



**ASPECTOS JURÍDICOS RELATIVOS À
COBRANÇA PELO USO DE
RECURSOS HÍDRICOS DE DOMÍNIO
DA UNIÃO E À IMPLANTAÇÃO DE
AGÊNCIAS DE BACIAS – ESTUDO DE
CASO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO
RIO PARAÍBA DO SUL**

RE CIDS/EBAPE/FGV - 012/18/2002 - Rev 0

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO
TÉCNICA Nº 18/2002

**Estudos de Apoio à
Implantação de Agências e de
Cobrança pelo Uso da Água
Aplicados à Bacia do Rio
Paraíba do Sul**

CONCEDENTE: AGÊNCIA NACIONAL DE
ÁGUAS

Dezembro/2003

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	3
2. HISTÓRICO	3
3. A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA nos Estados	5
4. A COBRANÇA EM CORPOS HÍDRICOS DE DOMÍNIO DA UNIÃO	8
5. FATO GERADOR E CRITÉRIOS DA COBRANÇA.....	9
6. NATUREZA JURÍDICA DO PRODUTO DA COBRANÇA.....	10
6.1. <i>Compensação Financeira</i>	15
7. OS ATORES ENVOLVIDOS NA COBRANÇA: COMPETÊNCIAS.....	17
8. APLICAÇÃO DO PRODUTO DA COBRANÇA.....	20
9. NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS FINANCEIROS ARRECADADOS	23
10. COMO TRANSFORMAR RECEITA EM DESPESA?	24
11. FUNDO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS.....	28
12. INSTRUMENTOS LEGAIS PARA O RELACIONAMENTO ANA - AGÊNCIA DE ÁGUAS	29
12.1 <i>Organizações Sociais - Os</i>	29
12.1.1 <i>Contrato de Gestão</i>	31
12.2 <i>Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP</i>	33
12.2.1 <i>Termo de Parceria</i>	36
12.3 <i>Semelhanças e Distinções entre os Dois Modelos</i>	37
12.3.1 <i>Semelhanças</i>	37
12.3.2 <i>Distinções</i>	38
12.4 <i>Convênio</i>	42
12.5 <i>Instrumentos Legais de Adaptação da Legislação em Vigor ao Modelo Proposto</i>	45
13. CONCLUSÕES	47

1. INTRODUÇÃO

O presente relatório tem por objeto detalhar, sob o aspecto jurídico, a cobrança pela utilização dos recursos hídricos de domínio da União, tomando por base a Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, de acordo com o modelo proposto nos relatórios elaborados no âmbito do Convênio ANA/FGV.

Neste documento serão tecidos os comentários julgados pertinentes à matéria, enfocando, sempre, a premissa de que os recursos obtidos a partir da cobrança pelo uso da água devem ser aplicados na bacia hidrográfica onde os mesmos foram arrecadados. A razão dessa necessidade prende-se ao fato de que os usuários só pagarão pelo uso da água se tiverem certeza de que as quantias pagas reverterão à bacia em que os mesmos foram gerados.

Tendo em vista que a legislação em vigor não soluciona todas as dificuldades que se colocam nessa matéria, há que propor a alteração de algumas regras vigentes, assim como algumas normas previstas em projetos de lei como o de nº 1.616, em tramitação no Congresso Nacional, visando estabelecer uma fundamentação legal suficiente para que o modelo a implantar ofereça segurança jurídica aos usuários pagadores, garantindo a continuidade da implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e sua perenidade.

2. HISTÓRICO

O tema relativo aos recursos hídricos é de indiscutível interesse nos dias de hoje: elemento essencial à vida, existe em abundância no território brasileiro mas vem sofrendo, cada vez mais, o risco de poluição e de escassez por sua má utilização.

O acesso à água é condição de sobrevivência do homem e, à medida que houve mudanças na sua organização social, tornou-se necessário estabelecer regras para ordenar a utilização desse recurso.

A legislação sobre águas, no plano federal (Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), anterior à Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1.997, não fornecia os instrumentos necessários à administração dos recursos hídricos, no que se refere à proteção e à melhoria dos aspectos de qualidade e quantidade. Era necessária uma nova ordem jurídica para os recursos hídricos, que desse respostas aos problemas decorrentes da industrialização, do crescimento das cidades e da conseqüente utilização, sem planejamento específico para esse recurso .

As políticas estaduais de recursos hídricos e a Lei federal nº 9.433/97 incorporaram novos conceitos no direito brasileiro, alterando o cenário anterior: a bacia hidrográfica passou a constituir a unidade básica de planejamento e gestão; a água foi considerada como bem econômico, passível de ter a sua utilização cobrada; parte da gestão das águas, no que toca ao planejamento, ficou delegada a comitês e conselhos de recursos hídricos, com a participação, além da União e dos Estados, de Municípios, usuários de recursos hídricos e da sociedade civil organizada.

Nessa ordem de idéias, passou-se a falar na "gestão dos recursos hídricos", como forma de planejar e controlar o uso das águas. A Lei nº 9.433/97 consiste, hoje, no instrumento hábil para que, finalmente, se possa iniciar a gestão das águas de acordo com os critérios mais modernos que existem.

Ou seja, a nova legislação enfoca o recurso hídrico de forma realista, pois apresenta respostas concretas às atuais necessidades de proteção e melhoria da qualidade e quantidade dos corpos hídricos.

Todavia, permanece inalterado o domínio das águas, repartido entre a União e os Estados, fator de dificuldade para a implantação das políticas de recursos hídricos. Em grande parte das bacias hidrográficas, há a ocorrência de corpos hídricos de domínio da União e outros de domínio dos Estados, cada

qual adstrito a normas próprias, que embora não sejam conflitantes, nem sempre são idênticas, sobretudo na organização administrativa do ente dominante fixada para a gestão da água. Essa dificuldade, que decorre de norma constitucional, determinou a formulação de mecanismos de articulação, para viabilizar a gestão de forma mais efetiva e sem entraves.

A Lei nº 9.433/97 estabelece, como um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, que a água é um recurso natural limitado e dotado de valor econômico. A origem dessa regra encontra-se na Carta Européia da Água, de 1968, que tratou do valor econômico da água, embora não tenha abordado a cobrança. O Conselho da OECD para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, de 1972, definiu a necessidade de cobrar pelo uso da água, o que se repetiu na Declaração de Dublin, de 1992, e na Declaração do Rio de Janeiro, também de 1992.

Saliente-se que a cobrança não é propriamente uma novidade no campo normativo brasileiro. O Código de Águas já previa a possibilidade de remuneração pelo uso das águas públicas. O Código Civil de 1916 também facultava a cobrança pela utilização de bens públicos. Existem outros exemplos de pagamento pelo uso de bens públicos, como, por exemplo, o pedágio, onde se paga para passar pela estrada que é bem de uso comum, e a chamada “zona azul”, em que se paga para utilizar, restritivamente, por um determinado período de tempo, o espaço público. Todavia, nunca se implementou esse princípio, no que se refere às águas.

3. A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA NOS ESTADOS

Em relação à Bacia do Rio Paraíba do Sul, os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais também estabelecem a cobrança pelo uso de recursos hídricos como instrumentos de suas políticas estaduais.

No Rio de Janeiro, a Lei n° 3.239, de 2 de agosto de 1999, institui a Política Estadual de Recursos Hídricos, cria o sistema estadual de gerenciamento de recursos hídricos, regulamentando a Constituição Estadual, em seu artigo 261, parágrafo primeiro, inciso VII.

O artigo 5°, inciso VI, da citada lei, prevê a cobrança como um dos instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos.

Segundo o disposto no artigo 28, no cálculo dos valores a serem fixados na cobrança pelo uso de recursos hídricos, devem ser observados certos aspectos como as derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação.

Os recursos financeiros arrecadados pela cobrança constituem receitas do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FUNDRHI (art. 47, parágrafo segundo, inciso I, da Lei 3.239/99).

Às Agências de Água cabe efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos, conforme dispõe o artigo 59, inciso II, da lei em tela.

Em Minas Gerais, a Lei 13.199/99 dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos determinando, em seu artigo 3°, inciso V, que na execução da Política Estadual de Recursos Hídricos, deve ser observada a vinculação da cobrança pelo uso dos recursos hídricos às disponibilidades quantitativas e qualitativas e às peculiaridades das bacias hidrográficas.

Nos termos do artigo 9°, inciso VI, da citada lei, a cobrança pelo uso de recursos hídricos constitui um dos instrumentos da Política Estadual de Recursos Hídricos.

O artigo 25 determina que, no cálculo e na fixação dos valores a serem cobrados, devem ser observados, entre outros aspectos, as classes de uso preponderante em que esteja enquadrado o corpo de água no local do uso

ou da derivação, a localização do usuário na bacia, a natureza e as características do aquífero, a disponibilidade e o grau de regularização da oferta hídrica local e o princípio de tarifação progressiva em razão do consumo.

