

A EXPLORAÇÃO DE RESERVATÓRIOS HIDRELÉTRICOS, SUBMETIDOS AO CONTROLE MULTI-INSTITUCIONAL.

AFONSO HENRIQUES MOREIRA SANTOS DSc¹
ROBERTO ALVES DE ALMEIDA DSc²
SANDRO MASSELI³

RESUMO

O trabalho faz uma revisão dos princípios legais e do direito sobre o uso, direto e indireto, dos recursos hídricos, buscando evidenciar, não só o conflito entre os usuários, mas, também, o conflito real ou potencial entre diferentes instituições, nos níveis da União, dos Estados e Municípios, destacando-se o controle sobre a exploração dos reservatórios das centrais hidrelétricas. Conclui-se pela necessidade de por em prática os princípios da lei 9433, que permitirão a incorporação dos diferentes interesses nos critérios para a construção e operação das hidrelétricas.

1- INTRODUÇÃO

A discussão sobre o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos advém do Código de Águas de 1934, que o preconizava para os reservatórios hidrelétricos em seu art. 143, sendo que o referido instituto só foi efetivamente consolidado no ordenamento jurídico brasileiro com a lei 9.433 de 1997, que além disto, instituiu a política nacional dos recursos hídricos. Assim, com o objetivo de implantar esta política, que determina a gestão dos recursos hídricos através do aproveitamento múltiplo da água (art. 1º, IV da lei 9.433), o legislador criou a Agência Nacional das Águas – ANA, através da lei 9.984 de 2000, sendo, esta agência, um órgão executivo dotado de competência para, também, conceder outorgas de uso dos recursos hídricos, porém para as águas de domínio federal.

No entanto, a operação dos reservatórios hidrelétricos é de responsabilidade do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, que a efetua através da maximização de geração elétrica buscando o menor custo. Submete-se, ainda, a restrições técnicas, definidas em um trabalho conjunto do ONS com a ANA (art. 4º §3º da lei 9.984/2000). Complementarmente, os “procedimentos de rede”, que incluem a exploração dos reservatórios hidrelétricos, são definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (art. 13 da lei 9648/98).

A Constituição Federal de 1988 determina, no inciso XI do artigo 23, que é de competência comum da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, o registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios, sendo que, além disso, no mesmo artigo, o inciso VI atribui, ainda, competência para estes entes federativos na proteção ao meio ambiente. Deduz-se, daí, que instituições responsáveis pela gestão de recursos hídricos e ambientais, nos

¹ Professor Titular do CERNE-Centro de Estudos em Recursos Naturais e Energia da Universidade Federal de Itajubá. afonso@iee.efei.br

² Pesquisador do CERNE da Universidade Federal de Itajubá. roberto@iem.efei.br

³ Mestrando em Engenharia da Energia pela Universidade Federal de Itajubá (bolsista Capes), vinculado ao CERNE. sandro@efei.br

âmbitos municipais e estaduais, deveriam estar diretamente envolvidas de forma complementar e suplementar na definição das restrições operativas dos reservatórios hidrelétricos, situação esta não verificada atualmente.

Ao longo do tempo comunidades instalaram-se e desenvolveram-se no entorno dos reservatórios das centrais hidrelétricas, embasando suas economias na exploração do turismo, da agricultura através da irrigação, da aquicultura, do transporte aquaviário, além de fazer uso de suas águas para o abastecimento urbano. A construção de grandes reservatórios, em outros períodos, trazia, em si, o enfoque principal de produção de eletricidade através da regularização de vazão, necessária à atenuação da sazonalidade tropical, tendo estes, em toda história, sua operação exclusivamente determinada pelos interesses do setor elétrico, institucionalmente bem definidos, o que não é o caso dos demais setores citados, haja visto que alguns deles não possuem nem mesmo uma estrutura institucional própria.

Quando se verifica a operação destes reservatórios, percebe-se que o uso múltiplo, legalmente determinado, gera um grande conflito: o setor elétrico visa somente a geração elétrica, e os demais setores ficam à margem dessa definição, sujeitando-se às cotas do espelho d'água que dificultam ou impedem suas sobrevivências. Desta forma, torna-se necessária a avaliação do reflexo que este conflito operativo causa à sociedade, ou seja, o que seria mais prejudicial a ela, deixar de produzir energia para satisfazer os demais setores exploradores do reservatório ou produzir energia sem se preocupar com as repercussões ocasionadas aos demais.

