XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves
Jonathan Barros Vita
Estefânia Naiara Da Silva Lino – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-801-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu em Goiânia entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, sob o tema: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I, Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Everton Das Neves Gonçalves e Estefânia Naiara Da Silva Lino, vez que o referido GT foi palco de profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável, estudado no plano do direito e da economia hoje vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, o que vem se refletindo no volume e qualidade de trabalhos apresentados, colocando esses ramos didaticamente autônomos do direito em posição de destaque nas discussões contemporâneas, vez que afetam fortemente os cidadãos.

Tendo como pano de fundo esses ramos didaticamente autônomos do direito, foi possível agrupar os 20 trabalhos apresentados em alguns grupos, os quais se seguem:

• Análise econômica do direito e direitos humanos, sendo uma mistura de trabalhos teóricos e práticos (artigos 1-4);

• Empresa e sustentabilidade, denotando várias facetas necessárias às empresas no contexto da modernidade (artigos 5-8);

• Temas relacionados com o meio ambiente de forma mais ampla (artigos 9-13);

• Urbanismo e sustentabilidade, com temas teórico-práticos (artigos 14-15);

• Análise econômica e direito à saúde (16-17); e

• Temas internacionais ligados à sustentabilidade (artigos 18-20).

É a partir do roteiro firmado, que teoria e prática se encontram tendo como pano de fundo a sustentabilidade, perfazendo uma publicação que se imagina que será de grande valia, dada a qualidade dos artigos, para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e pós-graduação em direito.

Finalmente, deixa-se aos leitores um desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Estefânia Naiara Da Silva Lino – Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OUTORGA DO DIREITO DE USO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO MONOPÓLIO ESTATAL DAS ÁGUAS

GRANTING OF RIGHTS OF USE OF WATER RESOURCES IN BRAZIL FROM THE PERSPECTIVE OF THE STATE MONOPOLY OF WATERS

Aklla Guimarães Sales [1]
Raul Miguel Freitas De Oliveira [2]

Resumo

A água, embora possa ter seu uso outorgado a terceiros, é um bem público de domínio da União ou dos Estados. Pelo método dedutivo e pesquisa bibliográfica chega-se a premissa de que o ato administrativo que concede ao terceiro o direito de uso dos recursos hídricos, ao contrário de enfraquecer, confirma o monopólio estatal sobre as águas, visto que só pode ser concedido pela própria Administração Pública mediante o atendimento de algumas condições e que, depois de concedido, o bem ainda continua sob o domínio do poder público.

Palavras-chave: Monopólio, Recursos hídricos, Outorga, Lei das águas, Economia

Abstract/Resumen/Résumé

Although water may have its use bestowed on third parties, it is a public good in the domain of the union or states. By the deductive method and bibliographical research comes the premise that the administrative act that grants the third party the right to use water resources, as opposed to weakening, confirms the state monopoly over water, since it can only be granted by the administration itself public service through the fulfillment of certain conditions and that, once granted, the property still remains under the control of the public power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Monopoly, Water resources, Grants, Water law, Economy

[1] Advogada, mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), pós-graduanda em Direito Público e Cidadania pela Universidade Salesiana de São Paulo (UNISAL).

[2] Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP).

1 INTRODUÇÃO

A água é um direito fundamental humano, um recurso natural e também um bem público, o que sugere que o seu uso é comum a todos, todavia, é um bem limitado e dotado de valor econômico. Embora o objeto desta pesquisa não seja diretamente a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, importa ressaltar que o referido valor econômico é um instrumento de controle da quantidade e qualidade deste recurso natural limitado.

Apesar de a água ser, em regra, de uso comum e um direito humano fundamental, ela não é um direito subjetivo de seus usuários, como também não é um bem que pode ser livremente explorado. O Estado exerce o pleno domínio sobre os recursos hídricos, podendo em alguns casos conceder a outorga do direito de seu uso privativo a terceiros.