Dispõe ainda o artigo 27 que o valor da cobrança pelos direitos de uso de recursos hídricos classificar-se-á como receita patrimonial, sendo que os valores diretamente arrecadados por órgão ou unidade executiva descentralizada do Poder Executivo serão depositados e geridos em conta bancária própria, mantida em instituição financeira oficial. Observa-se que o artigo 53, inciso IV, da mesma lei, impõe que a implantação da cobrança pelo uso de recursos hídricos deve ser precedida de articulações do Estado com a União e com os Estados vizinhos, tendo em vista o domínio federal e a celebração de Convênios de cooperação técnica.

Em São Paulo, a Lei 7.663, de 30 de dezembro de 1991, estabelece normas de orientação à Política Estadual de Recursos Hídricos bem como ao Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

O artigo 14 dispõe que a utilização dos recursos hídricos será cobrada na forma estabelecida na lei e em seu regulamento, obedecidos os seguintes critérios:

I - cobrança pelo uso ou derivação, considerará a classe de uso preponderante em que for enquadrado o corpo d'água onde se localiza o uso ou derivação, a disponibilidade hídrica local, o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas, à vazão captada em seu regime de variação, o consumo efetivo e a finalidade a que se destina;

II - cobrança pela diluição, transporte e assimilação de efluentes de sistemas de esgotos e de outros líquidos, de qualquer natureza, considerará a classe de uso em que for enquadrado o corpo d'água receptor, o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas, à carga lançada e seu regime

de variação, ponderando-se, dentre outros, os parâmetros orgânicos físico-químicos dos efluentes e a natureza da atividade responsável pelos mesmos.

O artigo 29 prevê a criação de uma entidade jurídica, com estrutura administrativa e financeira própria, denominada Agência de Bacia, onde surgirem problemas relacionados aos recursos hídricos, por decisão do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica e aprovação do Conselho de Recursos Hídricos. O parágrafo segundo do mesmo artigo determina que “as Agências de Bacias somente serão criadas a partir do início da cobrança pelo uso dos recursos hídricos e terão sua vinculação ao Estado e organização administrativa, além de sua personalidade jurídica, disciplinadas na lei que autorizar sua criação”.

O resultado da cobrança pela utilização de recursos hídricos constitui recurso do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO (art. 36, inciso V, da Lei 7.663/91).

4. A COBRANÇA EM CORPOS HÍDRICOS DE DOMÍNIO DA UNIÃO

A cobrança pelo uso da água consiste em um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos do artigo 5º, inciso IV da Lei 9.433/97.

Nos termos do artigo 19 da Lei 9.433/97, constituem objetivos da cobrança:

“I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.”

A cobrança encontra-se na outra extremidade da política de recursos hídricos: de um lado, estão os planos, que fixam as metas e as prioridades a serem cumpridas, bem como os planos de aplicação de recursos arrecadados com a cobrança propostos pelas Agências de Águas aos Comitês de Bacia Hidrográfica, nos termos do artigo 44, XI, “c”, da Lei 9.433/97.

Esse mecanismo tem por objetivo, pois, dentre outros, arrecadar os recursos financeiros necessários à realização de parte das atividades - obras, planos e programas - relativas ao alcance das metas propostas no Plano. Entre esses dois extremos encontram-se os instrumentos de controle administrativo – outorga do direito de uso da água e licenciamento ambiental.

5. FATO GERADOR E CRITÉRIOS DA COBRANÇA

Nos termos do artigo 20 da Lei 9.433/97, “serão cobrados os usos dos recursos hídricos sujeitos à outorga”, conforme segue:

I - a derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de aquífero para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III - 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;

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos¹;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.”

O conteúdo do citado artigo 20 remete a cobrança pelo uso da água a todos os usos passíveis de autorização ou concessão do poder público – União ou Estados.

No que tange aos critérios, a Lei das Águas, Lei nº 9.433/97, estabeleceu em seu artigo 21 que, na fixação dos valores a serem cobrados, devem ser observados, entre outros, nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação e nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluyente.

6. NATUREZA JURÍDICA DO PRODUTO DA COBRANÇA

O produto da cobrança pelo uso da água constitui, sob o aspecto jurídico-financeiro, uma receita pública, em que é importante estabelecer o tipo de relação jurídica entre o Estado e o particular, já que é este que a fornece, e o Estado quem a recebe.

Segundo Rubens Gomes de Sousa, apoiado nos ensinamentos de Seligman, o ponto de partida do estudo das finanças públicas é que toda atividade financeira do Estado se traduz por um conflito entre o interesse público e um interesse particular. Em sede de recursos hídricos, as ponderações efetuadas ao longo de todo este trabalho apontam para isso: o

¹ De acordo com o parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 9.984/2000, a compensação financeira para utilização dos recursos hídricos, objeto da Lei 7.990, de 28.12.89, em que parte do mesmo é aplicado na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e seu Sistema de Gerenciamento, constitui pagamento pelo uso de recursos hídricos e será aplicada nos termos do artigo 22 da Lei 9.433/97.

conflito de interesse sobre o uso da água, em razão do risco de escassez e da crescente demanda, torna-a um bem de valor econômico, cujo uso é passível de ser cobrado.

As receitas públicas, com base nos autores acima citados, podem ser classificadas em cinco categorias, “segundo uma escala de graduações dos dois interesses em presença em cada caso:

1. Preços quase privados são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista exclusivamente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, sendo o interesse público meramente accidental. É o que ocorre quando o Estado desempenha atividades tipicamente privadas, como a exploração do comércio ou da indústria, concorrendo com os demais comerciantes ou industriais em situação de igualdade de mercado. A posição do Estado, em tais casos, é portanto idêntica à dos particulares, só não se chamando a receita de “preço privado” porque seu titular é uma entidade pública.

2. Preços públicos são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse dos particulares na atividade desempenhada pelo governo, mas atendendo também, embora secundariamente, à existência de um interesse público geral e coletivo nessa atividade. Também aqui se trata de desempenho, pelo Estado, de atividades tipicamente privadas; porém a existência de um interesse público secundário justifica que o Estado se reserve à exclusividade do seu exercício, eliminando a concorrência por meio do monopólio legal. É o caso dos correios e telégrafos.

3. Taxas são as receitas públicas cobradas pelo Estado tendo em vista principalmente o interesse público na atividade desempenhada pelo governo, mas considerando também que do exercício dessa atividade decorre diretamente para o particular um interesse individual específico. É o que ocorre

quando o Estado desempenha atividades tipicamente públicas (saúde pública, polícia, justiça), cuja existência interessa à coletividade em geral, mas cujo exercício pode ser relacionado, em cada caso, a um determinado indivíduo.

4. Contribuições são as receitas cobradas pelo Estado tendo em vista preponderantemente o interesse público da atividade desempenhada pelo governo, mas considerando também as vantagens que decorrem dessa atividade, embora não diretamente e não especificamente para determinado indivíduo, mas para determinada classe ou categoria de particulares. É o que ocorre quando o governo decide construir uma obra pública, por exemplo, uma estrada, em razão do interesse geral na existência de meios de transporte, mas essa estrada vai beneficiar de modo especial os proprietários dos terrenos marginais.

5. Impostos, finalmente, são as receitas que o Estado cobra tendo em vista exclusivamente o interesse público da atividade desempenhada pelo governo, sem levar em conta as vantagens que possam decorrer dessa atividade para os particulares ou mesmo a ausência de tais vantagens sob o ponto de vista individual. É o que ocorre a todas as atividades inerentes à própria existência, organização e funcionamento do governo (administração pública, órgãos políticos, funcionalismo, defesa nacional), que representa, um interesse público geral não suscetível de ser relacionado direta ou indiretamente a um determinado indivíduo.”²

Das espécies acima transcritas, cabe abordar a taxa e o preço, porém de forma apenas pontual, já que as divergências que se colocam entre os dois institutos, sobretudo no tocante à remuneração dos serviços públicos, são tormentosas e nos afastaria do objeto do estudo proposto.

² *Compêndio de Legislação Tributária*, 4^a ed. póstuma, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1982, pp. 6-38.

A taxa é espécie de tributo, na forma de inciso II do artigo 145 da Constituição Federal, cuja finalidade é remunerar serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

O fato gerador da cobrança é a utilização do recurso hídrico para os fins mencionados no artigo 12 da Lei 9.433/97, e que basicamente são aqueles que alteram o regime, a quantidade ou a qualidade das águas. Não se configura, nessa hipótese, exercício do poder de polícia, pois o controle administrativo encontra-se no âmbito da outorga do direito de uso da água e no licenciamento ambiental.