O que se enfoca neste trabalho são a falta de instituições competentes para a defesa de certos setores que fazem uso dos corpos d'água, o não exercício pleno, por parte de alguns poderes, dos deveres relativos à gestão das águas em seus territórios e a supremacia do setor elétrico, com seus organismos próprios, sobre os demais.

2 - COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS SOBRE OS RECURSOS HÍDRICOS

Competência é a autoridade que o estado delega a determinado ente, administrativo ou não, sobre tal assunto ou patrimônio. A demonstração das competências, constitucionalmente garantidas aos órgãos administrativos, é de suma importância para este trabalho, já que assim verificam-se os legítimos detentores do poder de atuação, nas diferentes áreas.

Segundo Maria Helena Diniz (1998)¹, competência, para o Direito Administrativo, é a aptidão de uma autoridade pública, órgão ou funcionário público, para efetivação de certos atos ou para apreciar e resolver determinados assuntos. Para o trabalho, adotar-se-ão, primeiramente, as competências estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a competência legislativa e administrativa, referidas, diretamente ou indiretamente, aos recursos hídricos.

2.1 – Competência legislativa

Seguindo seu princípio federativo, a Constituição Federal delegou competências legislativas exclusivas, ora à União (art. 22), ora aos Estados (art. 25, § 1º.) e Distrito Federal (art. 32, § 1º.) e ora aos Municípios (Art. 30, I e II), além de competência concorrente a estes entes (art. 24).

Para o melhor entendimento do trabalho, passa-se a enumerar a competência legislativa de cada um desses, restringindo-se àquelas relevantes ao tema “água”.

a- Competência legislativa exclusiva da União:

Conforme determina o artigo 22 da Constituição Federal, trata-se de competência exclusiva da União, dentre outros assuntos, legislar sobre:

“IV – águas, energia, informática, telecomunicação e radio difusão;

X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI – Trânsito e transporte “;

Porém, o parágrafo único do referido artigo autoriza a delegação de tal competência legislativa para os Estados, através de Lei Complementar, ainda inexistente.

b- Competência legislativa concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Em seu artigo 24 à Constituição Federal dá atribuição comum aos entes federados nos seguintes temas relativos à água:

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

VII – Proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – Responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, cultural, turístico e paisagístico;”

Concorrente, a Constituição limitou à União a competência de estabelecer normas gerais, atribuindo aos Estados o dever de legislar de forma complementar. A lógica constitucional reflete a realidade da sociedade, posto que os assuntos selecionados neste artigo são de maior interesse local, dando, assim, ao cidadão importância maior, sem, contudo, excluir os interesses coletivos maiores. É a descentralização sem chegar ao cúmulo do feudalismo.

c- Competência legislativa exclusiva dos Estados

Para os Estados, a constituição federal reservou-lhes a competência de legislar somente sobre os assuntos nos quais a constituição não lhe vedou autoridade nem a atribuiu exclusivamente à União.

d- Competência legislativa exclusiva do Distrito Federal

O Distrito Federal detém da competência de legislar sobre as mesmas matérias reservadas aos Estados e aos Municípios.

e- Competência legislativa exclusiva dos Municípios:

Ao Município compete legislar sobre matérias de interesse local, que não contrarie legislação federal ou estadual vigente.

2.2 – Competência administrativa.

A competência administrativa, aqui levantada, trata-se da autoridade da administração pública para cuidar dos assuntos de sua responsabilidade, sendo que neste trabalho aborda-se somente os aspectos voltados aos recursos hídricos. Por vezes, o domínio é suficiente para definir a competência plena administrativa. No entanto, existem competências concorrentes, mesmo este não havendo. Desta forma, domínio de bem público e competência administrativa quase sempre se confundem, porém uma não está inserida na outra, isto, face à

preocupação da Constituição de descentralizar os assuntos de interesse regional e local, conforme vê-se em alguns artigos, onde atribui competência comum para os entes da federação, não só no tocante à legislativa como também à administrativa.

