

BENEDITO FERREIRA MARQUES

**A NATUREZA REAL E CONTRATUAL DA OUTORGA DE
DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS**

Recife
2004

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(GPT/BC/UFG)

Marques, Benedito Ferreira
M298n A natureza real e contratual da outorga de direitos de uso de recursos hídricos / Benedito Ferreira Marques. - Recife, 2004.
230 f.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pernambuco / UPIS-DF, 2004.

Bibliografia: f. 223.
Inclui lista de abreviaturas e siglas.
Anexos

1. Recursos hídricos – Usos (Direito). 2. Direito - Recursos hídricos – Concessões. I. Universidade Federal do Pernambuco / UPIS-DF. II. Título.

CDU: 34:556.18

AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

A NATUREZA REAL E CONTRATUAL DA OUTORGA DE DIREITO DE USO DE
RECURSOS HÍDRICOS

BENEDITO FERREIRA MARQUES

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de doutorado e a julgou nos seguintes termos:

Menção geral: _____

Prof. Dr. Geraldo de Oliveira Santos Neves

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Profa. Dra. Daisy Aspers y Valdés

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Prof. Dr. Andréas Joachim Krell

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato

Julgamento: APROVADO

Assinatura:

Recife, 16 de julho de 2004.

Programa de Pós-Graduação em Direito

FDR-CCJ/UPE

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Doutor George Browne Rego

BENEDITO FERREIRA MARQUES

**A NATUREZA REAL E CONTRATUAL DA OUTORGA DE
DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS**

Tese apresentada junto ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Pernambuco, em convênio com a UPIS-DF, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. George Browne Rego.

Recife
2004

Dedicatória

À minha família, pelo estímulo indispensável.

Aos meus alunos, pela inspiração.

Agradecimentos

Às minhas colegas de trabalho Elizabeth Parente e Glorismar Calaça Meneses, na Faculdade de Direito da UFG, pelo apoio logístico.

“A água é a origem das coisas.”

Tales de Mileto

RESUMO

A outorga de direitos de uso de recursos hídricos - para qualquer das finalidades previstas na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997 -, encerra um direito real consubstanciado no desdobramento de uma das faculdades inerentes ao domínio – o uso - e, portanto, tem eficácia contra terceiros, independentemente de registro imobiliário, bastando a sua publicação na imprensa oficial. Esse direito real permeia as mais diferentes relações jurídicas que envolvam proprietários ou possuidores de terras, por onde correm as águas ou onde estejam depositadas. E, na medida em que o uso dos recursos hídricos passou a ser objeto de cobrança – dado o valor econômico atribuído a esse importante recurso natural, hoje pertencente ao domínio público –, a formalização da outorga dar-se-á por contrato administrativo, à semelhança do contrato de concessão real de uso, mediante a aplicação analógica das regras estabelecidas no Dec.lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, e não por intermédio de uma autorização, como simples ato administrativo, conforme preceitua a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000.

ABSTRACT

The water's resource right of using granting – for any of finalities covered by 9.433 Law, January 1997 – enclosures a real right consolidated in one of the control faculty's – the use – and, therefore, has efficacy against thirds, independent of landed property's register, being enough to publish in official printing press. This real right is in the midst of many different juridical relations that include land possessing or owner, where water runs or is placed. And, according that water's resource came to be collectible – because of the economic value that this important natural resource has, today belonging to public sphere -, the granting's formal manifest will be possible by administrative contract, comparable to the use concession contract, with the help of analogical appliance of rules established at 271 Law Ordinance, February 28th, 1967, and not by using an authorization, like an administrative simple act, according to 9.984 Law, July 17th, 2000.

RESUMÉÉ

La concession de droits d'usage de l'eau – pour n'importe quel but d'entre les prévus par la Loi n. 9.433, du 8 janvier 1997 – contient un droit réel consolidé dans une des facultés inhérentes au domaine – l'usage – et devient donc efficace contre des tiers indépendamment de l'enregistrement immobilier, étant suffisante sa publication dans la presse officielle. Ce droit réel pènètre dans les plus différents rapports juridiques concernant des propriétaires et des possesseurs de terres où l'eau coule ou se trouve déposée. Et dans de la mesure où l'usage de l'eau est devenu objet de perception – en raison de la valeur économique attribuée à cette importante rerssource naturelle, aujourd'hui appartenant au domaine public –, la due forme de la concession sera celle du contrat administratif, semblabe au contrat de concession réelle d'usage avec l'application analogique des règles établies dans le Déc.loi n. 271, du 28 février 1967, et non au moyen d'une autorisation, comme un simple acte administratif, conformément à ce que la Loi n. 9.984, du 17 juillet 2000, prescrit.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	-	Agência Nacional de Águas
C.C	-	Código Civil
Cap.	-	Capítulo
CF	-	Constituição Federal
CNRH	-	Conselho Nacional de Recursos Hídricos
Dec.Lei	-	Decreto -Lei
FUNAI	-	Fundação Nacional do Índio
IBAMA	-	Instituto Brasileiro de Meio Ambiente
LA	-	Lei de Águas
ONU	-	Organização das Nações Unidas
Tít.	-	Título

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - DIREITOS REAIS	
1 Direitos Reais e Direitos Pessoais	20
2 Classificação dos direitos reais	23
3 A relativização das titularidades nos direitos reais	24
4 Direitos Reais sobre Imóveis	26
5 A função do registro de direitos reais imobiliários	26
6 Os direitos reais sobre imóveis alheios	27
6.1 A servidão predial	28
6.2 Limitações nas relações de vizinhança	29
6.3 Direitos Reais de Garantia. Hipoteca	34
6.4 Contratos de promessa de compra e venda	37
CAPÍTULO II - A PROPRIEDADE COMO DIREITO REAL	
1 Propriedade	41
1.1 A fonte criadora do direito de propriedade imóvel	47
1.2 A função social da propriedade	52
2 A interface entre a propriedade e o domínio.....	60
2.1 Caracteres do domínio.....	63
2.2 A propriedade e o domínio como figuras jurídicas autônomas	70
3 A interface entre a propriedade e a posse	77
CAPÍTULO III - A PROPRIEDADE PÚBLICA	
1 Domínio público.....	89
1.1 Bens públicos como objeto do domínio público	90
1.2 A classificação de bens públicos.....	92
1.3 As características dos bens públicos.....	95
2 O direito de propriedade sobre bens públicos.....	98
CAPÍTULO IV - DOS ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
1 Teorização temática	108
2 Conceituação de ato administrativo.....	108
3 Requisitos e atributos do ato administrativo.....	109
4 Classificação do ato administrativo.....	113
5 Outras categorias de atos administrativos.....	118
6 Atos administrativos negociais.....	119
7 As declarações de vontade como fontes de obrigações.....	121
8 Atos administrativos complexos.....	132
9 As modalidades de contratos na administração pública.....	133

CAPÍTULO V - O MODELO NORMATIVO BRASILEIRO PARA O MEIO AMBIENTE	
1	A ecologia e o meio ambiente 136
2	As normas constitucionais sobre o meio ambiente..... 137
3	A participação da sociedade nas políticas ambientais..... 144
4	Licenciamentos ambientais..... 147
5	A questão terminológica..... 147
6	Licenciamento e licença ambientais..... 153
7	O poder de polícia nos licenciamentos ambientais..... 156
CAPÍTULO VI - O DIREITO DAS ÁGUAS	
1	A problemática da água..... 161
2	O poder de polícia das águas..... 163
3	A água como recurso ambiental..... 164
4	Os princípios de uso dos recursos hídricos..... 165
5	O regime jurídico sobre águas..... 168
5.1	Nas Constituições brasileiras..... 168
5.2	Na legislação infraconstitucional..... 170
6	As novas relações de domínio da água..... 170
7	Organização administrativa do setor dos recursos hídricos..... 172
7.1	O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos..... 172
7.2	Objetivos do sistema..... 175
8	Os instrumentos para a gestão dos recursos hídricos..... 176
8.1	Planejamento 177
8.2	Outorga de Direito de Uso da Água..... 177
9	O sistema nacional de infrações de recursos hídricos..... 184
9.1	Das infrações..... 185
9.2	Das penas..... 185
CAPÍTULO VII - A NATUREZA REAL E CONTRATUAL DA OUTORGA	
1	A outorga como instituto jurídico..... 187
2	A natureza real da outorga..... 190
3	A formalização da outorga..... 198
4	A opção contratual como instrumento de formalização..... 205
5	O sentido pedagógico do contrato no viés da educação ambiental..... 207
6	Concessão real de uso. Aplicação analógica possível..... 210
7	A natureza jurídica do produto da cobrança..... 211
	CONCLUSÃO..... 213
	BIBLIOGRAFIA..... 223
	ANEXOS - PROCESSOS DE EXPEDIÇÃO DE OUTORGAS 231

INTRODUÇÃO

Estudos científicos de ampla divulgação revelam que 2/3 da humanidade poderá passar sede, até o ano 2.025, se não forem adotadas providências urgentes e efetivas, capazes de reverter a crescente redução do volume de água disponível. Isso se dá em função do aumento da demanda em face do crescimento da densidade populacional no mundo, como também por causa do desperdício perdulário, da poluição incontrolável e da degradação do meio ambiente. Todos esses fatores negativos vêm reduzindo a oferta desse precioso líquido, constatando-se - com tristeza e natural desalento -, o desaparecimento de nascentes, a transformação de córregos em simples veredas e fazendo desaparecerem os mananciais de águas. Já não constitui surpresa ver-se um rio, antes caudaloso, ficar totalmente seco.

Segundo dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU), o consumo de água no mundo dobra a cada 20 anos, sendo certo que 50% do líquido que vai para as grandes cidades é desperdiçado. Esse fato ocorre nos vazamentos das redes de distribuição. O uso perdulário da água que chega nas caixas d'água é outro problema, porquanto o usuário gasta grande quantidade de água clorada, fluoretada e tratada, pronta para se beber, em lavagens de carros e jardins. Essa mesma água é utilizada nas descargas dos vasos sanitários, que, segundo se divulga, consome nada menos do que 12 litros cada vez que a descarga é acionada. Calcula-se, também, que são gastos 144 litros de água para 4 pessoas (tamanho médio de uma família no Brasil) escovarem os dentes, quando mantêm o hábito de deixarem as torneiras abertas. Seriam necessários apenas 2 litros diários para cada pessoa.

