



Ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos,

Justificativa do pedido de vistas da proposta de resolução que *“Dispõe sobre o procedimento para atualização dos preços públicos unitários cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, de que trata a Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997”,* que foi apresentada na 38ª Reunião Ordinária do CNRH, no dia 31 de outubro de 2017.

Os representantes do setor de irrigantes solicitaram vistas ao processo em questão fazendo a justificativa verbal durante a 38ª reunião ordinária do CNRH. A decisão foi tomada devido ao entendimento do setor no qual a proposta necessita de ser mais bem contextualizada e de ter o seus possíveis desdobramentos analisados de forma mais profunda por parte do segmento dada a complexidade do tema, suas implicações.

A proposta encaminhada pela Agencia Nacional de Águas- ANA tem por finalidade indexar os valores cobrados pelo uso da água de forma a corrigir atualmente os preços com base em índice inflacionário.

Em breve resumo, a minuta de resolução coloca em discussão a possibilidade de aplicar a variação do IPCA (índice apurado pelo IBGE) como fator de atualização monetária dos preços públicos unitários referidos no parágrafo anterior (nesse parecer denominados “cobrança pelo uso da água”). Em adição, é suscitada a hipótese de aplicação retroativa desse fator de atualização monetária nos casos em que os comitês de bacia não apresentem mecanismos de adequação e atualização dos preços públicos em comento (§§ 1º e 2º do artigo 3º da minuta de resolução).

“(…)

Art. 2º Os preços públicos unitários definidos para a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União serão atualizados com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou de índice que vier a sucedê-lo.

§ 1º O comitê poderá apresentar ao CNRH proposta de outro índice oficial, desde que devidamente justificada, para o exercício subsequente a aprovação da matéria no plenário do Conselho.



§ 2º Para o exercício de 2018 e anos subsequentes, aplicar-se-á a variação do IPCA/IBGE ao preço público unitário vigente no interstício de 12 (doze) meses, apurado em outubro do ano anterior.

Art. 3º Os Comitês de Bacia Hidrográfica de rios de domínio da União deverão sugerir, no prazo de um ano, a adequação de mecanismos e atualização de valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União, de forma a recompor os preços públicos unitários, tendo por base a data da última aprovação de seus valores pelo CNRH.

§ 1º Caso o comitê não apresente a proposta para a recomposição dos valores cobrados nos exercícios anteriores à aprovação da presente Resolução, aplicar-se-á, para o exercício de 2019, a variação do IPCA/IBGE ao preço público unitário vigente do mês da sua aprovação por Resolução do CNRH até o mês de outubro de 2018.

Esta proposta foi apresentada no meio ano de 2017 e teve uma rápida tramitação na câmara técnica de cobrança. As discussões ocorreram em apenas duas reuniões da CTCOB. No momento da sua deliberação ficou clara a posição de governo o que empobreceu os debates e tornou a discussão polarizada entre usuários e ANA.

O argumento que existe uma perda do poder de compra por parte das agências de bacia foi o ponto principal da argumentação da agência. Em nenhum momento foi apontado que os valores arrecadados, em sua grande maioria, não são aplicados de forma efetiva pelas agências de bacia e pouco contribui para o objetivo da cobrança, qual seja a melhoria da disponibilidade hídrica, da qualidade da água e da conscientização do uso racional.

É sabido que a falha na aplicação dos recursos arrecadados pela cobrança pelo uso da água é decorrente muitas vezes da dificuldade legal de aplicação do recurso devido a legislação brasileira. Outro ponto evidente é que existe um grande volume de dinheiro proveniente da cobrança pelo uso de recursos hídricos aplicado em instituições financeiras, sendo corrigidas e muitas vezes gerando ganhos reais, o que elimina o problema de perda do poder de compra do valor cobrado.

Nesse contexto, **consideramos ILEGAIS e INCONSTITUCIONAIS o ato administrativo em discussão**, considerando em especial, mas não se limitando a: (i) Inadequação jurídica do instrumento normativo pretendido; (ii) inviabilidade jurídica da pretensão de aplicar fator de atualização monetária aos preços públicos antes referidos; (iii) improcedência da aplicação retroativa do referido índice. Em adição, indicamos, como um exercício de dialética, a adequação do índice indicado na resolução.