Embora a discussão de competência e domínio seja de fundamental interesse, não é este o foco deste artigo. Aqui, busca-se uma interpretação menos hermenêutica, atendo-se às necessidades das populações, o que, em última instância, deveria conduzir a prática do direito. José Afonso da Silva (2000)² afirma: “O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional* e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*...”

a- Competência administrativa da União

Conforme determina a alínea “b”, do inciso XII, do artigo 21 da Constituição Federal, é competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidrenergéticos. A alínea “d”, do mesmo inciso, estabelece, ainda, que os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, e dos portos marítimos, fluviais e lacustres, também deverão ser explorados pela União.

No tocante ao aproveitamento energético dos cursos d’água, não haveria a necessidade de se definir competência à União, posto que já é dela o potencial hidrenergético. Deduz-se, daí, que o objetivo do artigo 21 é o de permitir a exploração dos mesmos de maneira indireta e o de estabelecer a obrigatoriedade de articulação com os Estados, para a exploração hidrelétrica. Entende-se, aqui, como “exploração” a construção e operação do aproveitamento energético, e “articulação” não é meramente um processo de comunicação ou de aconselhamento, constituindo-se, sim, em uma decisão comum, partindo-se de iniciativa da União.

Ainda no artigo 21, verifica-se a competência da União: no planejamento e na defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; na instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e na definição de critérios de outorga de direitos de seus usos, o que foi efetivamente cumprido através da lei 9.433/97, que institui a política nacional de recursos hídricos e determina o aproveitamento múltiplo das águas.

Porém, o artigo 23 da Constituição atribui competência comum à União, aos Estado e Distrito Federal e aos Municípios, o registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Fica, pois, definidas ações concorrentes e harmônicas que devem buscar o interesse coletivo sem oprimir os interesses locais, independente de quem seja o domínio.

O artigo 20, da Constituição Federal, indica, também, entre os bens da União, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, se estendam a

território estrangeiro ou dele provenham. Também são da União as águas em depósito, em rios estaduais, quando decorrentes de suas obras (art. 26, inciso I). Este último ponto, foco de muita contestação, está submetida a exigência constitucional de edição de lei, que ainda não ocorreu, não havendo, tampouco legislação anterior que seja recepcionada.

b- Competências administrativas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Aos Estados e ao Distrito Federal, a Constituição (art. 26, I) reservou o domínio das águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas aquelas de domínio da União.

De forma recíproca à União, conforme estabelecido no artigo 23 da Constituição Federal, os Estados poderão ter, em suas águas, ações administrativas de fiscalização, registro e acompanhamento por parte dos municípios e da própria União.

3- O USO MÚLTIPLO DAS ÁGUAS EM RESERVATÓRIOS DE HIDRELÉTRICAS E OS CONFLITOS INSTITUCIONAIS

A discussão sobre o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos já possui um caráter histórico, já que seu debate existe desde o início do século passado, tendo como um grande defensor o engenheiro Catullo Branco. Sua determinação legal surgiu já com o Código de Águas de 1934, em seu artigo 143, que estabelecia:

“Em todos os aproveitamentos de energia hidráulica serão satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais:

- a) da alimentação das necessidades das populações ribeirinhas;*
- b) da salubridade pública;*
- c) da navegação;*
- d) da irrigação;*
- e) da proteção contra inundações;*
- f) da conservação e livre circulação do peixe;*
- g) do escoamento e rejeições das águas.”*

Quando do momento histórico da elaboração deste código, o Brasil passava por uma intensa modificação, alterando a prioridade econômica de rural para industrial. Esse desenvolvimento industrial necessitava de uma grande ampliação da geração elétrica. Mais tarde, após a segunda guerra, grandes usinas hidrelétricas surgiram e com elas extensos reservatórios, que objetivavam somente a regularização energética.

Segundo Catullo Branco, citado por Hélio B. Costa³ (2002), o conceito de uso múltiplo das águas previa que, para o manejo racional, deveriam ser incluídos os seguintes aspectos: o saneamento, o abastecimento de água potável, aproveitamento das águas na agricultura, através da irrigação, a piscicultura, o transporte hidroviário, as atividades de lazer e turismo e também, a produção de energia elétrica. Porém, somente com a Lei 9.433/97 é que o referido preceito toma força e é efetivamente posto em prática, já que esta o determina como um dos princípios da política nacional dos recursos hídricos.

