

# A Proibição do Uso de Fonte Alternativa de Abastecimento – Sustentabilidade de Quem?

**Christianne Maria Ferrari Diniz<sup>1</sup>**

*Antes que a globalização liberal invadisse o mundo, tratando de fazer de tudo mercadoria, de fazer com que tudo tenha preço, se venda e se compre, usávamos o exemplo da água para diferenciar, nas aulas, o que tem valor de uso, mas não valor de troca, porque as pessoas têm acesso livre a elas. Quem diria que poucas décadas de liberalismo tenham feito da água uma razão tal de cobiça econômica, que um ex-vice presidente do Banco Mundial previu, ainda antes de entrarmos no nosso século, que ‘as guerras do século XXI serão travadas por causa da água’<sup>2</sup>.*

Bem escasso e essencial à sobrevivência no planeta. Abundante em algumas regiões e raro em muitas outras mais. Desprezo no que toca à proteção de mananciais.

Essas e muitas outras são notícias diuturnas nas páginas dos noticiários, recorrente o tema da sustentabilidade, bem como a urgência no controle do uso das águas.

O texto a seguir esbarra nas questões ambientais acima mencionadas, mas mergulha em sua análise sob o amparo do arcabouço legislativo vigente em nosso país. Afinal, a proteção ao meio ambiente deve vir

---

<sup>1</sup> Titular do 4º Juízo Cível da Comarca de Petrópolis.

---

<sup>2</sup> SADER, Emir. *In Água de Beber*. Artigo publicado em <http://www.consciencia.net/2004/mes/13/sader-agua.html>, acesso em 05/07/2012.

agasalhada pelo respeito ao ordenamento legal, notadamente em Estados democráticos de direito como o nosso.

Nesses termos, a análise refere-se ao Decreto nº 40.156, de 17/10/2006, do Estado do Rio de Janeiro que, ao dispor sobre a regularização do uso das águas – superficial e subterrânea –, previu uma série de condições e restrições ao cidadão. Analisa-se, no mesmo sentido, a legislação correlata, utilizando-se como sustentação questão submetida à apreciação jurisdicional.

Tendo como desiderato a proteção ao uso do precioso bem – em tese –, referiu-se o Decreto especificamente às áreas alcançadas pelo serviço de abastecimento público, sem qualquer menção àquelas que, desprovidas do serviço público, igualmente façam uso da chamada “fonte alternativa de abastecimento”. Após mencionar a necessidade de cadastramento dos usuários das fontes alternativas em cadastro nacional (CNARH – Cadastro Nacional de Usuários de Água), bem como a necessidade de outorga ou “declaração de uso insignificante” para a regularização, previu o Decreto uma série de restrições ao uso, por seu artigo 11, ao determinar que *“a eficácia das outorgas para abastecimento residencial e comercial em áreas que contem com serviço de abastecimento público, ficará condicionada ao atendimento das seguintes exigências”*, trazendo, em seus seis incisos, uma série de limitações e, dentre elas, a **proibição ao uso de fonte alternativa para consumo e higiene humana**.

A vedação provocou forte resistência, por se entender inconstitucional a limitação. Afinal, se a água possui condições para consumo – potável –, e se o seu uso é controlado pela outorga (ou ainda se o uso é insignificante), qual é a razão para a vedação?

## 1 – DESENVOLVIMENTO

A água é bem de domínio público, e o artigo 21, inciso XIX, da CF/88 determina competir à União *“instituir sistema nacional de geren-*

*ciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso*". Assim, foi editada a Lei nº 9.433/97, regulamentadora do dispositivo constitucional mencionado e instituidora da política nacional de recursos hídricos.

Fundamenta-se tal política na constatação de que a água, bem de domínio público, é recurso natural limitado, de caráter econômico, a exigir controle e fiscalização de sua qualidade e uso, notadamente em períodos de escassez.

Prevê, a legislação mencionada, a outorga como instrumento necessário ao uso dos recursos hídricos, de forma a assegurar seu controle quantitativo e qualitativo (artigo 11). O parágrafo 1º do dispositivo seguinte, todavia, excepciona tal exigência quando se tratar de *"uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural"* (inciso I), bem como para as *"derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes"* e *"as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes"* (incisos II e III). A utilização de recursos hídricos sem a outorga, quando exigível, sujeita o infrator às penalidades previstas no artigo 50, inclusive a tamponagem dos poços de extração de água.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 3.239/99 estabelece regras acerca da outorga e, de sua leitura, se observa disposição semelhante à da legislação federal. Veja-se:

**Art. 22** - *Estão sujeitos à outorga os seguintes usos de recursos hídricos:*

(...)