Pelo exercício do poder de polícia das águas pode ser cobrada uma taxa, como de fato ocorre, do mesmo modo que para a obtenção de licença de construir, e tantas outras atividades que a Administração Pública exerce, fundadas no exercício de controle das atividades dos particulares. Essa taxa é cobrada para remunerar os serviços de controle, prestados pela Administração Pública. Não se vislumbra, na cobrança, uma remuneração pelo exercício de poder de polícia.

Tampouco há que falar em tarifa, pois esta é remuneração típica da prestação de serviço público, na forma do art. 175, da Constituição Federal. O serviço público possui características muito distintas da outorga de uso de bem público.

Paga-se pelo uso privativo da água, em detrimento dos demais usos. Como já mencionado, o exemplo mais próximo dessa hipótese encontra-se nos sistemas similares à chamada Zona Azul na cidade de São Paulo, em que se utiliza uma parte da via pública por um determinado período de tempo, pagando por isso. O efeito dessa utilização é que, nesse período, o espaço da via pública, bem de uso comum, destina-se exclusivamente ao usuário, em detrimento do interesse dos demais.

É o que ocorre com a derivação ou captação para consumo final, como o abastecimento público, ou o abastecimento industrial, a extração de água de aquífero subterrâneo, o lançamento de esgotos e demais resíduos, com o fim de diluição, transporte ou disposição final, o uso em potenciais hidrelétricos e outros, conforme dispõe o artigo 12 da Lei 9.433/97.

Dessa forma, a natureza do produto da cobrança é a de preço público, pois se trata de fonte de exploração de bem de domínio público. Em sede de recursos hídricos, há uma sistemática de proposições e aprovações, no âmbito de Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Releva notar que a Lei 9.984/00 estabeleceu que setenta e cinco centésimos por cento do valor da energia produzida serão destinados ao Ministério do Meio Ambiente, para aplicação na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Os termos do § 2º, essa parcela constitui pagamento pelo uso de recursos hídricos e será aplicada nos termos do art. 22 da Lei nº 9.433, de 1997.

Essa disposição equiparou, para fins e pagamento, parte da compensação financeira pela geração de energia elétrica a um uso de recursos hídricos, conforme será visto no item a seguir.

A diferença a apontar, além da natureza desse fato gerador, que não é propriamente uma utilização, mas uma compensação relativa a fatores distintos do uso privativo de bem público, consiste em valores fixados em lei, contrariamente à cobrança pelos outros usos, em que cabe ao comitê de bacia hidrográfica propor o que será pago.

O fato gerador da cobrança é a utilização do recurso hídrico para os fins mencionados no artigo 12 da Lei 9.433/97, e que basicamente são aqueles que alteram o regime, a quantidade ou a qualidade das águas. Não se

configura, nessa hipótese, exercício do poder de polícia, pois o controle administrativo encontra-se no âmbito da outorga do direito de uso da água e no licenciamento ambiental.

6.1. *Compensação Financeira*

A Lei nº 9.984, de 2000, em seu artigo 28, que deu nova redação ao artigo 17 da lei nº 9.648, de 27.05.1998, dispõe que a compensação financeira pela utilização de recursos hídricos de que trata a Lei nº 7.990, de 28.12.1989, será de seis inteiros e setenta e cinco centésimos por cento (6,75%) sobre o valor da energia produzida, a ser paga por titular de concessão ou autorização para exploração de potencial hidráulico aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica, ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios, e a órgãos dos respectivos reservatórios e a órgãos da administração direta da União.

Deste percentual acima referido, 6,75%, seis por cento (6%) do valor da energia produzida serão destinados aos Estados, aos Municípios e a Órgãos da Administração Direta da União.

Essa compensação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios ou mesmo à União, por meio de órgãos de sua administração direta, em relação às suas respectivas áreas de atuação institucional, relacionadas aos recursos naturais explorados, é um indicativo da necessidade do ressarcimento a essas unidades político-administrativas pela ocupação de terras nos respectivos territórios, quando da inundação por reservatórios artificiais.

Releva notar que este mesmo dispositivo, em seu § 1º, II, estabeleceu que setenta e cinco centésimos por cento (0,75%) do valor da energia produzida serão destinados ao Ministério do Meio Ambiente, para

aplicação na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Nos termos do § 2º, essa parcela constitui pagamento pelo uso de recursos hídricos e será aplicada nos termos do art. 22 da Lei nº 9.433, de 1997, ou seja, este percentual restringe-se à União.

Essa disposição equiparou, para fins de pagamento, parte da compensação financeira pela geração de energia elétrica a um uso de recursos hídricos.

Apesar dos institutos da compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de energia elétrica e a cobrança pelo uso de recursos hídricos constituírem igualmente receitas patrimoniais originárias, nos termos do artigo 28 da Lei nº 9.984/00, têm os mesmos naturezas jurídicas distintas. Vejamos como isso ocorre.

A cobrança pela utilização dos recursos hídricos consiste em um dos instrumentos da Política de Recursos Hídricos (art. 20). É um preço público resultante de deliberação de Comitê de Bacia Hidrográfica que propõe um determinado valor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, não havendo óbice de ordem legal se esse valor tender a zero. Tem como fato gerador à utilização privativa do recurso hídrico para os fins mencionados no artigo 12 da Lei 9.433/97, e que são basicamente aqueles que alteram o regime, a quantidade ou a qualidade das águas. Objetiva, nos termos do artigo 19 da Lei 9.433/97, reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; incentivar a racionalização do uso da água, assim como obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (ou parte deles).

A compensação financeira, prevista no artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, e disciplinada pela Lei nº 7.990, de 1989, incide sobre os

geradores de energia elétrica quando esses procedem à exploração de recursos hídricos e destina-se a compensar (indenizar; repor equivalente financeiro ao dano, real ou estimado) os impactos ambientais, sociais e econômicos decorrentes da ocupação e do alagamento de áreas dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, necessárias à implantação do empreendimento. As concessionárias de energia elétrica devem pagar pela obtenção de resultados ou de lucros, o que não se confunde com pagar pelo simples uso privativo dos recursos hídricos, bens de natureza pública.

7. OS ATORES ENVOLVIDOS NA COBRANÇA: COMPETÊNCIAS

Assim como existe um fluxo financeiro de recursos relativos à cobrança pelo uso da água, conforme descrito no Relatório “Modelos Operacionais para a Cobrança pelo Uso da Água”, há, paralelamente, um fluxo de decisões que ocorrem no âmbito dos Sistemas de Gerenciamento de Recursos Hídricos, envolvendo o Sistema Nacional e os Sistemas Estaduais do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais.

O enfoque a ser dado neste documento refere-se ao fluxo de competências em âmbito federal. Nessa ordem de idéias, cabe à Agência de Água efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, de acordo com o que dispõe o artigo 44, inciso III, da Lei nº 9.433/97.

O “outorgante” consiste no detentor do domínio do recurso, vale dizer, a União ou os Estados, que deverá delegar à Agência, ou à entidade que estiver exercendo essa função, a capacidade administrativa para proceder à cobrança.

Aqui, uma questão a destacar: como será visto adiante, sendo os recursos hídricos bens públicos, os valores arrecadados como contrapartida à sua utilização são, também, de caráter público. Dessa forma, uma agência de

águas somente poderá proceder à cobrança se a sua natureza jurídica for pública.

Sendo a agência uma sociedade civil sem fins lucrativos, como é o caso da Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, conforme definido no art. 1º de seu estatuto, não poderá a mesma proceder à cobrança, cabendo à Agência Nacional de Águas, de acordo com o disposto no artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.984/00, cobrar pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União na Bacia do Rio Paraíba do Sul.

Isso não significa, porém, que a Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul estaria alijada do processo: muito pelo contrário, a ela cabe todo o apoio técnico necessário à implantação da cobrança, como: apoiar o cadastramento de usuários, apoiar tecnicamente a ANA na emissão dos documentos de cobrança, verificar as inadimplências, proceder ao relacionamento com os usuários, dentre todas as outras atribuições previstas na lei para essa entidade.

Ressalta-se que a Agência de Bacia não exerce qualquer poder de polícia, privativo do poder público, ou seja, não pode estabelecer regulação, emitir outorga, fiscalizar ou aplicar penalidades. Todavia, sendo uma entidade da Bacia Hidrográfica, a ela compete fornecer todas as informações necessárias à atuação dos órgãos públicos, na execução de suas finalidades, inclusive no que toca ao poder de polícia. Trata-se do catalisador das informações, no âmbito da Bacia Hidrográfica, prestando todo o apoio técnico necessário para que os órgãos públicos competentes fiscalizem, cobrem pelo uso da água e concedam outorga.

Esse apoio técnico não conflita, em nenhuma hipótese, com as funções públicas privativas da ANA e dos órgãos estaduais de controle. Tanto que poderiam ser contratados tais serviços, por meio de licitação pública, hipótese em que o apoio técnico seria prestado pelas empresas contratadas.