Em razão desse quadro, compreensivelmente assustador, vêm sendo editadas sucessivas leis, no Brasil, visando ao gerenciamento e controle desse principal recurso natural. E mais do que isso, retirando do particular o direito de propriedade sobre corpos d'águas, atribuindo a dominialidade somente ao Poder Público, excluídos os municípios. Aliás, não é de agora essa preocupação, pois, em prefácio que fez à obra de Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, em 1939, Themístocles Brandão Cavalcanti já chamava a atenção para a necessidade de socialização das águas, ao consignar:

O assunto é de uma importância considerável. As águas constituem riqueza natural das mais preponderantes. A sua utilização na agricultura, na indústria e em todas as numerosas atividades humanas é cada vez maior.

A história dos rios, os benefícios que têm trazido à humanidade, justificam essa posição de relevo que tiveram desde a antiguidade.

Daí a tendência para a socialização dessa riqueza, ampliando o conceito do domínio público e do uso comum sobre o qual se assenta toda a moderna legislação de águas. (MENDONÇA, 1939, p. VI)

Cumprir registrar que a alocação *moderna legislação* a que se reportou Themístocles Brandão Cavalcante, no aludido prefácio, era o *Código de Águas*, consubstanciado no Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, que se apresentava revolucionário na década de 30, do século passado.

A ECO- 92, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, da qual resultou a Agenda 21, instigou a discussão sobre a temática da escassez cada vez mais crescente dos recursos hídricos, além, evidentemente, de provocar o debate em torno de outros temas relacionados ao meio ambiente. De lá, até aqui, vêm sendo realizados sucessivos encontros, em forma de congressos, seminários, simpósios, mesas redondas etc., promovidos não apenas por professores de Universidades das mais diferentes áreas de conhecimento, mas também por outras entidades públicas e privadas. Nesses encontros, discute-se a problemática da água em todos os seus aspectos, na busca de soluções adequadas para cada dificuldade que se apresenta no desafio de perseguir o desenvolvimento, com a preservação desse mais importante recurso natural, indispensável para as presentes e futuras gerações.

Esse angustiante problema preocupa não apenas o Poder Público, mas todos os segmentos sociais que se debruçam sobre essa questão, e todos buscam soluções que

possam afastar ou minimizar os riscos de um eventual colapso no abastecimento, que seria desastroso para todos, inclusive para as atividades produtivas.

Diante desse quadro desanimador, diversos mecanismos foram criados, visando a uma efetiva tomada de posição capaz de reverter a situação. O Direito coloca-se como um dos mais importantes instrumentos, através de um acervo normativo potencialmente abrangente, de modo a atingir os mais variados aspectos do problema.

Nesse contexto, a legislação ambiental vem sendo enriquecida com inúmeros textos normativos novos, à guisa de regulamentar o inciso XIX, do art. 21 da Constituição Federal. Destacam-se, por sua abrangência e efeitos sensíveis, a Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997 – que institui a *Política Nacional de Recursos Hídricos* – e a Lei n. 9.984, de 17 de julho do ano 2000 – que criou a *Agência Nacional de Águas - ANA*.

Um dos institutos jurídicos que merecem especial atenção nessa emergente ordem legal em nosso País é o da *outorga de direitos de uso de águas*, que, embora já houvesse sido contemplado no vetusto *Código de Águas*, atrás referenciado, ganhou nova feição e se mostra capaz de produzir efeitos mais fortes no conjunto das providências que se pretende implementar, em defesa do mais importante recurso natural, a água.

No antigo *Código de Águas*, a outorga era dada em forma de concessão ou de autorização, e somente podia incidir sobre águas públicas. Daí que Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça observou:

Qualquer que seja a necessidade da concessão para certos usos das águas, ella nunca se entende exigida sinão em relação às águas do domínio publico, e não em attinencia às que se acham na propriedade particular, ainda que sobre estas exerça a administração qualquer tutela. Nesta hypothese, quando muito e em certos casos especiais, póde ser necessária uma autorização para certos usos, si estes de qualquer forma puderem ser nocivos aos interesses sociais. (MENDONÇA, 1939, p. 243-4)

Ocorre que, em face da eliminação da propriedade privada sobre corpos d'água – uma vez que a Constituição de 1988, por seus arts. 20, III e 26, I passou a considerá-la como um bem do domínio público (da União ou dos Estados) –, uma série de desdobramentos poderão surgir com essa nova ordem jurídica, notadamente com relação à outorga de direitos de uso, aliada à cobrança desse uso, que já vem sendo implementada, paulatinamente, em vários Estados.

A natureza jurídica dessa outorga presta-se a uma investigação científica de largo alcance social, na medida em que a sua exigência vai afetar milhões de produtores rurais que se espalham em nosso País, muitos dos quais oferecerão resistências, podendo gerar conflitos indesejáveis envolvendo o próprio Estado, que não foi criado para fomentar desarmonia social, mas, ao contrário, construir a paz. A título de exemplo desses previsíveis conflitos entre a sociedade e o Estado, tem-se a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, quando não estejam cumprindo a sua função social. Apesar da clareza das regras constitucionais (arts. 184 e 185, CF) e infraconstitucionais (Lei Complementar n. 76, de 6.07.93 e Lei n. 8.629, de 25.02.93), inúmeros processos vêm sendo retardados em função de contestações nas quais os expropriados, pela perspicácia dos seus advogados, suscitam teses as mais variadas, sabendo-se até que decretos do Presidente da República já foram anulados pela Suprema Corte de Justiça.

Daí a pertinência da investigação que se pretende desenvolver acerca da outorga de direitos de uso de águas. Saber se se trata de um *direito pessoal* ou *real* é fundamental para o deslinde de muitas questões, notadamente quando os corpos d'águas não integram o patrimônio do usuário, embora ocupem espaços no seu imóvel. Se se considerar um *direito pessoal*, toda a teoria obrigacional, aí incluída a dos contratos em geral que possam envolver imóveis rurais ou urbanos, será analisada nos seus mais variados aspectos. Nascimento das obrigações, classificação dessa obrigação, transferência de responsabilidades, enfim, os mecanismos de extinção de tais obrigações. Se, todavia, considerar-se a outorga um *direito real*, os desdobramentos serão vistos à luz das regras que compõem o *Direito das Coisas*, aí compreendidos os institutos da propriedade, da posse e dos direitos reais, inclusive os de garantias reais preconizadas no ordenamento jurídico brasileiro. Além desses campos específicos do Direito das Coisas, as regras concernentes aos direitos de vizinhança também podem ser objeto de especulação.

Por conseguinte, o objeto desta tese será demonstrar que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem a natureza de direito real, embora não se inclua entre aqueles criados por lei, rompendo, assim, com o dogma de que não há direito real se não for instituído em lei.

Já se sabe que a outorga de direitos de uso de águas vem sendo expedido pelos órgãos competentes em todos os Estados da Federação, nos quais também já foram editadas as respectivas leis, por força da competência concorrente estabelecida no texto

constitucional federal. Mas não se tem conhecimento, ainda, sobre quais os Estados que já implementaram a cobrança do uso de águas, já que tal mister depende de estudos técnicos sobre os critérios a serem adotados pelas Bacias Hidrográficas instituídas pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2.000.

Também comporta investigação a natureza do instrumento da outorga, na dúvida sobre se é considerado um *ato administrativo negocial stricto sensu*, ou um *contrato* celebrado entre a Administração Pública e o usuário. Nessa linha de investigação, será pertinente uma incursão no âmbito do Direito Administrativo, sobre as teorias dos *atos discricionários e vinculados* e sobre o *Poder de Polícia*.

Será, enfim, uma investigação de caráter interdisciplinar de indiscutível alcance social.

Com efeito, imagine-se a reação de um fazendeiro do sertão brasileiro, ao ser compelido a pedir ao órgão competente do Poder Público para usar a água que se acha depositada em seu imóvel, e ainda ter que pagar por esse consumo! Para ele – que nunca ouviu falar em *ecossistema, ecologia, consciência ecológica*; que não sabe que a água é um recurso natural finito, na crença de que aquelas que existem em sua propriedade são abundantes e inesgotáveis, porque provém das nascentes ou das chuvas –, pedir ao Poder Público para fazer uso delas nas suas atividades e ainda ter que pagar pelo consumo não pode ser uma experiência compreensível!

Conjecturam-se, em outra vertente, os conflitos que poderão advir nas relações jurídicas que se realizam entre proprietários de terras rurais e terceiros, tendo, por pano de fundo, os açudes e barragens que construíram com recursos próprios ou obtidos junto a Bancos, a elevados custos. Partindo-se da compreensão – também por razões culturais – de que esses investimentos se incorporam na avaliação do imóvel, tanto nas alienações, como na constituição de garantias hipotecárias, perquire-se sobre os efeitos desses negócios jurídicos com relação aos corpos d'águas, uma vez que estes, do ponto-de-vista dominial, pertencem ao Poder Público, mas o seu álveo se situa em propriedade particular, ocupando uma nem sempre pequena área. Esses corpos d'águas são considerados bens móveis ou imóveis?

José Cretella Jr., ao imiscuir-se na discussão doutrinária quanto à natureza da água – se coisa principal ou acessório da terra – assim a definiu, *verbis*:

Água é o conteúdo do álveo, seu continente. É a substância líquida depositada perenemente na depressão, seu suporte físico [...] Não é possível conceber qualquer curso d'água sem pelo menos dois elementos integrantes essenciais, o elemento líquido – a água – e o elemento sólido, o álveo ou leito, suporte da corrente hídrica [...]. (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 25).