Seria a outorga do direito de uso dos recursos hídricos um ato administrativo pelo qual o domínio estatal sobre as águas é relativizado? Busca-se aqui demonstrar que, ao contrário disso, a outorga é uma autorização que vai ao encontro da confirmação do domínio e monopólio estatal sobre a exploração dos recursos hídricos.

Essa é uma pesquisa teórica, bibliográfica e exploratória na qual é aplicado o método dedutivo, que pressupõe a análise geral para o particular; de duas premissas formou-se uma conclusão, baseada, portanto, em conhecimento já existente. Para tanto foi realizado um levantamento bibliográfico, o que compreende o uso de doutrinas jurídicas, artigos científicos e, sobretudo, uma análise da legislação pertinente ao tema.

A partir da perspectiva econômica, analisa-se primeiramente a atuação do Estado na economia brasileira, especificamente exercendo uma intervenção direta por meio dos monopólios estatais. Seguidamente apresenta-se a figura do monopólio estatal das águas, classificado como monopólio natural, o qual fica expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro quando a Constituição Federal de 1988 assegura que o domínio exclusivo das águas pertence à União e aos Estados.

Posteriormente, é apresentado o regime jurídico e administrativo das águas no Brasil, analisando-se as competências e os órgãos responsáveis por sua gestão e destacando-se o domínio estatal sobre este bem natural e público. Por fim, examina-se a natureza e funcionamento da outorga de direito do uso dos recursos hídricos buscando-se confirmar a hipótese aqui apresentada.

2 ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

O Brasil é um Estado Constitucional e Democrático de Direito que possui como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III.

Em concordância com tal fundamento, o artigo 170 da Carta Magna, ao evidenciar os princípios constitucionais orientadores da ordem econômica brasileira, declara expressamente que a mesma está fundada na valoração do trabalho humano e na livre iniciativa e que possui como um de seus princípios basilares a livre concorrência.

Da análise das disposições legais a respeito dos fundamentos e princípios que norteiam a ordem econômica brasileira se extrai um modelo econômico marcado pela livre iniciativa privada e a livre concorrência em um mercado competitivo no qual há um grande número de tomadores de preços e a existência de um preço de equilíbrio posto pelo próprio mercado (PETTER, 2011).

Pela identificação do modelo econômico adotado e da livre iniciativa como um de seus fundamentos, em regra, pressupõe-se que o poder estatal não interfere neste setor, todavia, é necessário considerar que ao lado da livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica brasileira é a valorização do trabalho humano e que a combinação de ambos deve assegurar a todos existência digna. Isso significa que o Brasil, embora seja um Estado categorizado como capitalista também é um Estado Social, o que indica a necessidade de intervenção em todos os setores a fim de alcançar a justiça social.

Neste sentido, faz-se necessário apresentar as hipóteses em que o Estado poderá intervir na economia e de que forma tal intervenção se relaciona com o objeto principal deste estudo, a outorga do direito dos recursos hídricos no Brasil.

Inicialmente, veja-se que a intervenção do Estado na economia pode ocorrer nas formas direta ou indireta, as quais estão disciplinadas respectivamente pelos artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1988.

Como exposto, alguns princípios consagrados no ordenamento jurídico interno evidenciam a natureza privada e livre concorrencial da economia brasileira, não obstante, é

inegável que o Estado intervém indiretamente como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Neste sentido, a intervenção indireta comumente se dá pela regulação (implementação de políticas de governos e promoções de valores sociais), fiscalização (exercício do poder de polícia), incentivo (benefícios fiscais ou creditícios) e planejamento da atividade econômica (determinante para o setor público e indicativo para o setor privado) por meio da fixação de planos econômicos e tabelas de preços (EIZIRIK, 1993).