Sem esse apoio técnico, inclusive, os próprios órgãos e entidades públicas de controle ficam prejudicados em sua atuação na bacia.

À Agência Nacional de Águas – ANA, além de implementar a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, cabe arrecadar, distribuir e aplicar as receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, conforme dispõe o artigo 4º, incisos VIII e IX da Lei 9.984/2000.

Os valores relativos à cobrança constituem proposta da Agência aos Comitês de Bacia Hidrográfica, nos termos do artigo 44, XI, *b*, da Lei 9.433/97, a eles cabendo sugerir ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos os valores a serem cobrados, conforme estabelece o art. 38, VI da mesma lei. Ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos compete estabelecer os critérios gerais para a cobrança, de acordo com o que estatui o art. 35, X da Lei 9.433/97.

Na Bacia do Paraíba do Sul, tais mecanismos e valores foram objeto das Deliberações CEIVAP 08, de 6 de dezembro de 2001 e 15, de 4 de novembro de 2002.

A Deliberação nº 08/2001, em seu artigo 1º, aprovou o início da implementação da cobrança pelo uso de recursos hídricos na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul a partir do ano 2002 e fixou os critérios aplicáveis aos setores industrial e de saneamento (abastecimento de água e esgotamento sanitário), em seu art. 2º, § 1º, entre outras condições.

O início da cobrança ficou condicionado ao atendimento das exigências legais e das medidas preparatórias relacionadas em cronograma específico e ao cumprimento pleno das condições estabelecidas (art. 1º, § 1º).

8. APLICAÇÃO DO PRODUTO DA COBRANÇA

Reforçando a idéia da adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gerenciamento, dispõe o artigo 22, da Lei nº 9.433/97, que os valores arrecadados com a cobrança pelo uso da água serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados.

Tais valores serão utilizados no financiamento de estudos, programas, projetos e obras previstas nos planos de recursos hídricos (art. 22,I) e também no pagamento de despesas e implantação e custeio administrativo nos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 22, II).

Toda a principiologia que rege a Política Nacional e o Sistema de Gestão dos Recursos Hídricos, fundamentada na Lei 9.433/97, leva ao entendimento de que os recursos obtidos a partir da cobrança pelo uso da água encontram-se, em tese, adstritos a uma destinação específica, que seria a aplicação 1) no financiamento de estudos, programas projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos e 2) no pagamento das despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, limitado a sete e meio por cento, na forma do artigo 22, § 1º, da Lei 9.433/97. Ou seja, no mínimo 92,5% (noventa e dois e meio por cento) dos recursos da cobrança devem ser destinados aos estudos, programas, projetos e obras contidas nos Planos de Aplicação.

Todavia, a legislação em vigor não indica com precisão os locais de aplicação desses valores, sem garantir, portanto, o “retorno” dos recursos arrecadados com a cobrança à bacia hidrográfica em que os mesmos foram gerados.

Sob o ponto de vista do usuário-pagador, constata-se que a disposição a pagar é proporcional à certeza de que os recursos beneficiarão a

bacia hidrográfica onde ocorreu à arrecadação. E a Lei 9.433/97, como já verificado, não assegura a aplicação dos recursos da cobrança na bacia hidrográfica em que os mesmos foram arrecadados.

A lei apenas menciona, em seu artigo 22, que os recursos da cobrança serão aplicados, “prioritariamente”, na bacia hidrográfica em que foram gerados. Esse dispositivo é insuficiente para garantir a necessária transferência à bacia interessada, causando insegurança jurídica aos usuários–pagadores e comprometendo toda a estrutura jurídico-institucional da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Há que ponderar que, embora as finalidades da cobrança prendam-se a aspectos de reconhecimento da água como bem de valor econômico e incentivo à racionalização do uso, nos termos dos incisos I e II do art. 19 da Lei de Águas, existe uma real necessidade de recursos financeiros para que se proceda à recuperação e melhoria dos aspectos quantidade e qualidade das águas na Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, assim como em outras inúmeras regiões do País. É o que se estabelece no inciso III do citado art. 19, que trata da obtenção de recursos para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Dessa forma, o inciso III, ao mencionar o financiamento de programas e intervenções contidos nos planos de recursos hídricos, estabelece, desde logo, um liame de ordem jurídica entre a cobrança, os recursos financeiros arrecadados e a sua aplicação nos estudos, projetos e obras previstos no plano de recursos hídricos.

Vislumbrando o espírito do legislador, ao eleger a bacia hidrográfica como a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos nos termos do inciso V do art. 1º da Lei 9.433/97, só se

pode entender que o plano de que trata a lei, no inciso I do art. 22 é aquele relativo à bacia hidrográfica onde foram arrecadados os valores.

Indo além, dispõe o art. 38 da Lei de Águas que cabe aos Comitês de Bacia Hidrográfica aprovar o Plano de Recursos Hídricos da Bacia (inciso III) e sugerir os valores a serem cobrados (inciso VI). Ora, se há um plano de recursos hídricos, a ser aprovado pelo Comitê, não parece lógico que na decisão acerca dos valores a serem cobrados pelo uso da água não se considerem as necessidades reveladas no Plano.

Há, pois, uma contradição entre o termos “prioritariamente” e os citados dispositivos legais.

O fato de a lei estabelecer que os recursos serão apenas “prioritariamente” aplicados na bacia hidrográfica onde foram gerados implica que o repasse de recursos financeiros, na bacia hidrográfica de origem, da forma como a lei estabelece, constitui ato discricionário da autoridade ou seja, poderá ocorrer, desde que haja conveniência e oportunidade no mesmo, porém sem qualquer fixação de limites mínimos.

Em outras palavras, havendo qualquer motivo plausível para não repassar os recursos, não é impossível que a bacia onde ocorreu à arrecadação venha a receber parcela pouco representativa, uma vez que inexistente a vinculação.

É preciso, pois, buscar os meios legais para obter a garantia do retorno dos recursos oriundos da cobrança à bacia hidrográfica em que os mesmos se originaram, por meio de transferências automáticas.

Ainda que a lei não venha a obrigar que a totalidade dos recursos sejam aplicados na bacia de origem, é imprescindível fixar-se um limite mínimo, alterando-se, dessa forma, o “caput” do art. 22 da Lei 9.433/97.

9. NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS FINANCEIROS ARRECADADOS

O recurso hídrico é um bem de domínio público, na forma do estabelecido na Constituição Federal, ao fixar que as águas pertencem à União ou aos Estados ou Distrito Federal, de acordo com sua localização (arts. 20, III e 26, I). Na Lei 9.433/97, a dominialidade pública ficou expressamente definida no artigo 1º, inciso I, segundo o qual “a água é um bem de domínio público”.

Sendo de natureza pública os recursos hídricos, são também públicas as receitas auferidas por sua utilização. Conseqüentemente, essas receitas, arrecadadas pelo órgão competente no que toca às águas de domínio da União – Agência Nacional de Águas -, como já foi dito, constituem parcela do Tesouro Nacional, submetendo-se ao Sistema de Conta Única.

Resta verificar, sob os aspectos do Direito Financeiro, como garantir que tais valores

- 1) sejam efetivamente aplicados no setor de recursos hídricos em observância às disposições da Lei 9.433/97 e
- 2) retornem à bacia hidrográfica em que foram arrecadados.

Dois cenários se vislumbram na elaboração do estudo:

- 1) Atualmente, a Política Nacional de Recursos Hídricos encontra-se em fase de implementação. Nem todos os comitês de bacia hidrográfica e respectivas agências de águas que celebraram contratos de gestão ou instrumento equivalentes com a ANA, estão implantadas. A cobrança pelo uso da água iniciou-se apenas na Bacia do Rio Paraíba do Sul. Nem todos os Planos de Recursos Hídricos foram elaborados.

A ANA recebe dotações orçamentárias da União, aplicando-os, em parte, na própria implantação da Política de Recursos Hídricos e também em

estudos, planos e obras, contando, no momento, apenas com os recursos da cobrança nos corpos hídricos de domínio da União, na bacia do Paraíba do Sul.

Nesse período, os esforços estão concentrados na “inicialização” do sistema de cobrança, que é uma das bases para a sustentabilidade da Política de Recursos Hídricos.

2) Com a efetiva implantação da Política e de seus instrumentos, máxime a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, em um segundo momento, será necessário garantir, sob o aspecto jurídico-institucional, a articulação entre as instituições envolvidas (usuários-pagadores, Tesouro Nacional, ANA, Agência de Águas) assim como o cumprimento das condições contidas nos contratos de gestão.

Além disso, deverá ser estabelecido o fluxo financeiro dos recursos oriundos da cobrança.

10. COMO TRANSFORMAR RECEITA EM DESPESA?

A primeira questão refere-se à garantia de que os recursos decorrentes da cobrança, ainda que alocados no Tesouro Nacional, 1) não possam ser contingenciados e que 2) sejam preservados, mesmo em exercícios financeiros posteriores ao da arrecadação.