*§ 1º - Independem de outorga pelo poder público, conforme a ser definido pelo órgão gestor e executor de recursos hídricos estadual, o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, ou o de caráter individual, para atender às necessidades básicas da vida, distribuídos no meio ru-*

*ral ou urbano, e as derivações, captações, lançamentos e acumulações da água em volumes considerados insignificantes.*

Em tema de recursos hídricos, no âmbito estadual, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 261, VII, determina ser incumbência do Poder Público promover, respeitada a competência da União, seu gerenciamento integrado. Transcreve-se:

*Art. 261 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se a todos, e em especial ao Poder Público, o dever de defendê-lo, zelar por sua recuperação e proteção, em benefício das gerações atuais e futuras.*

*§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

***VII - promover, respeitada a competência da União, o gerenciamento integrado dos recursos hídricos, na forma da lei, com base nos seguintes princípios:***

*a) adoção das áreas das bacias e sub-bacias hidrográficas como unidades de planejamento e execução de planos, programas e projetos;*

*b) unidade na administração da quantidade e da qualidade das águas;*

*c) compatibilização entre os usos múltiplos, efetivos e potenciais;*

*d) participação dos usuários no gerenciamento e obrigatoriedade de contribuição para recuperação e manutenção da qualidade em função do tipo e da intensidade do uso;*

*e) ênfase no desenvolvimento e no emprego de método e critérios biológicos de avaliação da qualidade das águas;*

*f) proibição do despejo nas águas de caldas ou vinhotos, bem como de resíduos ou dejetos capazes de torná-las impróprias, ainda que temporariamente, para o consumo e a utilização normais ou para a sobrevivência das espécies;*

A regra é trazida por dispositivo legal cuja cabeça se refere ao meio ambiente, e a leitura de suas alíneas traz a conclusão de que a legislação estadual deverá limitar-se a disposições direcionadas à proteção ambiental, única hipótese, aqui, justificadora de sua competência, na forma do artigo 23, VI, da Constituição Federal. No que tange à regulamentação do uso de recursos hídricos, a competência é privativa da União (artigos 21, XIX, e 22, IV, primeira parte), autorizados os demais entes da federação unicamente à edição de regras supletivas, observados os comandos gerais fixados pela legislação federal.

Veja-se, no que se refere à exploração de recursos hídricos, a expressa previsão constitucional de competência comum apenas no que se refere ao **registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direito.**<sup>3</sup>

Assim, eventual regra excludente ou limitadora do uso da água proveniente de fonte alternativa deverá provir unicamente da União, único ente constitucionalmente competente para dispor acerca dos critérios gerais de outorga de direitos do uso da água. À legislação estadual caberá unicamente explicitar o conteúdo da lei federal, mas jamais inová-lo.

Tendo-se tais premissas, veja-se que o Decreto Estadual nº 40.156/06 estabelece os procedimentos necessários à regularização do uso da água superficial e subterrânea. Seus artigos 3º e 4º determinam o prazo de 90 dias

---

<sup>3</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
(...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

para a regularização do uso da água, com o cadastramento de todos os usuários de fonte alternativa de abastecimento, dispensado o recadastramento daqueles já cadastrados **ou com solicitação de outorga de direito de uso anterior à publicação do Decreto**. Desde que, claro, haja o posterior ato de outorga ou a declaração de uso insignificante (artigo 5º).

O artigo 6º, por sua vez, dispõe acerca dos usuários já possuidores de sistema de abastecimento próprio, por meio de poços ou de captação em corpos hídricos, e esclarece que os cadastrados no prazo de 90 dias serão considerados regularizados até o ato de outorga, ou declaração de uso insignificante.