No tocante a intervenção direta, o artigo 173 da Constituição Federal prevê que, ressalvadas as hipótese legais, que são a prestação de serviços púbicos e os monopólios, o Estado pode explorar diretamente a economia quando tal exploração for necessária para garantir a segurança nacional ou quando houver relevante interesse coletivo. Veja-se que a Constituição impõe uma condição alternativa e que tais requisitos são dotados de abstração, podendo abranger hipóteses variadas.

A intervenção direta do Estado na economia pode ocorrer por meio da absorção, caracterizando os monopólios estatais, ou por meio da participação, que é exatamente a livre competição do Estado com o setor privado. Este estudo limita-se a abordagem da primeira hipótese, visto que a exploração estatal das águas enquadra-se como um monopólio.

Não obstante, note-se que a intervenção por participação ocorre quando o Estado exerce a atividade econômica em regime de competição, principalmente por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, podendo essas participar de um regime concorrencial ou monopolístico (EIZIRIK, 1993).

No que tange aos monopólios estatais, figura econômica na qual se insere o domínio do poder público sobre as águas, veja-se o exposto adiante.

2.1 MONOPÓLIOS ESTATAIS

O monopólio consiste na exploração exclusiva de determinado bem ou atividade econômica e ainda que aqui se abranja apenas a figura do monopólio estatal, ressalta-se que aquele de natureza privada é vedado no Brasil, visto que incorre na dominação de mercado, eliminação da concorrência e consequentemente abuso do poder econômico (REMEDIO, 2018).

O monopólio estatal, por sua vez, pode ser interpretado como uma atuação direta do Estado como agente econômico, sendo o único detentor do poder de exploração de determinado bem, produto ou serviço, sob o regime jurídico de direito privado e sem gozar de privilégios públicos (LIMA *et. al.*, 2016).

Importa ressaltar que, embora em alguns casos advenha do domínio exclusivo de um bem, o monopólio não está diretamente relacionado à propriedade exclusiva, mas sim à atividade econômica e ao fato de o Estado monopolista ser o único explorador de um determinado bem, produto ou serviço. (PETTER, 2011).

Analisando sob a ótica do Direito Econômico, o monopólio é a antítese da concorrência perfeita; do mercado competitivo. Nele há o desaparecimento da concorrência e o monopolista é quem tem o poder de fixar seu próprio preço e quantidade.

Sendo assim, se para o Direito Administrativo a propriedade exclusiva de todos os meios de produção ou fornecimento de um bem é o que caracteriza o monopólio legal e genérico, para o Direito Econômico o mesmo pode ser identificado quando coexistem a ausência da competição e o poder de fixação de preço pelo fornecedor (EIZIRIK, 1993).

Em suma, o monopólio estatal acontece quando o domínio econômico de um determinado setor é exercido, tornando-se o Estado o exclusivo explorador de um determinado bem, serviço ou atividade econômica, seja pela falta de interesse da iniciativa privada ou por exigência de que o domínio seja necessariamente do Estado por razão de interesse nacional (GRAU, 2010).

Embora o domínio e a exploração do bem, serviço ou atividade econômica sejam exclusivos do Estado, a sua gestão pode ocorrer de forma direta ou indireta. Isso significa que ainda que um particular exerça a gestão de um determinado bem, serviço ou atividade de domínio do Estado, o monopólio Estatal não se descaracteriza.

Neste interim, deve-se atentar ao fato de que não importa se terceiros participam do processo produtivo ou fornecimento de um bem monopolizado, pois a configuração deste fenômeno econômico se encontra no poder de exploração exclusiva do Estado (EIZIRIK, 1993).

Sendo assim, a caracterização do monopólio não exige a total execução pelo Estado, nem a propriedade de todos os meios de produção, mas tem como requisitos: a ausência de

competição na venda, fornecimento ou prestação de serviço e o Estado como único detentor do poder de fixar preço – monopolista independente da concorrência de terceiros.

É importante ressaltar que o monopólio estatal não se confunde com a prestação de serviços públicos, pois além daquele estar relacionado a serviços governamentais e não públicos, ambos possuem regimes jurídicos distintos (BASTOS, 2010).