Considerando a complexidade, a diversidade das normas a serem discutidas e integradas e, por conseguinte, a extensão desse parecer, antecipamos, nessa justificativa, um sumário-executivo de nossas conclusões. Alertamos, contudo, que o perfeito entendimento desses comentários (em todas as suas nuances e fundamentos) não prescinde da leitura completa do parecer denominado **“ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGALIDADE DE MINUTA DE RESOLUÇÃO NORMATIVA QUE PRETENDE ESTABELECEER PROCEDIMENTO PARA ATUALIZAÇÃO DOS PREÇOS PÚBLICOS COBRADOS PELO USO DE RECURSOS HÍDRICOS DE DOMÍNIO DA UNIÃO”**, ELABORADO POR KFURI ADVOGADOS.

Em nossa opinião, as questões relacionadas a recursos hídricos devem ser discutidas considerando as seguintes diretrizes: (i) a cobrança não pode ser calculada senão em consonância com a Lei 9.433/2007; mas (ii) devem-se interpretar os dispositivos dessa lei tendo em vista a necessidade de atuação dos agentes para garantia da disponibilidade hídrica; (iii) observados os diversos princípios constitucionais aplicáveis, em especial, a legalidade, a moralidade, a finalidade, a proporcionalidade e a eficiência do ato administrativo; (iv) sem perder de vista que o objetivo da norma é atingir determinados resultados (financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos e pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos); e (v) a intenção do legislador de privilegiar a gestão descentralizada e participativa.

Os recursos hídricos são bens públicos administrados pela União e pelos Estados. Se o bem é público, deve gerar benefícios para a sociedade, não para o ente federativo que o administra. É a sociedade quem deve decidir sobre o uso do referido bem, as condições para esse uso e de quaisquer frutos dele derivados. Decorrem daí duas premissas importantes:

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos não tem função arrecadatória. Sua função é instrumental. É um dos meios de obtenção de recursos financeiros para a gestão das bacias hidrográficas. Esse é o embasamento jurídico-filosófico que propomos para pautar todo o trabalho de elaboração e interpretação das normas do setor.

A gestão da água é compartilhada por opção do legislador. Isso significa a prevalência das decisões negociadas entre os entes públicos e privados, inclusive no que tange à definição da contrapartida pelo uso da água. É a sociedade quem deve decidir — por meio de participação nos órgãos de gestão do sistema — como devem ser geridos os recursos hídricos e qual a contraprestação necessária a atingir a finalidade primordial da gestão (garantir a disponibilidade de água para todos).

Está consolidada no setor a ideia de que o pagamento pelo uso de recursos hídricos deriva de uma relação na qual o ente público cobra pela alienação de um direito de uso de um bem público ao ente privado. Estamos a tratar de um preço público - renda patrimonial e originária da sociedade, administrada pelos entes públicos aos quais os referidos bens estão afetados. Uma vez qualificada essa contraprestação, há de se reconhecer suas características fundamentais:

A cobrança é um instrumento (meio) para se atingir a finalidade predeterminada (garantir a água para todos). Embora os recursos financeiros dela derivados sejam recolhidos ao erário, são repassados aos órgãos de gestão e aplicados na execução dos planos de bacias. É



o que se denomina arrecadação vinculada e finalística. Vinculada porque necessariamente destinada a sustentar determinada(s) atividade(s). Finalística porque se qualifica como meio para atingir um fim.

A cobrança é específica para cada bacia e os recursos arrecadados são a ela destinados. Essa regra estrutural do sistema reforça o princípio da descentralização. Buscar uma regra geral de cobrança aplicável a todas as bacias viola o princípio da gestão descentralizada e participativa. Conforme detalhado no Item III, estamos convencidos de que o fórum adequado para discussão de ajustes (não atualização) da cobrança são os comitês de bacia, pois são esses os agentes mais descentralizados, com maior participação da sociedade e com maior conhecimento detalhado e prático das necessidades de cada bacia.

O parágrafo único do artigo 1º da CF/88 estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. O princípio da soberania só reforça a ideia de que, quando da interpretação da lei, deve-se privilegiar o entendimento que leve a maior grau de participação direta da sociedade. Se a lei imputou competências ao CNRH e aos comitês de bacia, deve-se privilegiar as competências deste em detrimento daquele. Essa ideia está refletida na Lei 9.433/1997 que imputou competência mais genérica ao CNRH (estabelecer critérios gerais para a cobrança pelo uso de recursos hídricos) e competência mais específica aos comitês de bacia (estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados). Quem define o valor da cobrança é o comitê. Quem orienta e fiscaliza é o CNRH.

