anseio nacional e internacional, reprimido com a promulgação da Constituição.

Entretanto, por deter força normativa própria, a Constituição Federal sempre orientará a indústria petrolífera nacional.

Nesta ótica, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade servem à indústria, especialmente quando a ANP regula a temática "água".

A análise das Portarias da ANP demonstram que, na ótica desta agência, a água pode ser livremente utilizada e apropriada pelos particulares, sem contraprestação devida, pelo que não há a correta percepção de que ela é um bem econômico, ou não é necessária cooperação com a ANA.

Isto posto, a água deve ser compreendida como bem passível de mercancia, razão pela qual sua aquisição e utilização impõe a respectiva outorga de uso, bem como a retribuição em favor das presentes e futuras gerações.

Ocorre que, em face da divisão de competências, é factível a ocorrência de atritos entre os entes federativos, no que pertine às àguas subterrâneas e às atividades petrolíferas.

Portanto, faz-se mister um repensar crítico das normas vigentes e da atuação dos órgãos governamentais, visto as forças reais de poder nem sempre se subjugarem à realidade normativa, de forma que os perdedores são todos os envolvidos nesta difícil tarefa de construção da Nação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Júris, 2004.

_____. **Proteção Ambiental nas atividades de exploração e produção de petróleo:** aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política**... E o Meio Ambiente? Curitiba: Juruá Editora, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia (Coord.). **Direito regulatório**: Temas Polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2004

DIREITO DO PETRÓLEO EM REVISTA, Natal, ano 1, v. 01, jan./jul.,2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Águas:** aspectos jurídicos e ambientais. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.
GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZELLO, Maria D´ Assunção Costa. **Comentários á Lei do Petróleo**: Lei Federal nº 9.478, de 06-08-1997. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

SANTOS, Edmilson Moutinho dos; ZAMALOLOA, Guido Carrera; FAGÁ, Murilo Tadeu Werneck. **Gás natural**: estratégias para uma energia nova no Brasil. São Paulo: Annablume, Fapesp, Petrobrás, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar et al. **Direito Ambiental Aplicado à Indústria do Petróleo e Gás Natural**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Facão (Coord). **Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005.