Embora a prestação de serviços públicos também seja uma forma de intervenção estatal na economia, trata-se de uma atividade de regime jurídico de direito público prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes. Tais serviços podem ser privativos, quando prestados somente pelo Estado ou por um particular por meio da concessão ou permissão, ou não privativos, quando prestados pelo Estado ou pelo setor privado (EIZIRIK, 1993).

Sob a perspectiva do Direito Administrativo e Direito Constitucional, os monopólios estatais podem ser classificados de acordo com sua causa. Destacam-se aqui os naturais, advindos do domínio estatal sobre determinados bens e os legais, que estão expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Hoje, a Constituição Federal de 1988 prevê cinco hipóteses de monopólios. Veja-se:

> Art. 177. Constituem monopólio da União:
> I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
> II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
> III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
> IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
> V - pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

As normas que dispõe acerca dos monopólios estatais devem ser objeto de interpretação restritiva. Todavia, embora a Constituição Federal elenque taxativamente as hipóteses de monopólio, conforme já mencionado, existem os monopólios naturais, que apesar de não estarem previstos no disposto transcrito, caracterizam a exploração exclusiva de determinado bem ou serviço, como é o caso do monopólio das águas.

Feitas essas análises gerais, será demonstrado adiante como se dá o monopólio estatal das águas no Brasil e como o Estado pode outorgar o direito de exploração deste bem.

3 REGIME JURÍDÍCO DAS ÁGUAS NO BRASIL

Para a compreensão do regime jurídico das águas no Brasil, não é demais uma retrospectiva histórica pelas constituições. Na Constituição de 1824, do Império, não houve tratamento específico sobre a matéria, contudo, na primeira Constituição da República, de 1891, no art. 34, §6º, foi atribuído ao Congresso Nacional competência para legislar sobre navegação de rios que banhassem mais de um Estado ou se estendessem a territórios estrangeiros.

Contudo, foi na Constituição de 1934 que houve a delimitação do domínio das águas à União nos termos ainda presentes no atual texto constitucional, ou seja, corpos hídricos que banhassem mais de um Estado, servissem de limites com outros países ou se estendessem a território estrangeiro (art. 20, I e II), além do monopólio do aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica que dependia de autorização ou concessão federal.

Também merece nota que, sob esse regime constitucional, existiam também domínios estaduais, municipais e até particulares sobre as águas, o que foi reproduzido na Constituição de 1937.

Na Constituição de 1946, houve uma sensível alteração, com delimitação do domínio aos Estados de corpos hídricos que tivessem nascente e foz no território estadual (art. 35), além da extinção de rios municipais, o que "alterou substancialmente o domínio de Estados e Municípios" (POMPEU, 2006, p. 43). A Constituição de 1967 reproduziu praticamente a anterior, assim como a Emenda Constitucional de 1969.

Na Constituição Federal de 1988, em resumo, as águas foram reservadas ao domínio da União Federal e dos Estados membros, não existindo águas municipais ou privadas, como nos regimes constitucionais anteriores e, quanto às águas subterrâneas, inovou-se com a previsão de pertencerem ao domínio dos Estados, uma vez que, antes disso, sendo o texto normativo maior silente, pode-se considerar que eram "res nullius" (POMPEU, 2006, p. 65).

Adentrando no campo das normas infraconstitucionais, o Decreto nº 24.643 de 1934 (Código das Águas), foi historicamente, se não o mais, um dos mais importantes diplomas legais que versaram sobre esta temática, tendo em vista que consolidou o regime jurídico das águas no Brasil até 1997, ano em que foi promulgada a Lei 9.433, que não o revogou, mas que alterou substancialmente alguns de seus princípios.