No artigo 5º, a CF/88 dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. O inciso II do artigo citado estabelece: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Se o princípio da legalidade é fundamento de todo o sistema jurídico pátrio, devem os atos públicos observar o que estabelecem as leis. Ocorre que as leis que regem o setor de recursos hídricos (em especial da Lei 9.433/1997) são de natureza programática e organizacional, não estabelecendo critérios objetivos e concretos para a apuração da cobrança. Portanto, pode-se dizer que a cobrança viola o princípio da legalidade e o Congresso Nacional deveria elaborar nova lei específica sobre o tema.

Na tentativa de viabilizar a cobrança, admitimos outra linha interpretativa. Aceitemos que o usuário, quando requer a outorga para uso dos recursos hídricos, toma ciência e concorda com os critérios de apuração da contraprestação. Nesse caso a cobrança seria compatível com o princípio da legalidade, pois a outorga formaliza o contrato administrativo e o contrato faz lei entre as partes. Decorre daí, todavia, que os critérios acordados na outorga não poderão, por ato unilateral, ser alterados. Nem por ato do comitê, nem do CNRH e nem mesmo por lei nova, porque referida alteração violaria o ato jurídico perfeito e acabado e o corolário da segurança jurídica que serão abordados a seguir.

O artigo 5º da CF/88 também traz consignado (inciso XXXVI) o princípio da segurança jurídica, que se desdobra na confiança legítima da sociedade no Poder Público. Estabelece o referido inciso: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A aplicação do princípio da segurança jurídica ao ato administrativo-normativo em discussão é inevitável. Quando o usuário pleiteia e obtém a outorga, estabelece-se uma relação jurídica e se consolida o ato jurídico perfeito e acabado. Os elementos balizadores



daquele contrato administrativo estabilizam-se nos termos da legislação vigente àquela época. O usuário passa legitimamente a confiar que as regras do jogo se consolidaram e serão respeitadas. Planeja investimentos considerando a disponibilidade da água, a capacidade dos entes públicos em manter a sustentabilidade hídrica e os custos correlatos, qual seja, o valor da cobrança pelo uso daquele bem. Não pode tal confiança ser violada, nem ele ser surpreendido por condições novas que podem, até mesmo, inviabilizar sua atividade, como se pretende com ideia refletida na minuta de resolução.

Se o legislador proibiu a aplicação de regra nova a atos e contratos já consolidados, com ainda mais razão é de se concluir que essa regra jamais poderá produzir efeitos sobre obrigações já consolidadas (eficácia retroativa). Logo, não há nenhuma viabilidade jurídica na pretensão de aplicar um índice de atualização monetária com efeitos retroativos.

O artigo 37 da CF/88 consagrou cinco princípios balizadores dos atos da administração pública que são aplicáveis ao caso ora em estudo. Desses, três são de maior interesse ao caso em tela: legalidade, moralidade e eficiência. Sobre a legalidade já discorremos em parágrafo anterior. O princípio da moralidade exige que a administração pública haja com lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação, cumprindo aquilo que prometeu, colaborando com o administrado, respeitando seus direitos e justificando os atos realizados. No caso ora em discussão, há uma expectativa justa de estabilidade da cobrança derivada de atos da própria administração (outorga) que não pode ser frustrada por uma mudança de regras. O princípio da eficiência requer que os meios adotados pelo ente público sejam orientados, pautados e calibrados apenas e tão somente para atingir os fins. Uma vez entendido esse princípio, nada resta senão concluir que a minuta de resolução em estudo não atenderia às características da necessidade, razoabilidade, proporcionalidade e adequação/utilidade – que são elementos do princípio da eficiência. A atualização constante e periódica da cobrança é necessária? Por certo que não. Em muitas bacias, os valores já arrecadados são superiores aos valores aplicados, o que deveria ensejar, segundo o princípio da eficiência, redução ou até suspensão da cobrança, ainda que temporária. O aumento baseado em índice inflacionário é razoável e proporcional? Não. Primeiro porque as necessidades de investimento das bacias não variam de acordo com a inflação. Segundo porque os planos de bacia são plurianuais e, portanto, já estimam a necessidade arrecadatória a longo prazo. Esse critério é adequado e útil? Por certo que essa resposta depende de cada caso específico. Assim, como regra genérica, ela não é adequada e útil.

A Lei 9.784/1999, que rege os processos da Administração Pública, reitera os princípios constitucionais antes referidos. Daí decorre um silogismo: se o ato administrativo em estudo viola tais princípios constitucionais (como demonstrados nos parágrafos anteriores), também viola a Lei 9.784/1999.