No que tange aos requisitos necessários à regularização do uso, leia-se o artigo 11 do Decreto:

*Art. 11 - A eficácia das outorgas para abastecimento residencial e comercial em áreas que contem com serviço de abastecimento público, ficará condicionada ao atendimento das seguintes exigências:*

*I - instalação de dispositivos e equipamentos de medição de vazão em todos os poços e nas captações superficiais, sendo franqueado, aos técnicos da SERLA e ao responsável pelos serviços de abastecimento público, o acesso para vistoria e leitura dos mesmos;*

*II - monitoramento mensal e envio semestral à SERLA das medições relativas às vazões de captação hidrometradas;*

*III - realização de separação do sistema alternativo de abastecimento com o sistema de abastecimento através de rede pública;*

*IV - proibição de utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana;*

*V - proibição de utilização de água provida pelo sistema alternativo para comercialização;*

*VI - pagamento, ao responsável pelo serviço público de esgotamento sanitário, do valor correspondente ao lançamento de efluentes na rede, calculado com base nos volumes de captação hidrometrados referidos no inciso I deste artigo e nas tarifas de esgoto atribuídas pelo responsável pelo serviço.*

O Decreto foi regulamentado pela Portaria SERLA nº 555, de 01/02/2007, na qual também se determina o que será considerado como uso insignificante.

Analisando-se detidamente as exigências do artigo 11 acima transcrito, observa-se que aquelas direcionadas à medição do volume utilizado das fontes alternativas (incisos I e II) encontram respaldo na legislação específica, notadamente pela necessidade de controle permanente de recurso natural de tamanha magnitude, finito e carecedor de uso controlado, em razão de sua crescente diminuição no planeta.

Como corolário, a obrigação de separação do sistema alternativo de abastecimento, do sistema de abastecimento através de rede pública (inciso III). Mais uma vez, ressalta a necessidade de controle do uso do bem em questão, além da necessidade de pagamento correspondente ao uso, pelo particular, da água proveniente da fonte alternativa.

Também a proibição de comercialização da água provida pelo sistema alternativo (inciso V) é pertinente, pois, em se tratando de bem de domínio público, não se admite a apropriação de sua natureza econômica por particular.

Por sua vez, a exigência trazida pelo inciso VI – *“pagamento, ao responsável pelo serviço público de esgotamento sanitário, do valor correspondente ao lançamento de efluentes na rede”* também se reveste de legalidade e razoabilidade. Se há um prestador do serviço de coleta de esgoto, ou coleta e

tratamento, e se o particular lança na rede de coleta a água utilizada, deverá pagar pelo serviço efetivamente prestado.

Observe-se que o cálculo dos valores devidos será feito “*com base nos volumes de captação hidrometrados referidos no inciso I deste artigo e nas tarifas de esgoto atribuídas pelo responsável pelo serviço*”, o que também não traduz qualquer ilegalidade. Pelo contrário, observa o real uso do serviço e a isonomia dos usuários.

Resta a análise das exigências trazidas pelo inciso IV, a proibir a utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana, coibição excepcionada pelos artigos 12 e 13<sup>4</sup>.

Em primeiro lugar, parece não haver dúvidas de que as exceções somente serão aplicáveis se a água proveniente da fonte alternativa for dotada de potabilidade, a assegurar o consumo humano sem qualquer risco de danos à saúde.

Em segundo lugar, os indícios de violação ao princípio da isonomia, traduzidos pelas exceções acima mencionadas, poderiam ser ultrapassados com a tese de que as exceções justificar-se-iam pela constatação de que se referem a usuários em posições jurídicas diferenciadas.

Assim, o usuário localizado em área na qual não haja rede pública de abastecimento pode utilizar-se da fonte alternativa, inclusive para consumo e higiene humana, sob pena de ficar privado do uso de qualquer água. Sua posição jurídica é notoriamente diversa daquele localizado em área na qual haja o abastecimento público, daí a justificativa para o tratamento desigual.

Por sua vez, o usuário industrial, para fins de política de desenvolvimento, também poderia se utilizar da fonte alternativa para consumo, mesmo se existente abastecimento público.

---

<sup>4</sup> Na forma do artigo 13, poderá haver dispensa do dever de separação e da proibição de uso para consumo e higiene humana quando se tratar de usuário localizado em área na qual não haja rede pública de abastecimento, ou seja ela comprovadamente insuficiente. O artigo 12, por sua vez, excepciona o abastecimento industrial, autorizando a mistura e o consumo humano inclusive quando haja sistema de abastecimento público.



Aos desiguais, assegura-se o tratamento desigual, na justa e exata medida de sua desigualdade.