A gestão dos recursos hídricos se preocupa com dois aspectos: a quantidade e a qualidade. Quando se trata de reservatórios de centrais hidrelétricas, estes conceitos têm que ser analisados de uma maneira mais ampla. Exemplo claro

disto é a importância do nível d'água desses lagos para o lazer e o turismo, independentemente se fazem uso direto da água. Assim, o efeito paisagístico do espelho d'água é afetado pelo nível operativo, que é consequência do balanço quantitativo (o volume inicial, mais o que aflui, menos o que sai, resulta no novo volume armazenado e um correspondente nível).

A questão da qualidade tem recebido, historicamente, pouca atenção da sociedade, embora tenha evoluído legalmente nas últimas décadas. Por vezes, este avanço tem estado distante da realidade sócio-institucional do país, tornando-se "letra morta". Este tem sido o caso nos reservatórios focados. A classificação dessas águas é de classe I, exigindo dos usuários um tratamento dos efluentes bastante sofisticado. O que ocorre, de fato, é que, em sua maioria, os esgotos têm sido lançados "in natura", e um tratamento primário não obteria o licenciamento ambiental, posto que não resulta em água de mesma qualidade que o referido corpo d'água. Problemas como este são comuns na exploração dos potenciais hidrenergéticos.

Na seqüência, focar-se-ão alguns usos concorrentes das águas, em centrais hidrelétricas, destacando-se, não o conflito do uso, mas, sim, o conflito das instituições que zelam por setores usuários ou por interesses difusos, em diferentes níveis institucionais.

a- Saneamento

O consumo humano é tido como o uso prioritário da água, não apenas pelo determinado pela Lei 9.433/97, mas por tratar-se do direito à vida, que é um dos princípios basilares do Direito. Como consequência natural, tem-se o esgoto, com grandes impactos na saúde pública.

As comunidades instaladas no entorno dos reservatórios sofrem uma grande influência da operação dos mesmos, já que, em tempos de seca e geração intensa de energia, os reservatórios diminuem seu volume, o que desloca a borda de sua posição inicial (reservatório cheio), ocasionando, por vezes, a impossibilidade de captação da água, e, no caso do lançamento de dejetos, o surgimento de esgoto a céu aberto, o que influenciará não somente a salubridade pública, como também o turismo.

É competência Municipal os serviços locais de distribuição de água e captação e tratamento de esgoto. No entanto, o lançamento de esgotos nos reservatórios enfocados demandaria autorização dos órgãos ambiental e de água, no nível federal, e, como reflexo da "articulação" estabelecida no artigo 21 da Constituição Federal, e das competências comuns estabelecidas no artigo 23 os Estados deveriam estar presente, definindo, conjuntamente, níveis operativos, condições de captação e lançamento. Ao se ausentarem, os Estados sujeitam-se a ações do Ministério Público que tem a função precípua de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Enfocando os princípios estabelecidos na lei 9.433/97, o comitê de bacia hidrográfica deveria ter papel preponderante nas definições do uso das águas no seu sentido "lato", sem, entretanto, ter um caráter exclusivo ou excludente. O inciso II do artigo 38, da lei 9.433 de 1997, estabelece o papel de árbitro aos comitês, prevendo recurso aos conselhos superiores de recursos hídricos. Este modelo institucional, baseado em conselhos, tem obtido razoável sucesso na área ambiental, como demonstra o Conama. Entretanto, se aproxima mais de um

arranjo institucional onde o Estado é mais forte do que o governo, típico dos regimes parlamentaristas.

Resumindo: seguindo-se as disposições constitucionais, o número de instituições presentes neste tema seria bastante elevado. A questão que se coloca refere-se à tomada de decisão, com tal número elevado de agentes.

b- Agricultura e pecuária

A história mostra que o surgimento das primeiras civilizações se deu à margem de grandes rios, basicamente utilizados para o consumo humano e agropecuária, base da economia e do sustento destas. Em muitos casos a prática da irrigação era comum, destacando a importância histórica que esta tem no aproveitamento do recurso hídrico.