A Lei 9.433/97, também conhecida como a Lei das Águas, instituiu a Política Nacional dos Recursos Hídricos (PNRC) e o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos (SNGREH). Com a nova lei, buscou-se disciplinar as águas no Brasil como um bem natural que deve ser corretamente gerenciado objetivando-se o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por muito tempo as águas no Brasil foram juridicamente consideradas como um bem acessório, cuja proteção estava fundada em normas de caráter econômico e sanitário. Mesmo com o Código das Águas, que foi o primeiro diploma legal que configurou às aguas uma legislação específica, foi somente após a criação da Lei das Águas que se consolidou a integração deste bem à estrutura global ambiental (SILVETSRE, 2008).

Ao abordar esta temática é inevitável mencionar os fundamentos previstos na Lei das Águas, os quais podem ser entendidos como princípios norteadores da correta concepção e gestão dos recursos hídricos.

O artigo 1º da referida lei assegura que a água, além de ser um recurso natural, é também um bem: de domínio público; limitado; dotado de valor econômico; que em casos de escassez deve ser utilizado prioritariamente para o consumo humano e dessedentação de animais; deve ser utilizado em multiplicidade; deve ser mapeado e gerenciado de acordo com a divisão de bacias hidrográficas e sua gestão deve ser descentralizada, com a participação tanto do poder público quanto dos usuários e comunidade.

A respeito das características da água, pode-se entender que ela é um bem, pois possui valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica e ainda que pode ser imóvel, quando presente no leito do rio e ligada ao solo, ou móvel, quando presente fora do leito (GRANZIERA, 2014).

No tocante à terminologia, insta salientar que a Lei das Águas não adota distinção entre o termo “Águas” e a expressão “Recursos Hídricos”, todavia, a doutrina cuidou de diferencia-los afirmando ser o primeiro referente ao elemento natural do planeta, desprovido de qualquer valor econômico, e o segundo referente a este elemento natural quando já possui uma destinação específica e interesse às atividades exercidas pelo ser humano (GRANZIERA, 2014).

Noutras palavras, “água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização” e “recurso hídrico é a água como bem econômico, utilitário, passível de uso como tal fim” (POMPEU, 2006).

A Agência Nacional das águas (ANA) é um órgão regulador federal que foi criado pela Lei nº 9.984/2000, objetivando-se o cumprimento das disposições da Lei das Águas. Sua atuação abrange: regulação do acesso e uso dos recursos hídricos de domínio da União; emissão e fiscalização das outorgas de direito do uso dos recursos hídricos e aplicação da lei com a implementação da Política Nacional dos Recursos Hídricos auxiliando na elaboração de planejamentos, como os planos de bacias hidrográficos e monitoramento.

Ressalta-se que a competência da ANA não abarca o gerenciamento das águas de domínio dos Estados federados brasileiros, como também não abrange o serviço público de fornecimento de água; sua competência se limita ao serviço governamental de regulação e gerenciamento das águas cujo domínio pertença à União.

Corporativamente, esta agência é um importante órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, formada por uma diretoria colegiada composta por cinco membros indicados pela presidência da República cujo mandato é de quatro anos.

Feitas essas considerações, passa-se a análise da água como um bem público e do domínio estatal sobre os recursos hídricos, o que configura seu monopólio.

3.1 DOMÍNIO ESTATAL DAS ÁGUAS

A água é um bem público, isso significa que é um bem pertencente às pessoas jurídicas de direito público interno e está sujeita a um regime especial oriundo das normas de direito público. Ressalta-se que, conforme demonstrado adiante, o domínio das águas, embora pertença às pessoas jurídicas de direto púbico interno, como dito, não se estende aos municípios.

O domínio estatal sobre as águas não está relacionado à propriedade do bem, ele está previsto no próprio texto constitucional e compreende a responsabilidade dos entes pela guarda, administração e edição das regras aplicáveis a esse recurso.