Essas dúvidas solucionam-se pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, que determina, no parágrafo único do art. 8º, que os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão *utilizados exclusivamente* para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em *exercício diverso* daquele em que ocorrer o ingresso.

Todavia, de acordo com o disposto na Lei Complementar 101/2000, acima mencionada, a lei deveria estabelecer expressamente o comprometimento dos recursos, indicando a sua destinação.

Nos termos do artigo 21, da Lei 9.984/2000, “as receitas provenientes da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União serão mantidas à disposição da ANA, na Conta Única do Tesouro Nacional, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações”.

Resta verificar se o dispositivo do art. 21 enquadra-se nas determinações fixadas no parágrafo único do art. 8º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar 101/2000, garantindo assim que não haveria, por exemplo, um contingenciamento de valores, comprometendo a sustentabilidade da Política de Recursos Hídricos.

Ao determinar que as receitas provenientes da cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União *permaneçam à disposição* da ANA até a sua destinação nas respectivas programações, não se garante que esses recursos se preservem após o exercício financeiro em que foram gerados nem impede eventual contingenciamento.

Trata-se de norma programática, pois não se está indicando, objetivamente, que os recursos serão destinados especificamente, aos projetos, programas ou obras objeto de um plano de aplicação, previamente aprovado pelo Comitê de Bacia Hidrográfica, juntamente com plano de recursos hídricos. Não há finalidade específica indicada na Lei, o que significa que, na legislação em vigor, inexistente garantia para que os recursos financeiros obtidos por meio da cobrança sejam preservados ou “carimbados”.

Como já foi visto, há que fixar, em lei, tal obrigação, pois havendo um dispositivo que obrigue expressamente a destinação dos recursos obtidos a partir da cobrança pelo uso da água aos estudos, planos, programas e obras contidos nos planos de aplicação, que constituem uma parte dos planos de

recursos hídricos, devidamente aprovados pelo respectivo comitê de bacia hidrográfica, a Lei de Responsabilidade Fiscal asseguraria a transferência automática (de natureza vinculaste) – e não o repasse (que é de natureza discricionária) - de recursos financeiros do Tesouro Nacional para a aplicação segundo o disposto no plano de bacia, pela(s) entidade(s) competente(s) na bacia em que foram gerados.

Um plano de bacia contempla uma série de tipos de atividade, voltadas à melhoria dos aspectos quantidade e qualidade da água: ações de gestão, planejamento e investimento.

As ações de gestão englobam a operacionalização da agência de bacia, incluindo-se o desempenho de atividades de secretaria executiva do(s) Comitê(s), as atividades de mobilização e educação ambiental, apoio técnico à fiscalização, à outorga e à cobrança, entre outras.

As ações de planejamento envolvem o desenvolvimento de planos, estudos, pesquisas, monitoramento e outras, que servem de base à elaboração e atualização do Plano de Bacia ou dos projetos de investimento.

As ações de investimento contemplam as intervenções estruturais na bacia relativas ao controle de poluição (construção de ETE's ou ETA's, por exemplo), aumento da disponibilidade hídrica, controle de erosão, controle de cheias etc.

De uma forma geral, pode-se considerar que as ações s de gestão e planejamento ditas intervenções não-estruturais, são executadas direta ou indiretamente pela Agência de Bacia. Entretanto, as intervenções estruturais, isto é, as obras, nem sempre poderão ser executadas diretamente pela Agência de Bacia, no modelo de agência planejadora definida pela lei 9.433/97 e em implantação no Brasil. A Agência de Bacia não poderá contratar diretamente uma intervenção estrutural quando esta implicar intervenção em área pública ou privada. Da mesma forma, a agência não tem qualquer

jurisdição sobre o uso do solo para reflorestar uma área de nascente ou a faixa marginal de proteção. Assim, as intervenções estruturais, em sua maioria, serão executadas pelo beneficiário direto do investimento, independentemente de sua natureza jurídica. O fluxo financeiro da cobrança demonstra que os recursos retornam por dois caminhos: parte dos recursos retornam à agência de bacia para sua manutenção e contratação das ações não estruturais previstas no plano de bacia, e parte dos recursos vão do Tesouro, via agente financeiro, diretamente para os executores das intervenções estruturais previstas no plano, que poderá ou não ser a agência de bacia.

Uma questão a colocar consiste na necessidade, de caráter institucional, de haver um mecanismo de controle para a transferência dos recursos do Tesouro Nacional para uma conta bancária em nome do beneficiário dos recursos, ou da própria da Agência de Águas.

A Agência de Águas deverá celebrar contrato de gestão ou instrumento equivalente com a ANA, no qual serão fixadas uma série de obrigações a serem cumpridas. A Agência Nacional de Águas exercerá o acompanhamento e o controle do cumprimento das condições do contrato de gestão, cabendo a ela proceder às autorizações para as transferências.

Aqui, uma sutileza: a transferência é automática. A finalidade é garantida. Todavia, depende de uma autorização do ente controlador dessa conta – ANA, fundamentada no cumprimento do contrato de gestão ou em outro compromisso que venha a ser celebrado entre a Agência de Águas e a Agência Nacional de Águas, para que a Agência de Água possa receber os recursos.

Se assim não fosse, e sendo a Agência de Bacia uma entidade de direito privado, poderia haver uma transferência do Tesouro Nacional sem que se cumprissem às obrigações definidas entre essa Agência e a Agência

Nacional de Águas – a quem compete, por lei, a gestão dos recursos hídricos de domínio da União.

11. FUNDO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

Uma possível solução para a dificuldade acima apontada seria a criação de um Fundo Nacional de Recursos Hídricos, no qual alocar-se-iam os recursos da cobrança em uma sub-conta da respectiva bacia hidrográfica. Os recursos que constituem receita dos fundos ficam preservados, ao término dos exercícios financeiros.

Havendo um Fundo, caberia ao Comitê de Bacia Hidrográfica aprovar o Plano de Recursos Hídricos e indicar a aplicação dos recursos da cobrança de acordo com o estabelecido no plano.

A criação de um fundo depende de lei, pois a Constituição veda a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX da Constituição Federal), que no caso consiste em lei ordinária.

Evidentemente, a lei que criasse o fundo deveria conter disposição prevendo o repasse de recursos da cobrança a entidades de direito privado, o que de resto é o que ocorre, por exemplo, no FEHIDRO – Fundo Estadual de Recursos Hídricos em São Paulo, cabendo à ANA fazer parte de um Conselho Gestor do Fundo, tendo em vista as suas competências no que tange às águas de domínio da União.

Verificada a questão financeira, há que estabelecer a forma institucional da relação jurídico-obrigacional que deverá ser implementada entre o Tesouro Nacional e ANA e a Agência de Bacia.

12. INSTRUMENTOS LEGAIS PARA O RELACIONAMENTO ANA - AGÊNCIA DE ÁGUAS

A abordagem da matéria objetiva a estruturação jurídico-organizacional a ser implementada no que se refere à relação entre a Agência Nacional de Águas – ANA e as Agências de Água, tomando-se por base a Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Em face da estreita relação institucional entre essas entidades, inclusive com a previsão de gestão financeira dos recursos provenientes da cobrança pelo uso da água, há que se definir o modelo que será utilizado, com destaque para a organização social, a organização da sociedade civil de interesse público e do convênio, como instrumentos jurídicos adequados à viabilização desta relação jurídico-obrigacional.

12.1 Organizações Sociais - Os

Nos termos do art. 1º da Lei federal nº 9.637, de 18.5.1998, a organização social é uma qualificação que o Poder Executivo federal outorga a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesse mesmo diploma.

O objetivo da criação da figura das organizações sociais foi encontrar um instrumento que permitisse a transferência para as mesmas de certas atividades que vêm sendo exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão³. Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam

³ Concessão e permissão reportam-se a serviços públicos, porém sob uma ótica que envolve, fundamentalmente, a cobrança de tarifa dos usuários, o que não se aplica aos temas objeto da atuação das organizações sociais.

sejam prestados pelos órgãos e entidades governamentais. Sem dúvida, há outra intenção subjacente, que é a de exercer um maior controle sobre aquelas entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de suas finalidades assistenciais, mas que necessitam enquadrar-se numa programação de metas e obtenção de resultados.⁴ Portanto, estabelecido o vínculo jurídico, através do contrato de gestão, entre o Poder Público e a organização social, esta tem sua autonomia restringida, mesmo sendo uma entidade privada, posto que terá que se sujeitar a exigências contidas no contrato de gestão.