No Brasil, a política nacional de irrigação foi fixada por meio da lei 6.662 de 25-06-79, alterada pela lei 8.657, de 21-05-93, e regulamentada pelo decreto 89.496, de 29-03-84, também alterado pelo decreto 2.178, de 17-03-97. Esta, em suma, tem como objetivo o aproveitamento racional de recursos de água e de solos para a implantação de desenvolvimento de agricultura irrigada, atendendo-se princípios como a preeminência da função social e utilidade pública do uso da água e solos irrigáveis e o estímulo e maior segurança às atividades agropecuárias, prioritariamente nas regiões sujeitas a condições climáticas adversas (art. 1º., I e II, da lei 6.662, de 1979).

Em certos países, como a Espanha, a irrigação é vista como serviço público. No Brasil esta definição não é clara, existindo situações onde ela se caracteriza como tal. Notadamente, quando resultante de obras da União, o serviço de irrigação é cobrado com base em preços públicos, ou seja, tarifa. Entretanto, não existe, claramente, uma instituição pública, seja agência reguladora ou administração direta, que regule esse serviço público. Sendo a irrigação o maior usuário consuntivo da água, e estando ela, por vezes, associada a uma prestação de serviço realizada pelo Estado ou por particulares, parece ser interessante a formalização de um ente regulador e de outorga para este setor. Dizer que a ANA cumpriria este papel é, no mínimo, exigir da mesma um viés, que desequilibraria os diferentes setores usuários. Além do mais, como será visto adiante, esta agência tem características peculiares, diferenciando-se das demais agências reguladoras.

A história recente tem demonstrado que a irrigação cresce significativamente ao largo dos reservatórios de hidrelétricas, desfrutando da facilidade de captação. É evidente que a variação significativa de nível traz transtornos acentuados nos sistemas de captação, normalmente, coincidindo deplecionamentos mais significativos com os períodos de maior exigência de irrigação, que são as estações secas.

Desnecessário dizer da importância da agricultura na atual conjuntura econômica do país, posto ser ela a responsável pelos excedentes comerciais obtidos. A preocupação com a irrigação já consta da Constituição Federal, quando, em seu artigo 187, isto fica explicitado com a mesma importância da eletrificação rural.

Outra questão que vem preocupando gestores de recursos hídricos é a pecuária intensiva, não só pelo volume captado, mas, principalmente, pela contaminação das águas superficiais e subterrâneas. Tal risco se agrava quando essa prática ocorre próxima às margens dos reservatórios focados. Evidentemente, é uma

questão, antes de tudo, ambiental, mas um zoneamento correto da região do entorno poderia combinar este potencial econômico com os demais interesses

c- Pesca e aquicultura

Inicialmente, é bom que se defina e diferencie os termos pesca, aquicultura e piscicultura, que, mesmo possuindo uma relação íntima, trazem consigo uma pequena diferença. Pesca é a ação ou arte de pescar, ou seja, tirar alguma coisa da água⁴, podendo esta ter caráter esportivo, como recreação, ou até mesmo de subsistência, não possuindo qualquer caráter criador, exercendo-se sobre o que já existe naturalmente. Piscicultura é a atividade que se dedica a criar e multiplicar os peixes, utilizando-se deste como atividade econômica, porém como um criador. Aquicultura é o cultivo de organismos que tenham na água o seu normal, ou mais freqüente, meio de vida, podendo ele ser peixe, molusco ou qualquer outro ser vivo de vida aquática. Ou seja, a piscicultura está inserida dentro deste conceito.

A aquicultura, a pesca e a piscicultura sempre tiveram uma tutela especial por parte do ordenamento jurídico. Já nas décadas de 20 e 30 o ordenamento jurídico se apresentava sólido, com os decretos 16.184 de 25-10-23 (aprova e manda executar o regulamento da pesca), 23.672 de 02-01-34 (aprova o código de caça e pesca) e o 794 de 19-10-38 (aprova e baixa o código de pesca), todos já revogados.

Vigorando atualmente tem-se, o decreto-lei 221, de 28-02-67, (dispõe sobre a proteção estímulos à pesca e dá outras providências), o decreto 2.869, de 09-12-98, (regulamenta a cessão de águas públicas para exploração de aquicultura e dá outras providências), a lei 7.643, de 1987, (proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências) e a lei 7.679/88, (dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução e dá outras providências), além do código de águas de 1934 e da lei 9.433/97.