A água pode ser um bem de domínio da União ou dos Estados, conforme determina a Constituição Federal de 1988:

> Art. 20. São bens da União:
> [...]
> III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
> [...]
> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:
> [...]
> I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

Note-se que o rol pertencente à União é restrito, abrangendo apenas as águas presentes em terras de seu domínio; aquelas que banham mais de um Estado, como o rio São Francisco, Amazonas e Paraná, ou que fazem fronteira com outros países. Pelo princípio da exclusão pode-se entender que todas as demais águas estão sob o domínio dos Estados.

Reafirma-se que, em relação aos municípios, não existem águas sob seu domínio, o que não se confunde com a competência administrativa dos recursos hídricos que também pode ser exercida por estes entes federativos.

Quando se fala em competência é necessário diferenciar a competência legislativa da competência administrativa. Tendo em vista que no presente artigo objetiva-se chegar à outorga de direito do uso das águas sob a perspectiva do monopólio estatal das águas, limitar-se-á à breve menção daquela de natureza administrativa. Não obstante, ressalta-se que a Constituição Federal prevê nos artigos 22 e 24 a competência legislativa privativa da União, e a concorrente entre a União, os Estados e os Municípios, respectivamente.

No tocante à competência administrativa, cita-se, como exemplo, que nos termos da Constituição Federal a exploração dos cursos de água para geração de energia pertence à União. No entanto, tal direito pode ser concedido a um particular por meio de autorização, concessão ou permissão (artigo 21, XII). Em concordância, o artigo 23 determina que a competência para registrar, acompanhar e fiscalizar concessões de exploração dos recursos hídricos pertence tanto à União, quanto aos Estados e aos Municípios.

Em suma, o domínio das águas pertence ao Poder Público, mais especificamente à União e aos Estados, e, consequentemente, o Estado exerce um monopólio estatal sobre este bem. Sua exploração pode ser transmitida aos particulares por meio de uma autorização, concessão ou permissão, todavia cabe aos possuidores do domínio ou monopolistas realizarem a devida fiscalização de tal atividade.

A terminologia “domínio”, contudo, deve ser entendida não na acepção privatista, mas, compatibilizada à realidade jus-ambientalista de responsabilidade pela gestão de tal bem ambiental. Nesse sentido, portanto, a União e os Estados são responsáveis pela gestão dos recursos hídricos em termos ambientais, envolvendo o planejamento e regulação de sua exploração sustentável.

Os Municípios, em que pese o fato de não serem detentores diretos de tal competência ambiental, participam da referida gestão, na medida em que compõem os comitês de gestão, uma vez que os corpos hídricos, ao perpassarem pelo território dos Municípios, lhes garantem assento nos referidos órgãos colegiados. Ou seja, os territórios dos Municípios podem parcial ou totalmente estar inseridos na bacia hidrográfica, que é a unidade básica de gestão dos recursos hídricos.

3.2 OUTORGA DO DIREITO DE USO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Como visto, á agua é um bem público, consequentemente seu uso é de natureza comum, ainda que não caracterize um direito subjetivo do usuário. Em regra, todos podem utilizar gratuitamente este bem sob a fiscalização do poder de polícia do Estado (FREITAS, 2011).

No entanto, embora não seja diretamente o objeto de estudo desta pesquisa, ressalta-se que é possível a cobrança do uso dos recursos hídricos.

Diante das considerações já realizadas, tem-se que as águas são de domínio público e que Estado é monopolista de sua exploração. Não obstante, é possível o uso privativo dos recursos hídricos mediante o consentimento da Administração Pública que é feio por um ato administrativo denominado outorga do direito de uso dos recursos hídricos. Este uso privativo pode ocorrer desde que atendidas determinadas condições estabelecidas pelo poder público, dominador deste bem natural (MACHADO, 2017).

Assim, a outorga do direito de uso dos recursos hídricos pode ser compreendida como um ato administrativo pelo qual o poder público, possuidor do domínio sobre as águas concorda que um determinado terceiro se utilize dela privativamente para um determinado fim.