Mas, da leitura de toda a Lei nº 9.433/97, não se observa qualquer restrição acerca do uso da água proveniente de fonte alternativa para o consumo e higiene humana. Há apenas disposições direcionadas ao **controle** da água utilizada, impondo-se a outorga para seu uso por particular, salvo as exceções que prevê seu artigo 12, parágrafo 1º, já aqui mencionadas. Mas em momento algum se observa restrição ao uso, vedando aquele destinado ao consumo humano, ou higiene.

A necessidade de preservação das fontes alternativas de abastecimento já é prevista na lei federal, pelo que não se poderia argumentar a possibilidade de os Estados também legislarem acerca do tema, de forma inovadora. Ainda que se trate, *lato sensu*, de meio ambiente, a especificidade da questão restringe a competência legislativa. Exatamente como previsto na Carta Magna.

Dessarte, a inovação trazida pelo Decreto Estadual nº 40.156/2006, e conseqüentemente pela Portaria que o regulamentou, além de caracterizar inovação em questão reservada à atividade **legislativa**, afigura-se inconstitucional, pois se trata de atividade legislativa **federal**, ausente, repita-se, hipótese justificadora da competência legislativa estadual.

A análise, todavia, não termina aqui.

Posteriormente à edição do Decreto Estadual nº 40.156, de 17/10/2006, sobreveio a Lei Federal nº 11.445, de 05/01/2007, que ao estabelecer diretrizes nacionais para o saneamento básico determinou, em seu artigo 45, que *“toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário **disponíveis** e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços”* (grifou-se), excepcionada a regra, todavia, quanto às disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente.

Criou, pois, conexão obrigatória à rede de abastecimento público, quando disponível, e expressamente vedou, em seu parágrafo 2º, a alimentação por outra fonte de abastecimento.

Todavia, é preciso lembrar que o próprio artigo 45 excepciona a compulsoriedade da conexão à rede pública ao ressaltar a existência de disposições em contrário nas normas do titular, ou da entidade de regulação e de meio ambiente.

Veja-se ser a Lei nº 11.445/07 posterior ao Decreto Estadual nº 40.156/06, e da leitura do último se observa autorização para o uso da fonte alternativa, mesmo em áreas que contem com o serviço de abastecimento público (artigo 1º). Aliás, as Leis Estaduais nº 3.239/99 (instituidora da política estadual de recursos hídricos) e nº 4.247/03 (que dispõe acerca da cobrança pela utilização dos recursos hídricos) também não vedam o uso da fonte alternativa em regiões alcançadas pela rede de abastecimento público.

Em segundo lugar, mister a análise da constitucionalidade da vedação trazida pelo parágrafo 2º, artigo 45, acima transcrito.

O uso da água por particular não é vedado pela Constituição Federal, segundo se depreende da leitura de seu artigo 21, XIX. Pelo contrário, veja-se que a lei regulamentadora desse dispositivo constitucional expressamente menciona ser a água bem de domínio público. O que fez a Lei nº 11.445/07, ao arrepiar a Constituição, foi unicamente privilegiar a atividade econômica das concessionárias de serviço público, impondo ao cidadão utilizar-se, obrigatoriamente, das águas fornecidas por estas pessoas jurídicas, ainda que possua fonte alternativa, potável, em abundância, e cujo uso não trará qualquer dano ao meio ambiente.

Toda a legislação e demais instrumentos normativos aqui mencionados deixam certa a existência de mecanismos de controle plenamente satisfatórios para que o uso de fontes alternativas, por particular, não traga danos à saúde pública, tampouco ao meio ambiente. Basta que se os coloque em prática.

Não obstante, pela ineficiência e desaparecimento dos órgãos públicos, que não conseguem atender aos fins para os quais foram criados, decide-se por proibir qualquer uso, se há, na região, rede de abastecimento público.

Esquece-se, todavia, de que não se pode sobrepor o interesse econômico ao direito natural que toda pessoa tem de utilizar-se das águas disponibilizadas pela natureza. A assustadora tese de que a água, por ser bem finito, correrá sérios riscos de desaparecer acaso mantida a possibilidade do uso da fonte alternativa por particular não tenha a força que se supõe, até porque basta que se dê efetividade aos diversos mecanismos de controle do uso, como já aqui mencionado.

Por outro lado, é conhecido o argumento de que a conexão obrigatória justifica-se pela necessidade de que as concessionárias obtenham receita suficiente para os investimentos necessários, pena de prejuízo a outros cidadãos, ante a impossibilidade de extensão das redes públicas de abastecimento para regiões menos favorecidas.