O decreto 2.869 define o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento – MAPA, como o ente administrativo competente para a cessão de uso de águas, para aquicultura, dos reservatórios hidrelétricos, caracterizando, aí, mais uma instituição com ação de controle sobre a exploração dos lagos de centrais hidrelétricas. Entretanto, em seu artigo 24, este decreto submete a aquicultura à plena operação do respectivo reservatório, exigindo que o aquicultor e a concessionária assinem um termo de ajuste de seus interesses. Deduz-se daí que o setor aquicultor deverá se submeter ao setor elétrico, independentemente dos interesses sociais regionais. É a tradicional supremacia de um setor centralizado sobre um setor descentralizado. O absolutismo de tal preceito parece ser inconstitucional, posto que a lei maior, em nenhum momento, prioriza a energia elétrica face aos outros usos, dando, como já visto, destaque ao uso social das águas acumuladas por obras da União (art. 43 § 2º.)

d- Navegação

Desnecessário dizer a importância do transporte hidroviário para o desenvolvimento nacional. Destaca-se, dentro deste cenário a hidrovia, Paraná – Tietê, que faz uso de diversas barragens de hidrelétricas. Neste momento ocorre um significativo aumento do transporte de carga na hidrovia Tocantins – Araguaia, e já se fala de estender a hidrovia do Madeira, a montante de Porto Velho,

alcançando terras bolivianas e peruanas através de dois barramentos a serem usados para geração hidrelétrica.

O crescimento deste setor resultou em uma organização dos agentes privados envolvidos, reduzindo o caráter difuso de suas ações. Isto ficou evidente no período do racionamento de energia elétrica, quando seus interesses foram preservados ao impedir o esvaziamento excessivo de Ilha Solteira.

Alem desta organização, a criação da Agencia Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAq definiu administrativamente o ente responsável por sua regulação e outorga, bem como o de interlocução com outras agências setoriais. É importante ressaltar o princípio preconizado na lei de sua criação que estabelece a descentralização de suas ações, bem como a harmonização com entes Estaduais e Municipais encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviário intermunicipal e urbano.

A lei 9.433 é enfática ao definir, em seu artigo 13, a necessidade e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, estando tal princípio no mesmo nível que aquele que define o respeito à classe em que o corpo d'água estiver enquadrado.

Conclui-se, do exposto, que os lagos das centrais hidrelétricas são naturalmente fomentadores do transporte hidroviário, devendo se sujeitar, face ao interesse público, às regras estabelecidas para a manutenção e fiscalização dessas vias, sejam essas realizadas pela ANTAq ou por instituições descentralizadas. Evidentemente, a questão do nível do espelho d'água é o tema básico a ser enfocado.

e- Lazer e Turismo

Não há dúvida que o setor de lazer e turismo, no que diz respeito ao uso da água e o de caráter mais difuso, sejam pelos agentes econômicos envolvidos sejam pelos interesses apresentados. No que diz respeito aos reservatórios objetivados, o aparecimento de atividades de lazer e instalações facilitadoras do turismo ocorre de forma natural, possivelmente pela quase inexistência de lagos naturais no país e pelas grandes distâncias ao litoral, típicas das regiões economicamente afetadas por estes reservatórios.

Como já foi dito neste trabalho, a manutenção do espelho d'água e de sua orla, principais atrativos turísticos, depende das condições operativas dos reservatórios. Não basta definir as quotas máximas e mínimas, senão, mais importante ainda, forem definidas as durações e freqüências dos deplecionamentos. Exemplo disto são os reservatórios de usinas de regularização de ponta, cujos níveis variam entre o máximo e o mínimo diariamente. Não menos impactantes são os reservatórios plurianuais, como o de Furnas, que se mantém intensamente deplecionado por períodos superiores a um ano. Não há estrutura turística que suporte tal política de exploração.

Embora o Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR tenha por competência a execução da política nacional de turismo, e mesmo tendo o turismo um destaque constitucional (art. 180), que atribui à União, aos Estados e aos Municípios a obrigatoriedade de incentiva-lo, face a sua importância de fator de desenvolvimento social e econômico, este setor carece de uma instituição que se pronuncie, na defesa de seu interesse, no mesmo nível de outros entes, como por exemplo as agências reguladoras envolvidas.

4- Atenuação das condições anormais

Uma função primordial de qualquer reservatório de regularização é a atenuação de cheias e estios, típicos do clima tropical em que se vive. Além desses, calamidades ambientais podem exigir operações excepcionais dessas acumulações, objetivando a diluição acelerada ou evitando a propagação de impactos negativos.