A Lei 9.433/1997 estabelece (artigo 1º inciso I) que a água é um bem de domínio público para reforçar, como já dissemos, a ideia de que cabe à sociedade deliberar sobre seu uso e frutos. No inciso VI, o legislador estabeleceu que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada. Daí decorre a necessidade de privilegiar, em casos duvidosos, a atuação dos comitês de bacia em detrimento de órgãos mais centralizados e menos representativos, no caso o CNRH. Nesses termos, só cabe ao comitê tratar da cobrança, não se nos afigurando lícito que o CNRH avoque tal competência.



O artigo 3º, II da Lei 9.433/1997 indica como parâmetro balizador da atuação dos entes do SINGRH a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões. Isso significa que todo ato administrativo deve ser orientado para observar as especificidades de cada bacia. Um ato genérico que busca tratar todas as bacias de forma igualitária, como é a proposta de resolução, não observa essa diretriz, ou seja, viola o artigo 3º da lei.

O artigo 7 da Lei 9.433/1997 estabelece de forma clara: os planos de recursos hídricos terão um conteúdo mínimo, que contemple, dentre outros elementos: (i) as diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos (inciso VI); e (ii) as diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos (inciso IX). Se a cobrança serve para sustentar as ações previstas no plano, é certo que tais elementos devem estar integrados. Portanto, só quem tem competência para estabelecer o plano de bacia define a cobrança. Essa é uma interpretação da lei, integrada a todo o sistema legal, não havendo, uma vez mais, fundamento que autorize o CNRH a criar um critério geral de definição do valor da cobrança.

O artigo 35 da Lei 9.433/1997 dá ao CNRH competência para estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso. Não se pode admitir que o legislador tenha usado, na edição da Lei 9.433/1997, palavras inúteis ou de forma não técnica. Então, o adjetivo geral que qualifica o substantivo critérios não pode ser ignorado. Se o CNRH pudesse estabelecer quaisquer critérios, não teria o legislador qualificado o substantivo. Sendo assim, é fácil definir a competência do CNRH em relação a cobrança. O Conselho só pode estabelecer critérios que representem elementos comuns a todas as bacias. Certamente esse não é o caso da resolução que pretende impor um índice geral de atualização do valor da cobrança baseado em inflação. A cobrança deve custear os planos de bacia. Tais custos são específicos. Não são comuns a todas as bacias. Se essa é uma questão específica, está fora da competência do CNRH. Porque o CNRH só pode deliberar sobre aquilo que é comum a todas as bacias. Ignorar essa premissa é usurpar competência dos comitês com violação do artigo 35 da Lei 9.433/1997.

Nossa linha de entendimento é reforçada pelo disposto no artigo 38 da Lei das Águas. Compete ao comitê de bacia: (i) aprovar o plano de bacia; (ii) acompanhar a execução do plano; (iii) propor as isenções de outorga; e (iv) estabelecer os mecanismos de cobrança e sugerir os valores a serem cobrados. Aqui está reiterada toda a lógica do sistema: compete ao comitê de bacia definir o que é preciso fazer, quanto é necessário arrecadar para que se possa fazer e, por consequência, o acordo de vontade com os usuários sobre qual será a contribuição de cada um.

Na minuta de resolução submetida a nossa análise, é sugerida a adoção do IPCA/IBGE como indexador da cobrança. Esse é um índice que busca medir os efeitos inflacionários da venda, no varejo, de bens usualmente consumidos por famílias com rendimento de 1 a 40 salários-mínimos. É um índice inflacionário genérico, focado nos preços de bens de consumo não duráveis. Não é difícil concluir que esse índice não guarda qualquer relação de pertinência ou razoabilidade com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos. Aliás, nem há de se falar na existência de um índice de mensuração inflacionária que reflita adequadamente eventuais variações de custos dos bens a serem adquiridos para a execução dos planos de bacia. O grau de relevância de cada tipo de mercadoria e serviço nos planos de bacia é tão variado que não



se pode extrair uma média geral. Não é possível estabelecer um critério genérico aplicável a todas as bacias, como se pretende na resolução.

Desta forma, nos dirigimos a este egrégio Conselho Nacional dos Recursos Hídricos alertando que realizar atividade hermenêutica que não observe os critérios jurídico-científicos acima sugeridos, seja para aplicar a lei, seja para estabelecer atos administrativos, pode resultar em violação da Constituição e das leis aplicáveis.

Sendo estas as considerações necessárias e regulamentares para efeito de cumprimento do regimento interno referente ao pedido de vista realiza na 38ª Reunião Ordinária do Conselho, subscrevemo-nos.

Nelson Ananias Filho

Conselheiro Usuário/Irrigante

Ivo Mello

Conselheiro Usuário/Irrigante

Maria Cristina Yuan

Conselheiro Usuário/Indústria