A outorga do direito de uso dos recursos hídricos é um ato administrado disciplinado pela Resolução nº 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) e também pelos

artigos 11 e seguintes da Lei das Águas. O artigo 1º da Resolução conceitua a outorga da seguinte forma:

> Art. 1º A outorga de direito de uso de recursos hídricos é o ato administrativo mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado previamente ou mediante o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, consideradas as legislações específicas vigentes.

Em que pese o artigo supracitado se refira a outorga como um ato administrativo, deve-se observar que ela não é somente isso. É um importante instrumento da Política Nacional dos Recursos Hídricos (PNRH) que tem por fim assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água (FREITAS, 2011).

Tipificada como um ato administrativo e como um instrumento da PNRC, a outorga também constitui exercício do poder de polícia administrativa. Sua concessão é de competência do detentor do domínio da água. No caso das águas de domínio da União, é de competência da ANA a outorga; em relação às aguas de domínio dos Estados tal atividade cabe aos órgãos estaduais incumbidos legalmente (AMORIM, 2015).

É importante destacar que, justamente pela necessidade do cumprimento do papel Social do Estado e busca da preservação da existência digna de seu povo, o interesse público é o elemento que deve nortear o poder público no momento da deliberação a respeito dessa autorização administrativa.

Sobre o interesse presente na matéria das águas, consiste no interesse do poder público, que é o detentor do domínio da água e que possui o poder-dever de administrá-la, interesse dos usuários e interesse difuso da comunidade relacionado à preservação qualitativa e quantitativa deste bem natural para as atuais e futuras gerações (GRANZIERA, 2014, p. 180).

É necessário esclarecer que a gestão dos recursos hídricos no Brasil é realizada de acordo com a divisão das bacias hidrográficas e que em uma mesma bacia pode haver águas de domínio da União e dos Estados. Sendo assim, a competência para a concessão da outorga em uma mesma região pode ser tanto da União por meio da ANA quanto dos Estados por meio de seus órgãos (AMORIM, 2015).

Embora a lei não preveja qualquer parâmetro para tanto, este fato requer uma efetiva articulação entre a União e os Estados buscando-se um acordo final por meio de uma

negociação entre ambos. Uma saída para este conflito de competência encontra-se no artigo 14 da Lei das Águas, o qual dispõe que a União poderá delegar aos Estados e Distrito Federal sua competência para concessão de outorgas do direito de uso das águas de seu domínio. Isso ocorre porque essa competência é de caráter delegável (GRANZIERA, 2014).

Outros fatores a se considerar além da necessidade de articulação entre os entes da Administração Pública é a necessidade de definição da área territorial abrangida pela outorga, o que ocorrerá com base nas prioridades definidas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas e a discricionariedade que existia antes da criação da PNRC e do SINGREH, quando das decisões a respeito da concessão da outorga, que se baseavam apenas em princípios genéricos (GRANZIERA, 2014).

A Lei das Águas definiu no artigo 12 quais são os usos passíveis de outorga. Veja-se:

> Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:
> I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
> II - extração de água de aquífero subterrâneo 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 hidrelétricos;
> V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.
> § 1º Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento:
> I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;
> II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;
> III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

A outorga do direito de uso dos recursos hídricos é uma figura *sui generis* do direito administrativo, não se adequa exatamente a uma autorização administrativa, tampouco à concessão. Trata-se de um instituto que concede o direito de uso com uma finalidade específica (GRANZIERA, 2014).

O que se deve observar é que a finalidade, ou seja, o tipo de uso das águas é que definirá se determinada outorga será um tipo de concessão administrativa, quando sua finalidade for utilidade pública ou um tipo de autorização administrativa. Todavia, ressalta-se que a Lei das águas se refere a este ato administrativo utilizando apenas a expressão "regime de outorgas".