Affonso Dionysio Gama põe mais lenha na fogueira, ao defender a natureza imobiliária das águas correntes ou em depósitos nas terras, com a seguinte colocação, *verbis*:

Das partes, que compõem o solo, uma são sólidas, ao passo que outras são líquidas; umas constituem a superfície, ao passo que outras formam o subsolo. As partes líquidas dá-se a denominação de águas, e estas, quer sejam correntes, quer não, desde que sejam consideradas como parte de um prédio, não podem deixar de ser incluídas entre os bens immoveis. (GAMA, 1928, p. 7).

Se o leito das águas a ela se incorpora, uma questão pode eclodir: é sustentável o direito à indenização pelo espaço ocupado, em favor do proprietário? Esse é um aspecto que também pode ser objeto de especulação que, de uma forma ou de outra, pode envolver a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos. A propósito, José Ribeiro fez uma observação, cujo trecho merece transcrito na íntegra para melhor reflexão, *ipsis verbis*:

[...] Ficou claro, ante os fundamentos já mencionados, que as águas que integram o domínio dos particulares passaram a integrar, pela nova ordem constitucional, o domínio público. Resta aos antigos proprietários, ao que parece, apenas pleitear a correspondente indenização. Afigura-se justo o cabimento da indenização, pois se a atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o que também fazia a pretérita, a expropriação desse direito deve ser compensada monetariamente. Do contrário, haverá confisco genérico, que é vedado pela Constituição, como ocorreu, anteriormente, em relação às minas e demais riquezas do subsolo, que foram transferidas do patrimônio particular para o do Estado, pela Código de Minas e pela Constituição de 1934, como refere RODRIGUES (1994, p.84). (RIBEIRO, 2000, p. 42).

Também são hipóteses perfeitamente suscetíveis, as de se saber se as arrematações dos imóveis penhorados em processo de execução, por decorrência de hipoteca subjacente constituída em favor do credor, incorporam o direito de uso das águas neles situadas, como *sub-rogação legal*, transferindo-se, *ipso facto*, em favor do arrematante, as respectivas outorgas dadas ao executado. Afinal, essas outorgas são expedidas com finalidades definidas e com prazos de vigência limitados, nunca superiores a 35 anos, além do que podem ser suspensas a qualquer tempo ou até revogadas pelo poder concedente, dependendo de certas circunstâncias previstas na legislação pertinente.

No âmbito dos direitos de vizinhança e nas relações condominiais, muitas questões podem ser afluadas, e exigirão uma nítida compreensão sobre a natureza jurídica da outorga para o deslinde desses problemas. Nas ações demarcatórias e divisórias, as questões relacionadas com a água se colocam como fatores de intermináveis disputas, por isso que o Código de Processo Civil estabelece regras a serem observadas pelos arbitradores e agrimensur, nos seus trabalhos de campo. É o que se retira, por exemplo, do art. 975, §1º, inciso III, que manda incluir na planta, em processo de demarcação, “as águas principais que banham o imóvel”, e, no § 2º, inciso II, “as águas que banham o imóvel, determinando-lhes, tanto quanto possível, o volume, de modo que se lhes possa calcular o valor mecânico”.¹

No campo da Administração Pública, os desdobramentos decorrentes da expedição da outorga de direitos de uso ganham maior espaço, em função não apenas dos aspectos burocráticos, que, no caso, são previsíveis, mas sobretudo no caráter discricionário ou vinculado que for conferido a esse singular ato administrativo – como tal considerado na lei –, que, uma vez associado aos mecanismos de cobrança do uso das águas, atribui caráter oneroso e sinalagmático, reclamando reciprocidade. O Poder de Polícia atribuído aos agentes públicos pode provocar situações conflituosas com particulares, com reflexos diretos nos direitos embutidos nas outorgas.

Ao lado dessas questões, há que se ter em linha de consideração o direito de propriedade atribuído constitucionalmente ao Poder Público, não se podendo abstrair, nessa abordagem, os princípios da indisponibilidade dos bens públicos e os mecanismos de flexibilização desses princípios, aí incluídos os institutos de *desafetação*, de *concessão de uso* e de *licitações*.

Foi também Carvalho de Mendonça quem fez a seguinte observação, a propósito da outorga de águas, tratada no antigo Código de Águas:

¹ Código de Processo Civil, art. 975, §§ 1º-III e 2º-II.

Há distinguir, temol-o affirmado, entre *concessão* e *autorização*.

A primeira cria um direito que só existia como possibilidade; a segunda permite o exercício de um direito que, no fundo, existia, mas que precisava de não ser limitado em seu exercício.

Ali o Estado age com império dentro das normas do direito publico criando uma situação; aqui elle obra como administrador e exercita um acto de conservação. (MENDONÇA, 1939, p. 245).

Conhecer o real significado de cada uma dessas formas – *concessão* ou *autorização* – tem uma importância singular, na medida em que define a posição do Poder Público em cada um desses atos. Discute-se, por exemplo, se o Poder Público, ao fazer a concessão de uso de águas, celebra um contrato e, por isso, age como uma pessoa jurídica submetido às regras do direito privado, ou se, ao contrário, exerce um ato de império e, em tal hipótese, submete-se às regras de direito público. Toda essa discussão permeia a questão terminológica dos atos que envolvem a outorga.

As questões ambientais nos seus mais variados aspectos, inclusive de natureza penal, poderão ensejar procedimentos administrativos ou judiciais que poderão afetar as outorgas liberadas para o uso de águas. E não somente isso, pois é possível que o Poder Público suspenda temporariamente o exercício dos direitos delas decorrentes, em função de fatores alheios ao seu beneficiário. Como exemplo, cita-se a suspensão dos direitos de uso de pivôs centrais, em face da redução substancial dos mananciais, à míngua de chuvas.

Finalmente, o disciplinamento jurídico sobre águas –condensado num acervo normativo em que se mesclam leis antigas e emergentes –, pode ensejar conflitos de direito intertemporal que poderão afetar os direitos embutidos nas outorgas expedidas.

CAPÍTULO I DIREITOS REAIS

1 Direitos Reais e Direitos Pessoais

A despeito dos avanços conquistados pela moderna doutrina civilista no rumo da sedimentação das novas teorias da *despatrimonialização* e da *repersonalização*² do Direito Civil, ainda não se consegue dispensar a análise da antiga dicotomia legada pelos jurisconsultos do passado, concernente à distinção entre *direitos reais* e *direitos pessoais*., toda vez que se quer focar a temática do *direito de propriedade*.

A abordagem faz-se necessária, na medida em que a *propriedade* se coloca no centro dos chamados direitos reais, cujo respeito se impõe pela *titularidade*. É um direito que se caracteriza pelo liame inevitável entre o seu titular e a coisa, cujo exercício independe da interferência de qualquer outra pessoa. Estabelece-se uma relação entre a pessoa e a coisa, de tal sorte que o sujeito desse direito pode perseguir o objeto onde e com quem se encontrar. Sílvio Rodrigues compara como se fosse mancha misturada à sua cor, como se fosse uma ferida ou uma cicatriz calcada em sua face (RODRIGUES, 2002, p. 5). É o que se convencionou chamar *direito de seqüela* que permite ao proprietário intentar ação judicial para recuperar a coisa eventualmente em poder de terceiro. Daí dizer-se que a ação é de natureza real.

Quando se coloca a concepção de *direito pessoal* em confronto com a de *direito real*, tem-se em mira a natureza jurídica, dado que a distinção entre tais concepções somente surgiu no século XII, por influência do direito canônico. No direito romano

² Tendência da nova civilística, embalada nos valores de solidariedade que iluminam os princípios de valorização da pessoa humana.

clássico não se cogitou da criação de uma teoria de direito real, posto que não se falava em direito (*ius*), mas em ação (*actio*). A ação veio antes do direito. Com o passar do tempo foi que se estabeleceu uma distinção entre o *jus in re* e a *obligatio*, o primeiro caracterizado pelo poder imediato sobre uma coisa, enquanto a segunda tinha por objeto uma prestação devida por uma pessoa a outra. Entre uma e outra categoria, criou-se uma terceira categoria, o *jus ad rem*, cujo significado consistia em atribuir ao titular um poder mais amplo do que a simples *obligatio*.

Essas distinções ainda desfrutam de prestígio na moderna doutrina. Mas não há consenso entre os estudiosos dessa temática. Há uma corrente que defende a concepção *unitária*, que busca demonstrar que há uma identidade entre os direitos reais e os direitos pessoais. Nesse mister, apresentam duas teorias: a teoria *personalista* e a teoria *monista-objetivista* ou *impersonalista*.

A teoria *personalista* consiste em negar uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa. O direito, que tem como correlato um dever, somente se explica entre pessoas. A relação jurídica se estabelece entre pessoas, e não entre pessoas e coisas. Daí, como corolário dessa concepção, o entendimento dos defensores dessa teoria, segundo o qual o direito real corresponde a uma *obrigação passiva universal*. Vale dizer, um dever geral de todos de se absterem de interferir na coisa que constitui o objeto do direito do seu titular. Para os autores dessa corrente, o direito real se compõe de três elementos, a saber: um *sujeito ativo*, que é o titular do direito; um *sujeito passivo*, que são todas as demais pessoas não proprietárias; e o *objeto*, que é a coisa sobre a qual recai o direito.

A teoria *monista-objetiva* – também chamada *impersonalista* –, consiste em despersonalizar o direito, buscando materializá-lo, transformando a obrigação num direito real, abstraindo a figura do devedor. A obrigação contém, em si, um valor econômico que independe da pessoa do devedor. O direito real extrai seu valor patrimonial dos bens materiais, enquanto o direito pessoal o extrai da subordinação de uma vontade que se obriga a agir ou a abster-se (RODRIGUES, 2002, p. 11).

Importa advertir, neste passo, que essas teorias não foram assimiladas pelo direito positivo brasileiro que, ao contrário, contemplou a clássica distinção entre *direito pessoal* e *direito real*. O primeiro, significando uma relação entre pessoas, tendo por objeto uma prestação (positiva ou negativa), enquanto o segundo significa o

estabelecimento de uma relação entre uma pessoa e uma coisa, diretamente, sem intermediação de qualquer outra.