Para obter essa qualificação, uma das condições é possuir como órgão de deliberação superior e de direção um conselho de administração e uma diretoria, com a participação de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral. O Conselho de Administração da entidade deverá exercer papel fundamental na sua administração. Em sua composição, os representantes da comunidade e do Poder Público devem constituir maioria absoluta, mais de 50% do Conselho, controlando os atos da diretoria executiva, cujos membros serão pelo Conselho designados e dispensados (arts. 2º, I, c e d; 3º, III e 4º IV da Lei nº 9.637/98).

A entidade qualificada como organização social celebra um contrato de gestão com o Poder Público para a formação da parceria no fomento e execução da atividade (art. 5º da Lei nº 9.637/98).

No âmbito do contrato de gestão, o fomento pelo poder público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens públicos necessários (móveis e imóveis) ao cumprimento do contrato de gestão. Os bens ser-lhe-ão transferidos mediante permissão de uso, com dispensa de licitação e os recursos serão liberados de acordo com cronograma

⁴As entidades de interesse social eram reconhecidas por meio de decretos federais, estaduais e municipais, em que não havia mecanismos de controle sobre a sua atuação.

de desembolso estabelecido no contrato de gestão. É ainda facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidores públicos, com ônus para o órgão de origem (arts. 11; 12 §§ 1º e 3º; e 14 da Lei nº 9.637/98).

O Poder executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, respondendo os dirigentes da organização social individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. A desqualificação acarreta reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 16, *caput*, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.637/98).

12.1.1 Contrato de Gestão

O contrato de gestão é um acordo celebrado com entidades da Administração Indireta, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e, por suas características, poderiam ser qualificadas como entidades paraestatais.

Nos termos do art. 5º, da lei federal da Lei nº 9.637/98, o contrato de gestão é o instrumento jurídico firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, que objetiva viabilizar a parceria entre as partes para fomento e execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

O contrato de gestão discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, mas sobretudo deverá especificar o programa de trabalho proposto, a fixação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e

produtividade. Além disso, o contrato deve prever os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da organização social, além de outras cláusulas julgadas convenientes pelo Poder Público (arts. 6º, *caput*; 7º, I, II e § único da Lei nº 9.637/98).

A eficácia do contrato de gestão está precisamente na possibilidade do exercício do controle de desempenho pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Havendo indicadores objetivos de qualidade e produtividade, metas a serem alcançadas e prazos de execução, o Poder Público pode perfeitamente acompanhar os trabalhos da entidade privada e verificar a atuação de seus dirigentes, para tomar as providências cabíveis, que podem ir desde a substituição dos diretores (deve-se lembrar que os representantes do Poder Público e da comunidade constituem maioria absoluta no Conselho de Administração) até a cassação do título de organização social (arts. 8º; 7º, I; 4º, IV e 16 da Lei nº 9.637/98).

Os resultados alcançados com a execução do contrato de gestão serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora (art. 8º, § 2º da Lei nº 9.637/98).

Observada qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública os responsáveis pela fiscalização se obrigam a dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. E, havendo malversação de bens ou recursos de origem pública culminará na indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (arts. 9º e 10º da Lei 9.637/98).

De certa forma, o Poder Público se assenhoreia do controle da entidade privada – com a colaboração da comunidade – para que ela possa vir

a exercer as atividades sociais desejadas, utilizando-se de recursos oficiais. Aliás, segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, publicação do Ministério de Administração e Reforma do Estado, um dos objetivos desse novo tipo de parceria é precisamente reforçar o controle social direto desses serviços, através dos seus conselhos de administração.

O contrato de gestão, portanto, é o instrumento jurídico básico dessa nova forma de parceria entre o setor público e o privado. Embora a lei denomine esse instrumento de contrato, na verdade, trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada – acordo de direito público que mais se aproxima de um convênio, em que as partes fixam os respectivos direitos e obrigações para a realização de objetivos de interesse comum.

12.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP

Nos termos da Lei federal nº 9.790, de 23.3.1999, a organização da sociedade civil de interesse público é uma qualificação que o Ministério da Justiça outorga a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais tenham, além de observado o princípio da universalização dos serviços no respectivo âmbito de atuação, pelo menos, uma das seguintes finalidades conforme fixado no art. 3º:

1) promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

2) promoção gratuita da educação e da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a mesma Lei;

3) promoção da segurança alimentar e nutricional;

4) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

5) promoção do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

6) experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

7) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

8) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

9) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima mencionadas.

Para qualificar-se como organização da sociedade civil de interesse público, dispõe o art. 4º da Lei nº 9.790/99 que, além da observância dos princípios de direito administrativo⁵, deverão constar no estatuto da pessoa jurídica uma série de normas, dentre as quais:

1) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

2) a constituição do conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho

financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

3) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como organização da sociedade civil de interesse público, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

4) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos;

5) prestação de contas de todos os recursos públicos e bens de origem pública conforme determina o art. 70 da CF, isto significa, pelos sistemas de controle interno e externo, onde o Legislativo é auxiliado pelo Tribunal de Contas.

No que se refere ao controle, observada qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, os responsáveis pela fiscalização cientificarão o Tribunal de Contas respectivo e o Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. E, havendo indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública, os bens da entidade a pedido do Ministério Público ou da Advocacia-Geral da União serão decretados indisponíveis e os bens dos seus dirigentes serão seqüestrados, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429/92 e na Lei Complementar nº 64/90 (arts. 12 e 13 da Lei nº 9.790/99).

A entidade que recebe do Poder Público a outorga como organização da sociedade civil de interesse público celebra com o mesmo termo de parceria, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as

⁵ Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada (art. 9º da Lei nº 9.790/99).

12.2.1 Termo de Parceria

Para as organizações sociais de interesse público, entidades privadas previamente existentes, criadas espontaneamente na sociedade, a lei instituiu o chamado termo de parceria. De acordo com o artigo 9º da Lei nº 9.790/99, o termo de parceria é considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, previstas no art. 3º do mesmo diploma legal.

No termo de parceria, firmado de comum acordo entre Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público, deverá constar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

São cláusulas obrigatórias do termo de parceria, de acordo com art. 10º, § 2º:

- 1) a do objeto, que especificará o programa de trabalho proposto pela entidade;
- 2) a de estipulação das metas e dos resultados a serem alcançados e os respectivos prazos de execução ou cronograma;
- 3) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;
- 4) a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento;

5) a que estabelece obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria;

6) a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira.

O órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, Agência Nacional de Água, e os Conselhos de Políticas Públicas, Ministério do Meio Ambiente, em cada nível do governo, são incumbidos de acompanhar e fiscalizar a execução do objeto do termo de parceria.

12.3 Semelhanças e Distinções entre os Dois Modelos

12.3.1 Semelhanças

Ambas são associações civis ou fundações, sem fins lucrativos; têm as mesmas limitações genéricas; atuam no mesmo campo; têm objetivos que se não são idênticos, são profundamente similares e, de alguma forma, podem se beneficiar da transferência de recursos públicos. Contudo, não se confundem. A Lei nº 9.790 é clara ao dizer que as organizações sociais não podem se qualificar como organizações da sociedade civil de interesse público.

“O objetivo de ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, a prestar atividade de interesse público mediante variada forma de fomento pelo Estado. Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê

paralelamente como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc. Só que, em um caso, a entidade assim qualificada recebe o título de organização social e, no outro, o de organização da sociedade civil de caráter público; no primeiro caso, o instrumento jurídico pelo qual se concretiza a parceria é denominado de contrato de gestão; no outro, é denominado de termo de parceria. O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador”.⁶

12.3.2 Distinções

a . Participação do Poder Público na criação da entidade

Na organização social é imprescindível a presença do Poder Público, no ato da criação da entidade, visto que, de acordo com o disposto no art. 2º, I, *d*, da Lei nº 9.637/98, um dos requisitos específicos para qualificação como organização social é a participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público. Já na organização da sociedade civil de interesse público este requisito não se faz necessário.

b Contrato de Gestão e Termo de Parceria

Para as organizações sociais, a lei estabeleceu que o instrumento obrigacional com o poder público consiste no contrato de gestão. Na prática, a entidade já nasce para e pelo o contrato de gestão.

O conceito de contrato de gestão é diferente daquele que deu origem ao termo de parceria. A organização social tem a gestão de certo patrimônio público, que lhe é cedido pelo Estado, mas o bem não é transferido para ela; não é para ser cedido, mas, sim, mantido.

O termo de parceria, como diz o art. 9º da Lei n. 9.790/99, é "passível" de ser firmado. Na verdade, a lei tenta regulamentar e dar nova forma às relações entre Poder Público e as organizações do terceiro setor, substituindo os convênios por um novo instrumento mais transparente e menos burocratizado.