As centrais hidrelétricas não podem estar à margem das necessidades, da defesa civil, devendo os critérios operativos abranger situações emergenciais. Exemplo disso é a definição do volume de espera para atenuação de enchentes. Historicamente o setor elétrico definiu sozinho os parâmetros fundamentais à sua operação. A existência da ANA ampliou essa discussão, atribuindo a ela essa função decisora. Entretanto, o crescimento das cidades e das atividades econômicas à jusante dos reservatórios se faz, costumeiramente, à revelia de qualquer plano diretor ou zoneamento. Observa-se que as áreas alagáveis em situações extremas (várzeas) são atratoras desse crescimento, estando eventualmente sujeitas a enchentes quando do vertimento dos reservatórios hidrelétricos.

Mesmo possuindo um arcabouço legal historicamente bem definido, iniciado no Império, no ano de 1824, quando já se demonstrava a preocupação com a segurança do cidadão, a Defesa Civil não tem uma atuação direta nas definições técnicas do volume de espera dos reservatórios. Atualmente, apesar da Constituição atribuir competência somente à União para o planejamento e promoção da defesa contra as calamidades públicas (art. 21, inciso XVIII), o Estado brasileiro possui de uma estrutura organizada, descentralizada e bem definida, para tanto. Organizada sob a forma de sistema (Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC), é composto por vários órgãos que atuam nos três âmbitos, quais sejam, a União, o Estado e os Municípios, possuindo ainda uma estrutura regional, atuante nas cinco regiões do país.

Vinculada ao Ministério da Integração Nacional, a Secretaria Nacional de Defesa Civil – SEDEC é o órgão central, estando subordinado a este as Coordenadorias Regionais da Defesa Civil – CORDEC, as Coordenadorias Estaduais da Defesa Civil – CEDEC e a Comissões Municipais da Defesa Civil – COMDEC, além dos órgãos setoriais que a auxiliam. Porém, como já foi dito, todos à margem das definições do volume de espera dos reservatórios.

A questão que se coloca é a falta de um ente institucional claramente responsável pela ocupação territorial ou pela renegociação dos parâmetros operativos dos lagos aqui focados. Embora, à primeira vista, os municípios tenham essa responsabilidade, não parecem ser suficientemente capazes para tal renegociação. Surge, de forma clara, a importância dos comitês de bacia, aptos que seriam para captar os interesses locais e definir novos critérios operativos, sobrepondo-se às agências estaduais e federais de recursos hídricos.

5 – Do conflito à negociação: a democratização do poder decisório.

A experiência vivida ao longo do período de racionamento, no ano de 2001, foi bastante rica para revelar o conflito de diferentes interesses. Interpreta-se, aí, “interesses” como sendo a vontade de diferentes usuários da água do reservatório, bem como a vontade de distintas instituições nos âmbitos da União, dos Estados e dos Municípios. Notável foi o caso da hidrelétrica Henry Borden, situada junto à cidade de São Paulo, que tem a sua operação fortemente limitada

desde a publicação da última Constituição do Estado de São Paulo, face à poluição do rio Pinheiros. A sua operação foi posta como essencial à gestão do racionamento, bem como o esvaziamento acentuado da hidrelétrica de Ilha Solteira, que impediria a navegação pelo canal Pereira Barreto. Essas duas ações não foram executadas, pois os interesses ambientais, no primeiro caso, e o dos hidroviários, no segundo, inviabilizaram os objetivos do setor elétrico. Foram primordiais as ações da ANA no caso da hidrovia do Tietê, sendo, entretanto, inútil a mobilização para reverter as resistências à operação plena de Henry Borden. Esses dois casos foram marcantes, pois, mesmo no período de maior necessidade de geração hidrelétrica da história recente, a vontade absolutista do setor elétrico não prevaleceu. Entretanto, o processo negocial que ocorreu foi bastante improvisado, revelando um despreparo para as formalidades institucionais.