Apontam-se as seguintes distinções entre uma categoria e outra, a saber:

a) *em relação ao sujeito do direito* – nos direitos pessoais há um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor), enquanto nos direitos reais há somente um sujeito, que é o titular do direito, que se impõe *erga omnes*, isto é, contra todos, que se obrigam passivamente a respeitar tal direito;

b) *quanto à ação* – nos direitos pessoais, o sujeito ativo (credor) pode reclamar o cumprimento da obrigação (prestação) contra o sujeito passivo (devedor). Nos direitos reais, a violação do direito por quem quer que seja confere ao titular uma ação real, no sentido de recuperar a coisa objeto do seu direito;

c) *quanto ao objeto* – o objeto do direito pessoal é uma prestação a que se obriga o devedor para com o credor, enquanto no direito real o objeto é sempre uma coisa (corpórea ou incorpórea), já que tem por pressuposto a apropriação de riqueza;

d) *em relação ao limite* – o direito pessoal é ilimitado, no sentido de que os partícipes da relação jurídica têm o livre arbítrio de criar prestações as mais diversas, ao abrigo da autonomia da vontade, o que explica a existência de contratos nominados e inominados. Já os direitos reais não podem ser objeto da livre criação das pessoas, senão por expressa previsão legal. Daí o dogma consubstanciado na máxima *numerus clausus* que, no novo Código Civil brasileiro, se vê resumido no art. 1.225, incs. I a X³ A explicação para esse dogma está em que o direito real embute uma oponibilidade contra todos (*erga omnes*), sendo ilógico admitir que as pessoas, por livre convenção, criem novas figuras ao seu bel-prazer, impondo seus efeitos contra terceiros que não participam da sua criação (RODRIGUES, 2002, p. 9).

e) *quanto ao modo de gozar os direitos* – no direito pessoal, o exercício do direito pelo credor depende da intermediação da pessoa que está obrigada a cumprir a prestação, enquanto nos direitos reais o exercício do direito é direto sobre a coisa, não

³ Não é pacífico esse entendimento entre os doutrinários brasileiros. Washington de Barros Monteiro, por exemplo, defende a tese de que não é taxativa a enumeração constante do art. 674 do Código Civil revogado (hoje prevista no art. 1.225 do novo Código Civil. (*Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1953, v. 6, p. 19).

dependendo de intermediação de outra pessoa. Além disso, nos direitos reais o gozo do direito é perpétuo, enquanto nos direitos pessoais esse gozo se extingue no momento em que a prestação se cumpre. Daí o seu caráter transitório.

f) *em relação ao abandono* – no direito pessoal inexistente a figura do abandono do objeto, o que somente se verifica no direito real, quando o titular abre mão da coisa, como, v.g., na servidão predial, se o dono do prédio serviente não quiser arcar com as despesas decorrentes de obras ou conservação necessárias ao exercício do direito do dono do prédio dominante;

g) *em relação à seqüela* – por ter como objeto uma prestação (ou um crédito) não há, nos direitos pessoais, a prerrogativa do credor de perseguir-la contra outra pessoa, podendo exigir-la somente do devedor. Já nos direitos reais, o titular do direito tem a faculdade de buscar a coisa que constitui o seu objeto onde e com quem se encontrar. Do mesmo modo, o *direito de preferência* é restrito aos direitos reais e somente se evidencia na constituição de garantias reais.

Impõe-se registrar – ainda como traço diferencial entre direitos pessoais e direitos reais – que somente nestes se pode discutir o instituto da *posse* e, conseqüentemente, dos seus efeitos, posto que tem por objeto uma coisa, e não uma prestação.

2 Classificação dos direitos reais

Basicamente os direitos reais são classificados quanto ao *objeto* e quanto à sua *finalidade*.

Quanto ao objeto, os direitos reais podem recair sobre coisa própria – e, nesse caso, tem-se a *propriedade*, que se coloca como núcleo do sistema dos direitos reais – e sobre coisa alheia. E, quanto à finalidade, diz-se que os direitos reais podem ser *de gozo* ou *fruição* e *de garantia*. Compreendem os direitos reais de gozo: o de *superfície*, *servidão*, *usufruto*, *uso* e *habitação*, enquanto os de garantia compreendem a *propriedade fiduciária*, o *penhor*, a *hipoteca* e a *anticrese*⁴. Enquadra-se, ainda na classificação de

⁴ Há quem considere a anticrese um direito real de gozo (cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, 4. v. p. 20)

direitos reais, o *direito real de aquisição*, que se consubstancia no ônus real oriundo do compromisso ou promessa de compra e venda de imóveis (urbanos ou rurais), obrigando-se o alienante a outorgar a escritura definitiva.

3 A relativização das titularidades nos direitos reais

É cediço que os direitos reais traduzem relações entre pessoas, tendo por objeto coisa ou coisas. Essas relações entre pessoas conferem um conteúdo intersubjetivo, referente às titularidades. É justamente no campo das titularidades que se assentam as preocupações da civilística contemporânea na busca da superação das concepções clássicas do caráter absoluto das titularidades, procurando compatibilizá-las com o princípio da função social. Esse desiderato passa pela manutenção das regras codificadas, mas alinhadas axiologicamente com os valores e princípios constitucionais voltados para a funcionalidade da propriedade, sem prejuízo da titularidade imanente.

Com essa concepção, observa Ricardo Aronne:

[...] Vinculando-se o sujeito em sede de titularidade, de onde lhe advêm as obrigações positivas e negativas, o próprio domínio se funcionaliza pois seu exercício é efetivado por aquele sujeito já vinculado, desimportando então serem ou não absolutos os direitos que o formam, pois a medida funcionalizadora não é de conteúdo e sim de exercício. Função social é, assim, medida de exercício para o titular de qualquer enfeixamento dominial (ARONNE, 2001, p. 369).

Destarte, é de se compreender que não é o bem, em si mesmo, que cumpre deveres, mas o seu titular, enquanto sujeito do direito que exerce sobre ele. Mas não se abstrai que esse bem tem uma finalidade que se conforma de acordo com as necessidades sociais e, por isso mesmo, impõe deveres ao seu titular. A titularidade condensa tanto o interesse privado do proprietário, como embute interesses sociais. Daí dizer-se que *a titularidade é relativa*, porquanto quase sempre o interesse privado não se sobrepõe ao social. Isso explica a intersubjetividade da relação, posto que envolve titulares e não titulares de direitos, aos quais se atribuem deveres e obrigações. Essa intersubjetivação não fica adstrita apenas ao titular do direito real e aos não titulares (coletividade), mas também envolve o próprio Estado na condição de sujeito passivo do interesse titularizado e ativo do interesse social, porque não mais se admite o regime de exclusão social.

A titularidade nos direitos reais, portanto, passa a ter um novo sentido, relativizando-se em face do interesse social, na esteira da constitucionalização do Direito Civil apregoada e defendida pela doutrina civilista moderna, que não mais concebe a garantia da propriedade desatrelada da função social. Essa mudança não abraça apenas a propriedade, enquanto principal direito real, mas também alcança todos os direitos reais.

Mas, ainda no exame teórico das titularidades, não se há de confundir, *propriedade* com *domínio*, noções de resto já clareadas pelos doutrinadores de prestígio, conforme se verá em frente. Destarte, enquanto a propriedade corresponde a um direito sobre um bem juridicamente considerado, o domínio é compreendido como o direito de propriedade sobre coisa corpórea. Nesse sentido é a lição ministrada por Lafayette, aproveitada por Sílvio Rodrigues “[...] é o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentais e acessórios” (RODRIGUES, 2002, p. 77).

Quem se ocupa dessa temática realça a importância da distinção entre domínio e propriedade, procurando demonstrar que, enquanto esta pode instrumentalizar aquele, este se compõe dos direitos reais nos limites de suas faculdades inerentes. Os direitos reais comportam desdobramentos, possibilitando a ocorrência de vários vínculos. Com efeito, um mesmo bem pode propiciar o exercício de mais de uma faculdade, como, v.g., um prédio residencial que seja objeto de locação (uso) a uma pessoa e, ao mesmo tempo, se preste de garantia hipotecária a outra pessoa. Na hipótese figurada, o mesmo bem, sem ser dividido, serviu a duas finalidades, mercê dos desdobramentos das suas faculdades: o *jus utendi* (faculdade inerente ao domínio) e o *jus disponendi* (também atributo do domínio).

É evidente que esses desdobramentos se viabilizaram graças ao regime das titularidades. Bem por isso, merece lembrada a observação de Ricardo Aronne no seguinte excerto:

[...] As titularidades instrumentalizam e funcionalizam os desdobramentos dominiais, de modo a perfazerem elementos complementares um do outro, mas que se trata de noções distintas e, principalmente, com naturezas jurídicas distintas.

Em face da titularidade viabiliza-se a eficácia *erga omnes* dos direitos reais, que em tese não teriam sujeito passivo algum, e passam a ter toda a coletividade como sujeito passivo. (ARONNE, 2001, p. 190-1).

Dessume-se do exposto, que a autonomia dos institutos da propriedade e do domínio permite compreender também a autonomia dos vínculos reais e as respectivas titularidades.

4 Direitos Reais sobre Imóveis

O estatuto civil brasileiro, mais uma vez, conferiu maior ênfase à propriedade de bens imóveis, dispensando menor atenção aos bens móveis. Isso reflete um aspecto cultural da sociedade brasileira que sempre considerou os bens de raiz como mais valiosos, até porque representam maior segurança e maior estabilidade patrimonial.

Considerando que o objetivo desta pesquisa é identificar a natureza jurídica da outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos, justifica-se uma incursão maior na disciplina jurídica sobre imóveis, sobretudo sobre imóveis rurais. Para esse mister, torna-se indispensável uma leitura das regras que disciplinam os modos de aquisição e de extinção do direito de propriedade imobiliária em geral, bem como uma análise nas regras atinentes aos direitos de vizinhança e de garantias. Essa opção metodológica justifica-se em função dos prováveis desdobramentos de natureza fática que a expedição da outorga de uso de águas irá provocar nas relações intersubjetivas no meio rural.