Todavia, como será visto, enquanto se aguarda um posicionamento do governo federal quanto à qualificação da Agência Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, essa modalidade, convênio, constitui ainda uma das alternativas para impedir a solução de continuidade na implementação da Lei nº 9.433/33 na Bacia do Paraíba do Sul.

c Objetivos Sociais

Quanto aos objetivos sociais que possibilitam às entidades sem fins lucrativos se qualificarem como organizações sociais ou organização da sociedade civil de interesse público, é de se notar que as organizações sociais têm objetivos bem mais limitados que as organizações civis de interesse público, atuando em menos áreas e tratando de menos temas.

d Diferenças Estruturais

Em relação à estrutura, na lei das organizações sociais é marcante a presença de regras sobre o funcionamento, órgãos da entidade e deliberações, enquanto que nas organizações sociais de interesse público menciona-se o respeito às regras de caráter ético e comportamental, regras genéricas, mais de natureza principiológica, sendo poucas as normas que regulam a estrutura organizacional das entidades. Portanto, para as organizações sociais a lei fixa o que se deve fazer, enquanto que nas organizações da sociedade civil de interesse público a lei dispõe como se comportar.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. pg.198.

O art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.637/98 estipula critérios em relação à estruturação do Conselho de Administração das organizações sociais. Deve ser composto por:

1) 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

2) 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

3) até 10%, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

4) 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

5) até 10% de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

Dispõe ainda o art. 3º, do inciso II, IV ao VII do mesmo diploma legal que:

1) os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

2) o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

3) o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto;

4) o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

5) os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

6) os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, são atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras, de acordo com o art. 4º da Lei 9.637/98:

1) fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

2) aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

3) aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

4) designar e dispensar os membros da diretoria;

5) fixar a remuneração dos membros da diretoria;

6) aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de terços de seus membros;

7) aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

8) aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve

adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

9) aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

10) fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com auxílio de auditoria externa.

e A presença do poder público nas decisões

No caso das organizações sociais o "Conselho de Administração" é formado obrigatoriamente por 20 a 40% de membros do poder público, e 20 a 30% de membros representantes da sociedade civil, sendo a soma destes representantes deve corresponder a mais de 50% do Conselho (art. 1º, I, *a, b*, III da Lei nº 9.637/98). É por isso que, em grande parte, elas dependem de iniciativa do Poder Público.

Já a composição das esferas decisórias das organizações da sociedade civil de interesse público é aquele definido nos seus estatutos.

12.4 Convênio

Tendo em vista que não há ainda uma decisão concreta do governo sobre a matéria, a alternativa provisória é a utilização do modelo convênio como instrumento jurídico apto a viabilizar a relação jurídico-obrigacional entre a Agência Nacional de Água – ANA e as Agências de Água.

“Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo,

mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”.⁷ É o caso do que ocorre entre a Agência Nacional de Águas e a Agência Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

“Quanto ao convênio entre entidades públicas e entidades particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento. Caracteriza-se este por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público”.⁸

O convênio não adquire personalidade jurídica, permanecendo como simples concordância dos partícipes, onde todos os signatários têm atividades pré-ordenadas para o fim almejado, motivo pelo qual é considerado uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais.

Um traço característico do convênio que merece ser destacado é a mútua colaboração que pode conter, inclusive, o repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e outros, motivo pelo qual não se cogita de preço ou remuneração. Por esta razão, sendo instrumento de mútua colaboração, a celebração do convênio independe de prévia licitação. Também há a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio, não admitindo cláusula obrigatória da permanência.

A lei nº 8.666/93 em seu art.116 regula a matéria dos convênios celebrados por órgãos e entidades da Administração. Na celebração do convênio, no mínimo, as seguintes formalidades devem ser cumpridas, principalmente quando houver repasse de recursos da entidade pública à organização privada interessada: depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter a identificação do objeto a ser executado, metas a serem atingidas, etapas ou

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996. p.358.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 180.

fases de execução, plano de aplicação dos recursos financeiros, cronograma de desembolso, previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas.

Estas exigências contidas no art. 116, § 1º, incisos I ao VI objetivam estabelecer normas sobre a aplicação e controle dos recursos repassados por meio do convênio. Como o valor recebido pelo Poder Público fica vinculado ao objeto do convênio, como forma de controle, o conveniado deverá demonstrar que o mesmo está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados. “Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado”.⁹ Isto porque é mantida a natureza de dinheiro público do valor repassado. Portanto, o executor do convênio está obrigado a prestar contas não apenas ao ente repassador da verba, mas também ao Tribunal de Contas, de acordo com art. 70, § único, da Constituição Federal.

Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

A execução do convênio fica a cargo de uma das entidades participantes, ou de comissão diretora; mesmo dessa forma permanece despersonalizado e sem órgão diretivo adequado.

As parcelas do convênio serão liberadas em conformidade com o plano de aplicação aprovado. Os saldos do convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, sendo estas receitas auferidas, obrigatoriamente, computadas a crédito do convênio e aplicadas exclusivamente, no objeto de sua finalidade. Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 182.

convênio, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 dias do evento.

Ressalta-se que caberia ao CEIVAP proceder à gestão do instrumento a ser celebrado entre a ANA e a Agência Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

No que se refere ao contrato de gestão, há uma questão terminológica a ser esclarecida. A Lei nº 9.637/98, em seu artigo 8º, dispõe que a fiscalização do contrato de gestão será feita pela entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. E o § 1º do mesmo artigo menciona a “entidade do Poder Público supervisora” como signatária do contrato.

Não há que confundir a entidade supervisora que assina o contrato de gestão, com a entidade que gerencia o contrato, pois o § 2º menciona uma “comissão de avaliação”, indicada pela entidade supervisora, o que reforça a idéia de que há, efetivamente, uma entidade responsável pelo gerenciamento do contrato. No caso em tela, o gestor do contrato, com a natureza de “comissão de avaliação”, poderia ser o CEIVAP.

12.5 Instrumentos Legais de Adaptação da Legislação em Vigor ao Modelo Proposto

O processo legislativo pode ser entendido juridicamente como um conjunto de disposições coordenadas, sucessivas, que compõem um ato complexo, à medida que participam de sua formação dois poderes independentes: o Legislativo e o Executivo. São as seguintes as principais etapas: iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e

publicação. Trata-se de procedimento a ser observado pelos órgãos legislativos e pelo Executivo na produção e elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, nos termos do artigo 59, da Constituição Federal.

A razão da existência da lei complementar se dá pelo fato de o legislador constituinte entender que determinadas matérias, ainda que importantes, não devem ser tratadas no texto da própria Constituição Federal. Somente pode ser objeto de lei complementar a matéria expressamente prevista na Constituição Federal, enquanto as demais matérias devem ser objeto de leis ordinárias. Isto significa que a Constituição Federal considerou a lei complementar, hierarquicamente, superior a todas as outras.

Na criação de um Fundo Nacional de Recursos Hídricos, no qual alocar-se-iam os recursos da cobrança em uma sub-conta da respectiva bacia hidrográfica, onde os recursos que constituem receita dos fundos ficam preservados, ao término dos exercícios financeiros, há a necessidade de lei, pois a Constituição veda a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX da Constituição Federal). A lei a ser utilizada consiste em lei ordinária, uma vez que o legislador constituinte não previu expressamente neste dispositivo a necessidade de lei complementar.

Outra diferença entre a lei complementar e a ordinária que merece destaque refere-se ao processo legislativo na fase de votação, ato coletivo das Casas do Congresso Nacional, sejam elas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, geralmente precedido de estudos e pareceres de comissões técnicas, permanentes ou especiais, e de debates em plenário.

A votação é ato de decisão, isto é, aprovação de projeto de lei, que será enviado ao Presidente da República para sanção ou veto, nos termos dos artigos 65 e 66 da Constituição.

No que tange à aprovação de projeto de lei complementar e ordinária, o quorum necessário para a primeira é o absoluto, isto é, maioria absoluta, mais da metade dos membros das Casas do Congresso Nacional (art. 69), enquanto que o quorum que aprova o projeto de lei ordinária é o simples ou relativo, ou seja, maioria dos membros presentes (art. 47).

Cumprе ressaltar que o procedimento de formação de lei complementar só difere do procedimento da lei ordinária na exigência do voto, que é de maioria absoluta das Casas, para sua aprovação (art. 69), sendo formada por procedimento ordinário com quorum especial.

Portanto, repete-se, para a criação do Fundo Nacional de Recursos Hídricos, a lei a ser utilizada consiste em lei ordinária, cuja aprovação do projeto, para posterior envio ao Presidente da República para sanção ou veto, necessita de quorum simples ou relativo, isto é, maioria dos membros presentes.

13. CONCLUSÕES

A Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997, ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos e o respectivo Sistema Nacional de Gerenciamento, regulamentou o artigo 21, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, que confere à União essa competência.

A Política Nacional de Recursos Hídricos fundamenta-se no entendimento da água como um recurso natural limitado, dotado de valor econômico (art. 1º, inciso II) e na adoção da bacia hidrográfica como a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 1º, inciso V).