Além da ausência de respaldo legal a sustentá-lo, busque-se na memória a natureza do serviço – público – cujo obrigado é o Estado, que deve prestá-lo sem qualquer finalidade ou interesse econômico. Se a decisão, política ou administrativa, é a de delegá-lo a particular, ainda que se deva compreender os interesses econômicos deste, não se pode esquecer a natureza fundamental do serviço prestado. E, ao fim das contas, se a concessionária entender não haver retorno financeiro suficiente para seus investimentos, há sempre a opção de resolução do contrato.

O comando do artigo 45, parágrafo 2º, da Lei nº 11.445/2007, ofende, pois, a razoabilidade imprescindível à constitucionalidade da norma.

Sobre o tema da razoabilidade e de sua aplicação como princípio interpretativo constitucional, assim leciona Luís Roberto Barroso:

*“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia.; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais de hermenêutica”<sup>5</sup> (in “**Interpretação e Aplicação da Constituição**”, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 204-205).*

Aduz o autor citado a existência de outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade: a exigibilidade ou necessidade, ou a proibição do excesso. Diz que *“uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, ‘se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas’”<sup>6</sup>.*

Na hipótese, a ofensa descrita foi aqui constatada pois, como já narrado, não há justificativa razoável para a proibição do abastecimento por fonte alternativa, notadamente pela existência de diversos e eficientes meios de controle desse uso.

A regra acaba por inviabilizar o uso – constitucionalmente permitido – das águas públicas, sob argumento meramente econômico, e beneficiador de entidade particular.

---

5 BARROSO, Luís Roberto. In **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2ª edição. Editora Saraiva, 1998, p. 204-205.

---

6 *Op. cit.*, p. 208.

Além da inconstitucionalidade do parágrafo 2º, artigo 45, da Lei nº 11.445/2007, afirma-se a possibilidade de utilização da água proveniente da fonte alternativa, posto que potável, para o consumo e higiene humana, independentemente da disponibilidade de rede pública de abastecimento, desde que atendidos os demais requisitos previstos no artigo 11 do Decreto nº 40.156/06.

## 2 – CONCLUSÃO

Não se nega – e nem se poderia fazê-lo – a possibilidade e **necessidade** de que o uso das águas encontre fiscalização e controle. O que não se pode admitir é que, travestido de medida protetiva ao meio ambiente, atue o poder público como mero contribuinte para a arrecadação por entidade privada.

A análise dos atos normativos acima descritos faz duvidosa sua intenção, ao transparecer o privilégio e proteção às concessionárias de serviço público, resguardando sua atividade econômico-financeira. Há mecanismos eficientes para a fiscalização e controle do uso de fontes alternativas por particular, flutuando no ar a dúvida acerca das razões para a sua não colocação em prática. Ineficiência? Desaparelhamento dos órgãos públicos?

Enquanto a discussão prossegue – o tema ainda não encontrou posição definitiva nos tribunais pátrios –, permanecem os órgãos e entidades públicos reticentes em seu dever de fiscalização e controle. A atuação administrativa repressiva que deu azo a medidas judiciais protetivas do cidadão e do uso da fonte alternativa parece haver cessado com a prática proibitiva do uso, e não há notícia de que, no exercício de seu dever institucional, tais órgãos e entidades venham aplicando as demais regras do mencionado artigo 11 do Decreto.

Roga-se o interesse econômico não se sobreponha ao direito ao uso controlado dos recursos naturais disponíveis, direito esse diretamente relacionado à natureza constitucional do meio ambiente como bem de uso

comum do povo. O equilíbrio entre o uso e a proteção ao meio ambiente é tênue, mas possível, certo que a omissão estatal acabará por – aí sim – trazer prejuízos irreversíveis à preservação sadia dos recursos hídricos ainda disponíveis. ♦

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *In* **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2ª edição. Editora Saraiva, 1998, p. 204-205.

PASSOS, Cynthia Regina de Lima Passos. *In* “A utilização das águas pluviais como alternativa ambientalmente sustentável: exemplos e possibilidades”. *Apud* **Direito Ambiental em Evolução**, coordenador Vladimir Passos de Freitas, 1ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 117-130.

SADER, Emir. *In* **Água de Beber**. Artigo publicado em <http://www.consciencia.net/2004/mes/13/sader-agua.html>, acesso em 05/07/2012.