5 A função do registro de direitos reais imobiliários

Com efeito, o legislador civil brasileiro dispôs as regras de aquisição de imóveis, compreendendo tanto as formas *derivadas*, como as *originárias*. As formas derivadas dependem do registro dos respectivos títulos no cartório imobiliário da situação do imóvel adquirido. Esses títulos compreendem a compra e venda, a permuta, a doação, a dação em pagamento, enfim, os negócios jurídicos translativos da propriedade por vontade do alienante. Já as formas aquisitivas originárias são aquelas que independem da manifestação volitiva dos alienantes, tais como a usucapião e a acessão natural. A sucessão hereditária apresenta-se como forma autônoma de aquisição, porque, tanto pode resultar da

lei – sucessão legítima – como da vontade do autor da herança ou legado, por meio de testamento.

É evidente que a aquisição pelo registro imobiliário oferece maior segurança, tanto pela eficácia *erga omnes*, como pela publicidade que o ato registrário encerra em si mesmo. Há formas de aquisição, todavia, que se operam independentemente desse registro, embora o sistema dos registros públicos consubstanciado em lei específica, preconize a necessidade do assentamento, para efeito de continuidade. É o que sucede com a sentença de usucapião que, embora seja forma originária de aquisição, o seu registro confere eficácia contra todos os demais indivíduos. Do mesmo modo, o sistema prevê os registros de formais de partilha, sentenças proferidas em ações divisórias etc.

A importância do registro imobiliário reside não apenas na publicidade e na manutenção da continuidade do assentamento, mas sobretudo porque implica mudança de titularidade dominial que, como já informado, permite desdobramentos variados.

Especial relevo tem o instituto da acessão natural, posto que, constituindo-se também uma forma originária de aquisição da propriedade imóvel, implica modificações no *status quo* da coisa e, obviamente, no regime de titularidades. As acessões artificiais também são formas aquisitivas da propriedade imóvel e também interferem no regime das titularidades, mas a aquisição tem caráter derivado, porque dependem de intermediação dos titulares de direitos reais.

6 Os direitos reais sobre imóveis alheios

Já foi salientado, alhures, que o mais completo dos direitos reais é o domínio, que se não confunde com propriedade, posto que esta se situa no campo das titularidades para o exercício das faculdades que a coisa, objeto de domínio, oferece. Quem tem o domínio de uma coisa pode usar, gozar e dispor da mesma, como pode ceder, por diferentes títulos, um ou mais desses atributos a outrem, que passará a exercê-los como direitos reais limitados. São os chamados *direitos reais sobre coisa alheia*⁵.

⁵ RODRIGUES, Sílvio, valendo-se de Lafayette: “O domínio é suscetível de se dividir em tantos direitos elementares quantas são as formas por que se manifesta a atividade do homem sobre as coisas corpóreas. E cada um dos direitos elementares do domínio constitui em si um direito real, tais são o direito de usufruto, o de uso, o de servidão.” (RODRIGUES, 2002, p. 259).

Como já ressaltado em outra passagem, dar-se-á ênfase neste item aos institutos da *servidão predial*, dos *direitos de vizinhança*, da *hipoteca* e do *ônus real* embutido nos contratos de promessa/compromisso de compra e venda de imóveis, por guardarem estreita ligação com o tema investigado na presente pesquisa: *a natureza jurídica da outorga de direitos de uso dos recursos hídricos*. Cumpre anotar, ademais, que esses institutos envolvem *titularidades*, permitindo visualizar situações concretas em que a outorga de direitos de uso de águas se coloca como instrumento indispensável ao exercício de direitos. A *servidão de aqueduto*, por exemplo, merecerá destacado enfoque no capítulo pertinente ao regime de águas.

6.1 A servidão predial

Os elementos conceituais da servidão predial estão, hoje, insertos no art. 1.378 do novel Código Civil brasileiro, ao qual se seguem as demais regras disciplinadoras do instituto no atual sistema. Embora o legislador de 2002 tenha dado uma redação bastante diferente da que foi empregada no código revogado, os elementos conceituais subsistem, porquanto, tratando-se, como se trata, de um direito real sobre coisa alheia, é cediço que haja dois prédios pertencentes a pessoas diferentes. De um lado, o *prédio serviente* sobre o qual recai o gravame; e de outro, o *prédio dominante*, em favor do qual se constitui o direito de servidão. Na hipótese, o dono do prédio serviente tem seus poderes dominicais reduzidos ou, se não isso, fica obrigado a tolerar que deles se utilize também o dono do prédio dominante que se beneficia do prédio serviente.

A servidão predial, para adquirir caráter de direito real, depende de registro no Cartório de Registro de imóveis da situação do imóvel. Tal exigência consta não apenas do art. 1.378, que a conceitua, mas também já era regra obrigatória insculpida no art. 1.227 do mesmo Código⁶. Esse registro, evidentemente, pressupõe a existência de um título que a constitui, que pode ser um contrato, uma sentença judicial ou um testamento. A nova lei civil exige apenas uma *declaração expressa* dos proprietários, o que significa um ato bilateral entre vivos. Mas isso não quer dizer que a servidão predial não possa emergir de

⁶ CC, “art. 1.227 – Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (art. 1.245 a .1247), salvo os casos expressos neste Código”.

uma declaração unilateral, hipótese que se verifica quando o proprietário de dois prédios estabelece uma serventia de um em favor do outro, alienando-os, depois, a qualquer título, a terceiro. A serventia se converte em servidão, nessa hipótese, por ato unilateral, possibilitando-se ao novo proprietário o direito de registrá-la para os devidos fins.

A servidão predial também se constitui por sentença judicial. É o que ocorre quando se opera a prescrição aquisitiva (usucapião) ou nas ações divisórias. A usucapião configura-se quando há posse incontestada e contínua por dez (10) anos, com justo título e boa fé. Se o possuidor não tiver título, o prazo exigido é de vinte (20) anos⁷. Nas ações divisórias, a constituição de servidões é imposta, por força do art. 979 do Código de Processo Civil.

6.2 Limitações nas relações de vizinhança

Conforme já foi realçado, o exercício do direito de propriedade sofre limitações não apenas por vontade do seu titular, mas também por determinação legal, a fim de atender a interesses privados, coletivo e público. Daí dizer-se que as limitações se classificam em limitações voluntárias, limitações legais de interesse público e limitações legais de interesses de particulares. Essas limitações explicam a eliminação do *exclusivismo* e do *absolutismo* de que se impregnava o direito de propriedade, até então.

As limitações voluntárias são aquelas em que o próprio titular do *jus in re* abre mão de um ou mais poderes inerentes ao domínio, para satisfazer interesses de outrem, onerosa ou gratuitamente. Exemplos típicos de limitações que emanam da vontade do proprietário são o usufruto, a servidão e a garantia real. Pode-se alvitrar também como exemplo a doação de um bem com encargo imposto ao donatário.

As limitações impostas por lei por interesse público, à sua vez, são aquelas destinadas à manutenção da ordem pública, por isso que são exercidas por pessoas jurídicas de direito público, daí o seu caráter administrativo. Destinam-se à satisfação do bem comum de todos, indistintamente.

⁷ CC, art. 1.379 e respectivo parágrafo único.

As limitações legais de interesse particular são aquelas que se impõem por força de lei, visando à convivência harmônica entre particulares de uma vizinhança. São essas limitações que interessam à presente pesquisa, até porque servirão de parâmetro para a melhor compreensão do instituto da servidão predial já referenciada em outro tópico, considerada uma limitação ao direito de propriedade com o caráter de direito real sobre coisa alheia.

Muito se tem discutido sobre a pertinência da colocação dessa temática no ordenamento jurídico. Há quem prefira situá-la no Direito das Obrigações, já que se trata de regulação de relações entre particulares, como há os que – constituindo-se a corrente majoritária – defendem a sua inserção no Direito das Coisas, precipuamente na parte que normatiza a propriedade. Também se discute sobre a terminologia empregada pelos legisladores. Para uma corrente, melhor teria sido denominar-se de *relações de vizinhança* e não *direitos de vizinhança*. É o que sustenta Michel Cutait Neto (2000, p. 20), explicando que o instituto compreende não apenas direitos recíprocos dos vizinhos, mas também obrigações igualmente recíprocas. Destarte, se há direitos e obrigações, pode-se dizer que há uma relação jurídica de caráter obrigacional *propter rem*. De fato, nas relações de vizinhança, cada vizinho vincula-se, relativamente aos demais, como sujeito ativo e, ao mesmo tempo, sujeito passivo de idênticos e recíprocos direitos e obrigações, seja como proprietários, seja como possuidores a qualquer título, inclusive como titulares de direitos reais sobre coisas alheias, como sucede, *v.g.*, com o usufrutuário; ou como titulares de direito pessoal, no caso de locação. O que deve ficar claro é que as relações de vizinhança não constituem direitos reais, mas direitos obrigacionais classificadas como *propter rem*.

As regras pertinentes às relações de vizinhança têm por escopo evitar danos e inibir conflitos. Daí dizer-se que são limitações legais de interesse de particulares, limitações que, a despeito de terem por pressupostos a existência de prédios contíguos, não têm caráter real, não constituem direito real. Não passam de relações pessoais, situadas, portanto, no campo obrigacional, embora em função da proximidade dos prédios que são objeto dessas relações.