A cobrança pela utilização de recursos hídricos consiste em um dos instrumentos da Política (art. 20), sendo que os usos passíveis de cobrança são aqueles sujeitos à outorga do direito de uso (art. 12).

No que tange à competência, só poderá efetuar a cobrança órgão público ou entidade com personalidade jurídica de direito público. Considerando que os recursos hídricos são bens de domínio público, os recursos financeiros arrecadados em face da sua utilização são também de natureza pública e destinam-se ao Orçamento Geral da União.

Na Bacia do Rio Paraíba do Sul, caberá à Agência Nacional de Águas proceder à cobrança, não cabendo delegação à Agência local – Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Essa entidade, instituída para exercer, dentre outras funções, a de secretaria executiva do Comitê para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP, possui natureza jurídica de direito privado. Embora possa desempenhar uma série de funções típicas de uma secretaria executiva de comitê de bacia hidrográfica, não cabe a ela cobrar pelo uso dos recursos hídricos de domínio federal. Se tivesse natureza de direito público, poderia efetuar a cobrança, pois os artigos 44, inciso III da Lei 9.433/97 e 4º § 4º da Lei 9.984/2000 prevêm a delegação de competência do órgão outorgante às Agências de Água.

Fica, dessa forma, definida a entidade competente para efetuar a cobrança, que de resto é confirmada no artigo 4º, inciso VIII, da Lei 9.984, de 17 de julho de 2000, que criou a Agência Nacional de Águas. Nos termos desse dispositivo legal, cabe à ANA implementar, em articulação com o comitê de bacia hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

Implementar significa executar, realizar, efetivar. Todavia, a ANA não atua isoladamente. No espírito e na forma legalmente delineada do

Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, inovação no direito brasileiro, assim como o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA e o Sistema Único de Saúde – SUS, (embora cada qual possua características distintas), é garantida a participação de outros atores que não apenas a Administração Pública, na condução dos seus processos. No caso do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a gestão participativa ocorre no âmbito do planejamento.

Cabe, pois, à ANA articular-se com o Comitê para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP, quem cabe estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados, conforme fixado no inciso VI do artigo 38 da Lei 9.433/97.

Na Bacia do Paraíba do Sul, tais mecanismos e valores foram objeto das Deliberações CEIVAP 08, de 6 de dezembro de 2001 e 15, de 4 de novembro de 2002.

A Deliberação nº 08/2001 aprovou o início da implementação da cobrança pelo uso de recursos hídricos na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul a partir do ano 2002 (art. 1º) e fixou os critérios aplicáveis aos setores industrial e de saneamento (abastecimento de água e esgotamento sanitário) (art. 2º, § 1º), entre outras condições.

O início da cobrança ficou condicionado ao atendimento das exigências legais e das medidas preparatórias relacionadas em cronograma específico e ao cumprimento pleno das condições estabelecidas (art. 1º, § 1º).

A primeira condição consistiu na aprovação do Plano de Recursos Hídricos da Bacia, formatado com base nos Programas Estaduais de Investimentos do Projeto Qualidade das Águas e Controle da Poluição Hídrica e no Programa Inicial de Investimentos aprovado pela Deliberação CEIVAP n.º 02/2000. A aprovação do Plano formalizou-se por meio da Deliberação CEIVAP nº 16, de 4 de novembro de 2002.

A segunda condição referia-se à Instituição da Agência de Água da Bacia do Rio Paraíba do Sul, ou entidade com atribuições a ela assemelhada, conforme Deliberação CEIVAP n.º 05/2001. A Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul foi instituída com a finalidade de, entre outros objetivos, exercer as funções de secretaria executiva do CEIVAP.

Ressalte-se que a Resolução CNRH 26, de 29 de novembro de 2002, autorizou o Comitê para a Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul – CEIVAP a criar sua agência de água – Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, para desempenhar as funções e atividades inerentes à Agência de água, inclusive as de Secretaria Executiva do CEIVAP.

A terceira condição dizia respeito à definição, pelo CEIVAP, dos usos considerados insignificantes para a bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul. A Deliberação CEIVAP 15/2002, em seu artigo 4º, fixou os usos de recursos hídricos de domínio da União na Bacia do rio Paraíba do Sul, considerados insignificantes para fins de outorga e cobrança.

A quarta condição para o início da cobrança consistia na conclusão, pela Agência Nacional de Águas e pelos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, do processo de regularização de usos de recursos hídricos na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul. A Resolução ANA 210, de 11 de setembro de 2002 dispõe sobre os procedimentos para a regularização dos usos da água na Bacia do Paraíba do Sul por meio de cadastramento, outorga e cobrança.

Por fim, a quinta e última condição referia-se à definição, pelo CEIVAP, da metodologia de cobrança para os usos previstos em lei. A Deliberação CEIVAP 15, de 4 de novembro de 2002, aprovou a metodologia e os critérios para o cálculo da cobrança sobre os demais usos de recursos

hídricos - setor agropecuário, atividades de aquicultura, setor de geração de energia elétrica em pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), atividades de mineração tipificados como industriais - em complemento aos aplicáveis ao setor de abastecimento de água e esgotamento sanitário e ao setor industrial, definidos pela Deliberação nº 08/01 (art. 1º).

De acordo com o art. 9º da Deliberação CEIVAP nº 15/2002, estabeleceu-se o encaminhamento da mesma ao: 1. Conselho Nacional de Recursos Hídricos, para análise e aprovação das proposições relativas aos usos considerados insignificantes e demais critérios e valores para a cobrança pelo uso da água na bacia do rio Paraíba do Sul; 2. à Agência Nacional de Águas, para a implementação das medidas administrativas necessárias para a cobrança pelo uso de recursos hídricos na bacia do rio Paraíba do Sul e, 3. aos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, respectivos conselhos estaduais de recursos hídricos e organismos de bacia, recomendando que, em articulação com a Agência Nacional de Águas, avancem nas medidas necessárias à implementação da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio estadual na bacia do rio Paraíba do Sul e, sobretudo, promovam a integração e compatibilização das suas legislações, normas e critérios, de modo a estabelecer as condições para que a bacia hidrográfica seja, efetivamente, a unidade de planejamento e gestão dos recursos hídricos.

Nesse sentido, foi celebrado o Convênio de integração entre 19 a 25 de março de 2002 entre a Agência Nacional de Águas e os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, visando à gestão integrada dos recursos hídricos da bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, independentemente de sua dominialidade, mediante a integração técnica e institucional para a implantação e operacionalização dos instrumentos de gestão de recursos hídricos, efetivando a bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gestão.

No que toca às competências do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a esse órgão colegiado compete estabelecer critérios gerais para a outorga de direito de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso (Lei 9.433/97, art. 35, X), assim como definir os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica (Lei 9.984/00, art. 4º, inciso VI).

Por meio da Resolução 21, de 14 de março de 2002, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos institui a Câmara Técnica Permanente de Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos. Para tanto, o CNRH deverá basear-se em estudos técnicos elaborados pela Agência Nacional de Águas.

Evidentemente, o processo de fixação da metodologia de cálculo dos valores a serem cobrados, assim como as demais condições para a cobrança, foi conduzido conjuntamente pela ANA e o CEIVAP, na linha da gestão participativa – Poder Público, usuários e comunidades - prevista no artigo 1º, inciso VI da Lei 9.433/97, cumprindo-se os requisitos legais para a obtenção desse resultado.

Ressalte-se que a lei confere a competência aos atores envolvidos – ANA, CEIVAP e CNRH - não apenas para a condução do processo de implementação da cobrança como também e principalmente para a fixação dos valores a serem cobrados. E a definição dos valores foi efetuada formalmente por meio da Resolução CNRH 19, de 14 de março de 2002, conforme sugerido pelo CEIVAP, nos termos e condições previstos na Deliberação CEIVAP 08/2001.

Releva notar que o CEIVAP, instituído na forma da Lei 9.433/97, e da Resolução nº 5 do CNRH, de 10 de abril de 2000, é composto por 40% de usuários, 40% de representantes do poder público e 20% de representantes

da sociedade civil, o que significa ser representativa a participação dos usuários-pagadores nas decisões do Comitê.

Tendo a lei fornecido todos elementos necessários – competências e procedimentos – para que se inicie a cobrança nos rios de domínio federal localizados na Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, e tendo sido cumpridos todos os passos legalmente previstos para isso, entende-se, de acordo com o direito em vigor, não haver necessidade de qualquer outro ato específico, além dos já aqui mencionados, para o início da cobrança em corpos hídricos de domínio da União.

No que se refere à atuação da Agência Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, deve ficar claro que suas atribuições não conflitam com as competências dos entes públicos, no que tange ao exercício do Poder de Polícia. Todavia, o apoio técnico ao Poder Público, sobretudo no que se refere à obtenção de informação na Bacia Hidrográfica, cabe às Agências de Água.