Ademais, ressalta-se que a outorga do direito de uso não importa a alienação parcial destes recursos hídricos cujo uso está sendo outorgado; pode ser concedida por um prazo não superior a trinta e cinco anos, podendo este ser renovado ou suspenso de acordo com as hipóteses previstas no artigo 15 da Lei das águas (GRANZIERA, 2014).

Neste sentido, busca-se afirmar neste artigo que a outorga do direito do uso dos recursos hídricos é um ato que confirma o domínio e o monopólio estatal sobre as águas, um bem natural, limitado e de uso comum do povo, e que, consequentemente, corrobora o papel do Estado na Ordem Econômica como um Estado Social, que por meio de sua intervenção na economia busca a efetividade da justiça social, proporcionando a todos uma existência digna.

4 CONCLUSÃO

O Estado, além de exercer a intervenção indireta na economia, pode intervir diretamente, dentre outras formas, através dos monopólios estatais. O monopólio é caracterizado pela exclusividade na exploração de um determinado bem, serviço ou atividade econômica, excluindo-se a concorrência e o livre mercado, o que é exceção no modelo econômico brasileiro.

Tal fato se justifica pela coexistência do modelo capitalista e social do Estado brasileiro, o que significa que, embora tenha como um dos fundamentos da Ordem Econômica interna a livre iniciativa, tem dentre seus objetivos a busca da justiça social e existência digna de seu povo. Considerando ser a água um bem natural, limitado e de uso comum de todos, é necessário que haja uma intervenção na sua gestão e exploração.

Embora o monopólio estatal das águas não esteja previsto juntamente com as demais hipóteses do artigo 177 da Constituição Federal de 1988, ele é concretizado por meio do domínio estatal sobre as Águas, também previsto constitucionalmente.

Ainda que a gestão seja realizada por terceiros, pessoas jurídicas de direito público, o domínio e a exploração das águas continuam exclusivos do poder público e de uso comum, cabendo somente a este conceder a autorização para o seu uso privativo.

Sendo assim, a outorga do direito de uso dos recursos hídricos não exclui a exclusividade do domínio da União e dos Estados sobre este bem, e consequentemente, não descaracteriza o monopólio estatal sobre as águas. A competência do poder público para concedê-la desde que atendidas determinadas condições confirma este fato.

Sua concessão não importa a alienação da água que será utilizada de forma privativa, pois o domínio continua pertencendo ao Estado, de forma que ele fiscalizará por meio do poder de polícia este uso. Sendo assim, ainda que seja concedido a terceiros o direito de utilizar a água para diversas finalidades, a exclusividade da exploração será sempre do poder público, o que corrobora seu monopólio sobre este bem.

Neste contexto, conclui-se que o Estado é o grande detentor do poder de deliberação sobre as águas, e para que um terceiro possa usá-la privativamente é necessário que sejam atendidos requisitos e prioridades estabelecidos pelos Comitês das Bacias Hidrográficas, o que revela o total controle do Estado sobre os recursos hídricos.

5 REFERÊNCIAS

AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das Águas. O Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo Saraiva, 2010.
BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Disponível em: < http://www3.ana.gov.br/> Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm> Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm> Acesso em: 05 dez. 2018.

D'LSEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EIZIRIK, Nelson. **Monopólio estatal da atividade econômica.** RDA, v. 194, 1993.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (Coord.). **Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito das Águas: disciplina jurídica das águas doces**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Renata Albuquerque *et. al*. **Poder Econômico e Monopólio Estatal: aplicação em um mercado concorrencial**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 516-541.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____, Paulo Affonso Leme. **Direito dos cursos de águas internacionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARRARA, Thiago. **Os bens públicos na Constituição**. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Constituição Brasileira – 30 anos.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito das Águas no Brasil, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

REMEDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

SILVESTRE, Maria Elisabeth Duarte. **Código de 1934: Água para o Brasil Industrial**. Revista geo-paisagem (on line), ano 7, nº 13, 2008, Janeiro/Junho de 2008. Disponível em: http://www.feth.ggf.br/%C3%81gua.htm.