É em razão dessa distinção básica – natureza obrigacional e não real – que Michel Cutait Neto (2000, p. 58-9) faz veemente crítica aos operadores do direito (sem excluir magistrados), por fazerem confusão entre relações de vizinhança e servidão predial. Para ele, as diferenças entre um instituto e outro são evidentes, porquanto

[...] as relações de vizinhança estabelecem um liame jurídico entre as pessoas, sendo uma relação obrigacional; sua existência vincula todos os possuidores de imóveis vizinhos [...]; são limitações impostas diretamente pelas leis; sua finalidade está fundada na necessidade com o escopo de evitar prejuízos (*de damno evitando*); são recíprocas; dizem respeito ao exercício do direito de propriedade, restringindo alguns de seus elementos; qualquer possuidor de imóvel vizinho (proprietário, possuidor direto ou mesmo possuidor sem qualquer vínculo com o proprietário) está a elas vinculado; e não podem ser registradas, nem mesmo averbadas no cartório de registro de imóveis

enquanto

[...] as servidões constituem um direito real de uso e gozo sobre imóvel alheio, onerando-o; por ser uma relação jurídica entre prédios (e não entre pessoas, nem pessoas e prédio), o vínculo existe apenas entre os dois imóveis vizinhos em sentido estrito, portanto, contíguos; as limitações são estabelecidas, voluntariamente, pelo proprietário do prédio serviente, na forma contratual; sua finalidade está fundada na utilidade [...] do prédio serviente ao prédio dominante, não são recíprocas; incidem no exercício do direito de propriedade, porém, como direito real de uso e gozo na coisa alheia móvel; somente vincula dois prédios: o serviente e o dominante, de tal forma que sua contratação exige que sejam os proprietários legítimos, cujos imóveis ficam a elas vinculados; e devem ser registradas no cartório do registro de imóveis.

Não obstante esses marcantes traços diferenciais, o novo Código Civil brasileiro – como já o fazia o Código de 1916 – contempla a servidão de aqueduto como direito de vizinhança, sem estabelecer distinção entre canalização visível – que seria considerada servidão aparente –, e canalização subterrânea. Essa postura legislativa, evidentemente, propicia razão aos que criticam a confusão gerada pelas regras legais postas. Aliás, não apenas o Código Civil incorre nesse lapso, mas também o *Código de Águas*⁸, ao contemplar o instituto das *servidões legais*, e o Código de Processo Civil⁹, que impõe uma *servidão* por força de uma decisão judicial, portanto, criando uma servidão sem o respaldo da vontade do proprietário, o que retira uma de suas características mais marcantes, que é a voluntariedade na constituição desse singular direito real sobre coisa alheia.

Essas críticas colocam em confronto as concepções adotadas pelo direito francês e pelo direito alemão. Para o primeiro, as limitações estabelecidas nas relações de

⁸ Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 92, que emprega a expressão “servidão legal”.

⁹ O art. 979, inc. II do CPC, dispõe: “[...] instituir-se-ão as servidões que forem indispensáveis, em favor de uns quinhões sobre os outros, incluindo o respectivo valor no orçamento para que, não se tratando de servidões naturais, seja compensado o condômino aquinhoado com o prédio serviente”.

vizinhança constituem *servidões legais*, enquanto para o direito alemão *são relações de vizinhança*, embora tratadas no Direito das Coisas, precisamente no capítulo atinente ao direito de propriedade, sem dar-lhe conotação de direito real. Foi a posição adotada pelo Código Civil brasileiro, tanto o de 1916, como o atual. Essa posição, todavia, não passa imune de questionamentos, conforme será visto em frente.

O novo Código Civil manteve as mesmas modalidades das relações de vizinhança que havia no código revogado, quais sejam: *uso anormal da propriedade* (abolindo o termo *nocivo* equivocadamente empregado na lei anterior), *árvores limítrofes*, *passagem forçada*, *águas*, *limites entre prédios e direito de tapagem*, e *direito de construir*. O código novo introduziu uma nova modalidade: *da passagem de cabos e tubulações*.

Interessa ao presente estudo apenas a modalidade concernente às águas, mais precisamente, as regras que disciplinam o aqueduto. Aliás, é nesse ponto que reside um dos questionamentos anunciados em outro momento deste trabalho.

Com efeito, questiona-se, aos propósitos desta pesquisa, a manutenção da anomalia do novel Código Civil, ao admitir, explicitamente, a constituição de servidão de aqueduto entre as regras do Direito de Vizinhança. É o que se vê no art. 1.293, cuja transcrição merece ser feita, pela relevância do seu teor no contexto da pesquisa ora desenvolvida, e que será objeto de maior aprofundamento no capítulo pertinente ao *Direitos de Águas, verbis*:

Art. 1.293 – É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

§1º *omissis* [...]

§2º O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais;

§3º. O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e às expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação.

É evidente que a canalização permitida se trata de servidão de aqueduto, no entanto está sendo tratada no conjunto das regras pertinentes aos direitos de vizinhança. Essa postura do legislador de 2002 vai permitir acesas discussões sobre a natureza jurídica da servidão de aqueduto, seja porque como tal continua disciplinado no Código de Águas, seja porque a nova redação dada na legislação civil permite extrair a ilação de que a canalização subterrânea se apresenta apenas como exceção à regra.

Ainda no capítulo das relações de vizinhança pertinentes à água, o novo diploma substantivo civil contém regras que, ao primeiro exame, podem ser interpretadas como afrontosas ao ordenamento jurídico, modificado com a nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988. Trata-se da admissão da propriedade privada de nascentes, quando se sabe que não mais existem águas do domínio privado, salvo as pluviais que caem sobre as terras do proprietário, segundo a inteligência do art.1º, da *Lei de Gerenciamento dos Recursos Hídricos*¹⁰

Em outra disposição, a nova lei civil nacional contempla um direito ao proprietário de pertinência relativa, qual seja a de poder construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio¹¹, sem condicionar tal direito à obtenção da necessária outorga de direitos de uso de águas, tema de que se ocupa a presente pesquisa.

Ao fim e ao cabo da análise desenvolvida, com o escopo de estabelecer um parâmetro entre a *servidão predial* e as *relações de vizinhança*, tendo por objeto imóveis – por isso que as duas temáticas foram tratadas neste capítulo, que cuidou do direito de propriedade –, é possível aquilatar quão importantes são as discussões que cercam as limitações ao exercício do direito de propriedade, que não se resumem às regras disciplinadoras dos direitos reais sobre coisas alheias – aí incluídas as dos direitos reais de garantia – mas também as que impõem obrigações recíprocas às pessoas, em função de serem proprietárias ou possuidoras de bens imóveis.

¹⁰ Lei n.9.433, de 08.01.97.

¹¹ Código Civil, art. 1.292.

6.3 Direitos Reais de Garantia. Hipoteca

O sistema jurídico brasileiro contempla duas categorias de garantias: *personais* e *reais*. As garantias pessoais compreendem a *fiança* e o *aval*. Este, antes do advento do novo Código Civil, era inteiramente disciplinado na legislação cambiária, mas agora, juntamente com a fiança, passou a ser regulado inteiramente no referido código, que também abriga a disciplina jurídica dos títulos de crédito. Distingue-se um instituto do outro, porque a fiança figura como contrato nominado, enquanto o aval se configura por simples assinatura aposta em qualquer título de crédito, portanto, declaração unilateral da vontade.

As garantias reais, por sua vez, compreendem a *hipoteca*, o *penhor*, a *anticrese* e a *propriedade fiduciária*, embora esta não tenha sido regulada no capítulo pertinente às garantias. O seu escopo, porém, é o de garantir obrigações, conforme o disposto 1.361 do Código Civil de 2002, cujo objeto são coisas móveis fungíveis. Objeta-se, neste passo, contra a omissão do legislador civilista em não haver contemplado a alienação fiduciária em garantia incidente sobre imóveis, cuja normatização se acha na Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Tem-se discutido sobre a natureza real das garantias que recaiam em bens ou rendas sobre imóveis, ao argumento de que tais garantias não são frações ou limitações ao direito de propriedade, senão acessórios de obrigações, conferindo ao credor uma preferência que se não compadece com o sentido da obrigação passiva universal tida como uma peculiaridade dos direitos reais. O direito de preferência aludido seria um direito subjetivo do credor, oponível apenas ao devedor.

Uma corrente processualista também se opõe ao caráter real das garantias, ao argumento de que, na verdade, os chamados direitos reais de garantia são institutos do direito processual civil, na medida em que o seu escopo é garantir obrigações, cuja efetividade se verifica em sede de execução da dívida, em juízo, em decorrência do inadimplemento, hipótese em que os bens constitutivos das garantias passam a ser objeto de penhora, instituto tipicamente processual.

A despeito das ponderáveis justificativas das correntes que se opõem à natureza real das garantias sob comentário, o certo é que o ordenamento jurídico nacional continua classificando-as como garantias reais, não apenas no Código Civil, mas também

em leis esparsas, tais como o Dec.lei n. 167, de 14 de fevereiro de 1967 – que disciplina os títulos de crédito rural – e o Dec.lei n. 413, de 09 de janeiro de 1969, que cuida dos títulos de créditos industriais, ambos ainda em vigor.

Interessa ao presente estudo a análise da garantia da *hipoteca*, que tem por objeto o imóvel – urbano ou rural – no qual são depositadas ou por ele transitam os corpos d’água, a serem objeto de outorga de direitos de uso.

Abstraídos os aspectos históricos do surgimento da hipoteca como instituto jurídico, pode-se conceituá-la como um direito real que, ordinariamente, recai sobre imóveis por natureza¹², constituído formalmente pelo devedor de obrigação, ou por terceiro, em favor do credor, para a eventual cobertura de um crédito, em caso de inadimplência. Não há dúvida de que é a garantia mais cobiçada pelos credores, pela segurança que encerra, justamente pela imobilidade do bem e pouco provável perecimento.

Os direitos que decorrem da constituição de uma hipoteca são: o de *seqüela*¹³, o de *preferência* e o de *excussão*. Vencida a obrigação, assiste ao credor o direito de promover a sua execução, fazendo incidir a penhora sobre os bens dados em garantia, levando-os à hasta pública, com cujo produto se pagará. Em eventual disputa com outro credor, o beneficiário da garantia tem a preferência, salvo hipóteses legais¹⁴. Se o bem hipotecado não se mostrar suficiente para o total pagamento do crédito, a dívida se torna quirografária pelo saldo, ou seja, fica sem lastro em garantia real. Se, todavia, se verificar sobra com o produto da venda, esta pertencerá ao devedor ou terceiro prestante da garantia.