Baseando-se na experiência vivida no racionamento, e no seu relativo sucesso, vê-se que é necessária a “processualização” preventiva para a definição dos critérios de exploração dos lagos das centrais hidrelétricas. É inconcebível que a operação desses lagos seja baseada em modelos matemáticos, cuja função objetivo é minimizar o custo para a geração hidrelétrica e onde o custo do déficit considera apenas a perda, na economia global, por consequência da falta dessa energia. Os outros interesses entram, de maneira tibia, como restrições, definidas, em última análise, pelo próprio ONS. Como ampliar o conceito de custo de déficit, estendendo-o a diferentes interesses e atividades da sociedade? Esta é uma questão fundamental, que pode levar à seguinte conclusão: a operação dos reservatórios de hidrelétricas deveria ser realizada fora do âmbito do próprio setor, sendo, talvez, necessária a definição de um “locus” independente, que poderia ser a própria Agência Nacional de Águas.

6- O direito adquirido e o interesse público

É argumento corriqueiro a alegação de que os reservatórios foram construídos para geração elétrica e, sendo assim, os outorgados possuem direito adquirido, prevalecendo seus interesses sobre os outros usos. Este é, no mínimo, uma afirmação descabida.

O instituto do direito adquirido, para que exista, deve ter produzido um efeito idôneo e ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. Tal garantia jurídica existe, não para garantir a segurança do particular, mas sim para fortalecer a justiça e a estabilidade social, já que nada pode alterar o direito adquirido, salvo no caso de interesse público. Segundo José Afonso da Silva (2000)⁵, o direito adquirido, no tocante ao direito público, deve vir sempre advertido do seguinte mandamento: “Não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é a manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral.”. Enfim, precedência temporal não implica em prevalência de direito.

Um dos princípios do Direito Ambiental determina que os recursos naturais devem ser de acesso equitativo. Paulo Afonso Leme Machado (2001)⁶ afirma: “os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra.”.

Os argumentos aqui apresentados, e a própria evolução da sociedade democrática, são suficientes para refutar a afirmação de haver direito adquirido do setor elétrico sobre os usos das águas de seus reservatórios. Entretanto ficam

duas indagações: quais as garantias para os investidores e quem os indenizaria pelas perdas decorrentes de mudanças operativas, impostas por outros interesses, garantida pelo artigo quinto da Constituição Federal?

7 – CONCLUSÕES

Com base nas reflexões aqui apresentadas, conclui-se que, embora a área de recursos hídricos tenha evoluído bastante, novas valorações econômicas e interesses sociais surgem a cada dia, sendo necessárias instituições, privadas e públicas, para suas regulações e defesa de interesses. Além do mais, a Constituição Federal tem um espírito bastante descentralizador, impondo a participação dos municípios em quase todas as decisões sobre as coisas que lhes impactam. De outro lado, a sociedade atual herdou uma república com prática pouco federativa e muito centralizadora, e um setor elétrico dominante sobre as águas. Vive-se agora um momento em que os interesses locais agigantam-se, podendo chegar a alcançar o ponto, não desejado, de impedir quaisquer ações de interesse global.

De toda a evolução institucional ocorrida após a Constituição de 1988, conclui-se que os princípios contidos na 9.433/97 poderão ser os de maior eficácia para o equilíbrio das diferentes partes. Os comitês de bacia, os planos de bacia e as instâncias decisórias superiores, como o Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, permitirão atender a preceitos constitucionais, como a competência comum de União, Estados e Municípios sobre alguns aspectos da gestão de recursos hídricos, bem como darão legitimidade e estabilidade aos critérios de exploração (construção e operação) dos potenciais hidrelétricos, notadamente seus reservatórios.

A clara caracterização de agências reguladoras setoriais, a articulação com os Estados, possivelmente através de suas agências específicas, a melhor compreensão do papel da ANA, como força complementar, e a evolução do quadro institucional, como a lei complementar que regulamentaria o artigo 23 da Constituição, são passos importantes para um controle estável, participativo e transparente da exploração dos reservatórios das centrais hidrelétricas.

8 - REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

¹ Diniz, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Editora Saraiva. São Paulo, 1998.

² Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros – 17^a. edição. São Paulo, 2002.

³ Costa, Helio B. Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco. Editora paz e terra S/A. São Paulo 2002.

⁴ Michaelis 2000: moderno dicionário da língua portuguesa – Rio de Janeiro: Reader'sDigest; São Paulo: Melhoramentos, 2000 2v.

⁵ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. São Paulo, 2000.

⁶ Machado, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Editora Malheiros – 9^a. edição. São Paulo, 2001.