Em face do ordenamento jurídico brasileiro, a hipoteca pode ser classificada quanto à *origem* e quanto ao *objeto*. Quanto à origem, pode ser *convencional*, quando resulta da livre convenção entre devedor e credor; *legal*, quando emerge da lei; e *judicial*, quando emana de uma sentença. E, quanto ao objeto, pode ser *comum* ou *ordinária*, porque incide sobre imóveis; e *especial*, quando incide sobre navios e aeronaves e, ainda, vias férreas. Para o presente estudo, interessa mais de perto a hipoteca convencional e

¹² O sistema jurídico admite a constituição de hipoteca sobre navios e aeronaves, considerados móveis por natureza (Novo Código Civil, art.1.473, incs. VI e VII).

¹³ Revista Forense, v. 107, p. 510: “O credor hipotecário pelo direito de seqüela pode penhorar o bem hipotecado em poder de quem se encontre, e, ainda que arrematado em executivo fiscal, desde que não tenha sido parte, nem notificado para a execução”.

¹⁴ A “Lei de Falências” (Dec.lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 102), assegura preferência para recebimento de créditos trabalhistas, bem como os créditos tributários.

ordinária, uma vez que delas podem resultar desdobramentos os mais diversos relacionados com a outorga dos direitos de uso de águas.

Quanto à instrumentalização da hipoteca convencional, tem-se que ela normalmente é formalizada por escritura pública¹⁵, exigência prevista no Código Civil brasileiro, quando o seu valor for superior a trinta (30) salários mínimos. Também se formaliza através de cédulas de crédito rural¹⁶, por cédulas de crédito industrial¹⁷ e por cédulas de produto rural¹⁸. Cumpre anotar, neste ponto, que o caráter real da garantia – e, portanto, com eficácia contra terceiros –, somente se configura a partir do registro¹⁹ do título que a constitui (art. 1.227, CC).

A propósito, a hipoteca é regida por dois princípios: o da *especialização* e o da *publicidade*. A especialização consiste na mais completa individualização do imóvel, com todas as suas características, bem como na especificação da obrigação garantida, aí incluídos o prazo e a taxa de juros. São elementos informativos cuja finalidade é assegurar aos adquirentes em eventual praxeamento decorrente de execução, a imissão em sua posse, ou, no caso de navios e aeronaves, a tradição. Além do mais, faz-se necessário que terceiros tenham conhecimento do gravame, mesmo não havendo execução da dívida. Como já foi salientado, o registro tem a função de criar o direito real sobre coisa alheia, um vínculo oponível *erga omnes*, mas também se presta para dar publicidade ao ônus constituído, de modo a prevenir eventuais adquirentes dos bens ou mesmo outros credores hipotecários em graus subseqüentes, para a melhor regulação das preferências estabelecidas.

Afora outros incidentes possíveis na vigência da hipoteca, tem singular importância a *remição da hipoteca*, preconizada no Código Civil, cujo procedimento está disciplinado na *Lei dos Registros Públicos*. A remição da hipoteca tem por finalidade liberar o imóvel dado em garantia hipotecária, através de pagamento da obrigação ao credor. Têm legitimidade para remir a hipoteca: a) o próprio devedor; b) o credor de segunda hipoteca; c) o adquirente do imóvel hipotecado. Ao devedor é conferida essa faculdade durante o curso da execução, após a realização da praça, mas sempre antes da

¹⁵ Código Civil, art. 108.

¹⁶ Dec.lei n. 167, de 14 de fevereiro de 1967.

¹⁷ Dec.lei n. 413, de 09 de janeiro de 1969.

¹⁸ Lei n. 8.929, de 22 de agosto de 1994.

¹⁹ Código Civil, art. 1.492; Lei n. 6.015, de 31.12.73 (arts. 167,I, n.2, e .238).

assinatura da arrematação por terceiro ou pelo próprio credor. Em tal hipótese, o depósito em dinheiro será equivalente à dívida ou ao do lance ofertado na arrematação. Ao credor da segunda hipoteca também se confere essa prerrogativa, devendo este depositar o valor do débito com o fito de resgatar o crédito do credor do primeiro grau, operando-se a sub-rogação dos direitos deste em favor do remitente. E, ao terceiro adquirente de imóvel hipotecado, também se permite a remição. Aliás, como se verá em frente, a remição é um dos meios de extinção da hipoteca. Mas, nessa hipótese, há que ser observado o procedimento preconizado na *Lei dos Registros Públicos*.

De acordo com o art. 1.499 do Código Civil, a hipoteca extingue-se: I – pela extinção da obrigação principal; II – pelo perecimento da coisa; III – pela resolução da propriedade; IV – pela renúncia do credor; V – pela remição; VI - pela arrematação ou adjudicação.

Embora o Código Civil ainda considere como fato extintivo da hipoteca a averbação do seu cancelamento, entende-se que tal cancelamento é o corolário da extinção do ônus, entre aqueles elencados na própria lei civil. Tanto e, que o preceito exige, para a averbação cogitada, a prova da ocorrência do fato extintivo.

Importa esclarecer que a enumeração dos casos de extinção acima exposta é justificada em função dos desdobramentos da outorga de direitos de uso de águas que se localizam ou transitam pelo imóvel então hipotecado.

6.4 Contratos de promessa de compra e venda

A adjudicação compulsória figura entre os instrumentos hábeis à aquisição do título de propriedade sobre imóveis, aí incluídos os rurais. Decorre de uma sentença prolatada em processo judicial instaurado a pedido do comprador, em face da relutância do vendedor em outorgar-lhe a escritura definitiva de venda, embora haja recebido o preço. A ação promovida pelo interessado chama-se *ação de adjudicação compulsória*, que foi instituída pelo Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937 (arts. 16 e 22, especificamente), aplicando-se-lhe as normas do Código de Processo Civil, no que couber.

A ação de que se trata pressupõe a existência de um pré-contrato, chamado *promessa de compra e venda*, que tem por objeto um imóvel rural ou urbano, loteado ou não.

Esse contrato pode ser definido como um negócio jurídico por meio do qual o promitente vendedor se obriga a outorgar a escritura de venda do imóvel ao promissário comprador, enquanto este se obriga a pagar, àquele, o preço combinado, em data certa, ficando com o direito ao título de propriedade.

Por não ter sido incluída entre as categorias contratuais nominadas no Código Civil Brasileiro de 1916, essa modalidade de contrato passou a ser classificada pela doutrina como *contrato atípico*. Mas, tal como os contratos típicos (compra e venda, doação, locação e outros), enquanto negócio jurídico, reclama, para a sua validade plena, a presença de requisitos previstos no art. 104 do Código Civil Brasileiro, quais sejam: agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou indeterminado, e forma prescrita ou não defesa em lei. Entre esses requisitos ganha especial relevo a permissibilidade de sua celebração por escritura particular, independentemente do valor do contrato, a despeito da regra contida no art. 109 do Código Civil Brasileiro. É o que se contém no art. 10 do Decreto-Lei n. 58/37.

Conforme já foi adiantado, essa modalidade de contrato foi regulada pelo Decreto-lei n. 58/37, que, à sua vez, foi regulamentado pelo Decreto n. 3.079 de 15 de setembro de 1938. Outros diplomas legais foram editados posteriormente, versando sobre a matéria, merecendo destaque as seguintes: Lei n. 6.014, de 27.12.1973 (de conteúdo processual); Lei n. 6.015, de 31.12.1973 (que cuida do sistema de registros públicos); Lei n. 6.766, de 19.12.1979 (que trata do loteamento do solo urbano) e Decreto-Lei n. 745, de 7.8.1969 (que dispõe sobre a notificação premonitória).

À luz da legislação em vigor, os contratos preliminares que tenham por objeto a compra e venda de imóveis, loteados ou não, uma vez revestidos das formalidades legais, e estando registrados no Cartório Imobiliário competente, adquirem eficácia *real* oponível a terceiros. Mas há contratos em que o imóvel não fica onerado. Neste caso, não se viabiliza execução específica. São aqueles em que as partes incluem a cláusula de arrependimento e os que, embora não contenham essa cláusula, não preenchem os requisitos formais que permitam o seu registro. Em tal caso, havendo inadimplemento por

parte do vendedor quanto à outorga da escritura, sujeita-se o mesmo ao pagamento de perdas e danos, fixadas previamente no próprio instrumento do contrato ou em decisão judicial. Também pode ocorrer a hipótese em que o objeto da promessa de compra e venda é *imóvel não loteado*, para pagamento do preço no ato ou em prestação, não havendo, porém, as partes convencionado o arrependimento. Aqui também pode ser viabilizada a adjudicação compulsória, mercê do caráter irrevogável que toma o contrato.

A obrigação que o vendedor assume nos contratos em espécie é *obrigação de fazer*, porquanto consiste em outorgar a escritura de venda, vale dizer, na prestação de um fato que é a declaração de uma vontade. Se o vendedor não manifesta essa vontade, assiste ao comprador o direito de obtê-la, o que se dá através do sucedâneo da sentença judicial, para o que há previsão legal consubstanciada não apenas no art. 16 do Dec.lei n. 58/37, mas também nos arts 640 e 641 do Código de Processo Civil. É a ação de adjudicação compulsória que propicia a prolatação de tal sentença.

O exercício da ação em exame pressupõe que o promissário-comprador tenha efetuado o pagamento integral do preço e que o promitente-vendedor se recuse a outorgar a escritura de venda. É o que se extrai dos arts. 15 e 16 do Decreto-Lei n. 58, de 1937, assim expressos:

Art. 15 – Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16 – Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do art. 15, o compromissário poderá propor, para cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória que tomará o rito sumaríssimo.

Impõe-se esclarecer que a redação do art. 16 supra foi determinada pela Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que também modificou a do art. 22 do mesmo Decreto-Lei, ficando assim redigido:

Art. 22 – Os contratos sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição, ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários o direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória, nos termos dos arts. 16, desta Lei, 640 e 641 do CPC.

É de se notar que a remissão feita no artigo 16 transcrito, aos arts. 640 e 641 do

Código de Processo Civil, deu alento à corrente doutrinária defensora da tese de dispensa do registro do contrato de promessa de compra e venda, na circunscrição imobiliária. O argumento foi o de que esses artigos integram a regulamentação do processo de execução de obrigações de fazer avançadas em contrato que vise à transferência da propriedade de coisa determinada ou de outro direito. Exige-se, para essa hipótese, apenas a prova do pagamento do preço ou o cumprimento da prestação que incumbia à parte, para ter direito a obter uma sentença que produza os mesmos efeitos da declaração não emitida (art. 639, CPC)

Foi dito, atrás, que o rito indicado para a ação de adjudicação compulsória era *sumaríssimo*, disciplinado nos arts. 275 e seguintes do Código de Processo Civil. Mas essa denominação foi modificada para *sumário*, por força da Lei n. 4.245, de 26.12.1995.

Por esse rito, o juiz a quem for distribuído o feito designará audiência de conciliação, a ser realizada no prazo de 30 dias, determinando a citação da parte requerida, com antecedência de 10 (dez) dias. Não sendo possível a conciliação, a parte poderá oferecer defesa, na própria audiência, seguindo-se a instrução e o subsequente julgamento. A sentença produzirá os efeitos da escritura de venda, podendo ser registrada na circunscrição imobiliária, uma vez transitada em julgado.

Para o estudo da questão relacionada com águas, os contratos de promessa de compra e venda e da adjudicação compulsória são de grande importância, na medida em que não é incomum a negociação de imóveis rurais com pagamento do preço em prestações diferidas no tempo, hipótese em que os vendedores preferem não outorgar a escritura definitiva da venda, celebrando pré-contratos, na maioria das vezes por instrumentos particulares, com ou sem cláusulas de arrependimento e estipulação de multas contratuais. Na zona rural, geralmente esses imóveis são dotados de águas correntes ou em depósito (represas, açudes, lagos e lagoas etc). O caráter real que a lei confere a esses negócios jurídicos não decorre da posse dos imóveis, mas do próprio instrumento contratual, cuja eficácia contra terceiros se impõe pelo seu registro no cartório imobiliário da situação do terreno, independentemente da posse. Daí a pertinência da abordagem desse tema no presente capítulo.

CAPÍTULO II A PROPRIEDADE COMO DIREITO REAL

É cediço que a *propriedade*, enquanto figura jurídica inserida no contexto dos direitos reais, não se confunde com *domínio* – igualmente categoria jurídica com *habitat* assegurado no mesmo campo -, embora haja, entre os dois institutos, uma relação de complementaridade.

Impõe-se, porém, um exame circunstanciado dos contornos que cercam tal instituto, a partir de sua origem, evolução, fundamento, conteúdo e caracteres, para que se possa ter uma compreensão mais nítida da sua importância na abordagem aqui desenvolvida, visando ao enquadramento da outorga dos direitos de uso de recursos hídricos como direito real limitado.

1 Propriedade

A propriedade é uma das instituições mais necessárias e fundamentais da sociedade humana e também o mais importante e o mais complexo dos direitos reais. (GONÇALVES, 1952, p. 7).

Etimologicamente, a palavra *propriedade* deriva do adjetivo *proprius*. Significa que um bem jurídico pode ser de algum indivíduo, ou de alguma pessoa jurídica, que, assim, se considera *proprietário*. O termo *propriedade* vem atravessando os tempos e ainda persiste nos dias de hoje, embora o seu significado tenha sofrido mutações, ao sabor de concepções filosóficas que marcaram as diferentes fases do pensamento humano.

Muitas são as acepções dadas a esse vocábulo. Uma delas é a que lhe dá o sentido de direitos exercidos sobre bens. Outra, a que a confunde com a própria coisa que lhe serve de objeto. Essa idéia deve-se, certamente, ao fato de que a propriedade estabelece um liame entre a pessoa e a coisa. O que importa, no presente estudo, porém é a investigação desse instituto, enquanto criação do homem protegida pelo Estado. Vale dizer, interessa o significado jurídico que, para Leandro Ribeiro da Silva vem a ser “[...] o exercício do direito que incide diretamente sobre a coisa”. (SILVA, 2001, p. 31).

Concebida inicialmente como direito individual, não faltaram críticas sobre o seu fundamento. Há quem sustente que foram a ambição e o egoísmo as forças inspiradoras da criação do instituto (GONÇALVES, 1952, p. 8). Mas a verdade é que sua criação, como instituto jurídico – e como direito individual –, é fruto da imaginação do homem. Portanto, é criação dos homens. É do instinto humano o desejo de ter, de possuir, de repartir os bens da vida. É um direito natural, e, por isso, foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1789. Também foi inserido no Código Napoleônico que inspirou outros códigos civis, inclusive o do Brasil, como “direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta possível, salvo que não se faça um uso proibido em lei ou nos regulamentos”.²⁰

O fundamento do direito de propriedade tem suscitado aguerridos debates entre os filósofos e pensadores. Para ilustrar o presente estudo, basta a abordagem feita por Norberto Bobbio, recentemente falecido, colocando frente à frente os pensamentos de John Locke e Pufendorf. Alguns trechos a seguir transcritos dimensionam a questão suscitada acerca dos fundamentos do direito de propriedade.

É certo que um dos maiores esforços feitos por Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar que a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado da natureza, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente. Aceito este princípio, não nos espantaremos de ler a todo momento que um dos fins para os quais os homens se reúnem em uma organização política é a conservação da propriedade. (BOBBIO, 1987, p. 187)

[...] Adiante, acrescenta que “o fim principal da reunião dos homens em

²⁰ Código Napoleônico, art. 544 e Código Civil Brasileiro, de 1916, art. 524.

sociedade é o gozo da sua propriedade, na paz e tranqüilidade”. (BOBBIO, 1997, p. 188).

No entanto, não precisamos pensar que Locke tenha mudado de idéia e queira convencer que não há outro direito natural a não ser o da propriedade. Em seu discurso, o termo *propriedade* tem agora um sentido restrito, designando ora aquele direito em particular que consiste no poder sobre as coisas, ora tem um sentido mais amplo, indicando o direito natural por excelência, que se antepõe a todos os outros, como se vê claramente em diversas outras passagens, a exemplo dessa: “O homem [...] tem por natureza o poder não só de conservar a sua propriedade, isto é, a sua vida, liberdade e fortuna, etc.” (BOBBIO, 1997, p. 188).

Os excertos transcritos comprovam que Locke concebia a propriedade como um direito natural por excelência, mas não dispensava a proteção do Estado para a garantia desse direito.

A despeito do título de sua obra, ora em análise, Bobbio não ficou restrito aos pensamentos de Locke, mas trouxe também a lume, para comparar, as idéias de Hobbes e Pufendorf. Sobre Hobbes, disse:

Para Hobbes, a propriedade, entendida como um direito garantido contra *omnes*, nascia exclusivamente depois da instituição do Estado e mediante a sua proteção, o que significava que a propriedade era um instituto não de *direito natural*, mas de *direito positivo*.

[...] Entende-se que, se a propriedade estava destinada a nascer com o Estado, não podendo o indivíduo beneficiar-se de nenhum direito de defesa da sua propriedade contra o Estado, este lhe dava a propriedade e podia retirá-la. O Estado hobbesiano não é instituído para a conservação da propriedade, mas unicamente para a conservação da vida. Para Hobbes, só a vida era um direito natural, ou seja, um direito que o indivíduo tinha *per natura*, independentemente da vontade do soberano (BOBBIO, 1997, p. 189-90).

A teoria de Pufendorf, segundo Bobbio, tinha uma posição aparentemente intermediária entre as de Locke e Hobbes, porquanto não se filiou nem à corrente que considera a propriedade um direito natural, nem a que concebe que o fundamento da propriedade reside no Estado. Pufendorf sustentou a tese chamada *fundamento contratual da propriedade*, escorado na idéia de Grotius, para quem – segundo o registro de Bobbio:

As coisas não começaram a passar à propriedade (dos indivíduos) mediante um simples ato interior da alma, porque os outros não podiam adivinhar aquilo de que nos queríamos apropriar para então abastarmos-nos.

Isso se fez por meio de uma convenção expressa, como quando se distribuem coisas que antes eram tidas em comum, ou tácita, quando nos apossamos delas.

Do momento em que não se quis mais deixar as coisas em comum – considerou-se, e foi necessário considerar – que todos os homens haviam consentido em que cada um se apropriasse, com o direito do primeiro ocupante, daquilo que não fosse devido. (BOBBIO, 1997, p. 190-1).

Marcando posição contrária à idéia de que a propriedade provinha da natureza, Pufendorf criou a teoria convencionalista da propriedade, segundo a qual

[...] a propriedade não deriva diretamente de Deus, isto é, não tem origem naquela concessão com que Deus deixou aos homens o uso dos bens da terra. A melhor prova disso é o fato de que até os animais usam bens e os consomem, com o consenso de Deus; no entanto, entre eles não há nenhum direito de propriedade. A verdade é que esta pressupõe um fato humano, isto é, uma convenção, tácita ou expressa. (BOBBIO, 1997, p. 191).

Como observou Norberto Bobbio, o *direito natural convencional* pregado por Pufendorf nem era ao todo um direito positivo, porque ainda era um produto da sociedade, nem era direito natural, porque o seu fundamento não era mais a natureza, mas a vontade dos homens. Mas Bobbio não se convenceu desse argumento, e criticou:

A doutrina convencionalista da propriedade não era muito satisfatória – para garantir o meu direito de propriedade, é necessário que os outros se obriguem a respeitá-lo. No entanto, como no estado da natureza os outros são todos os homens, a rigor, para garantir o meu direito de propriedade, deveria ter a concordância de todos eles, o que de fato não é possível. Só posso fazer um acordo com os meus vizinhos, mas que obrigação de respeitar o meu direito terão os que não participaram desse acordo?

Em resumo, dada a natureza da propriedade como direito absoluto, o acordo só pode instituir o direito de propriedade se for universal. No estado da natureza, um acordo universal é impossível. Ele só é possível no estado civil, entre os membros do corpo político. A teoria convencionalista, portanto, leva-nos à figura do Estado. (BOBBIO, 1997, p. 192).

Como corolário da abordagem feita sobre as teorias sustentadas pelos pensadores citados, retira-se que a teoria que fundamenta o direito de propriedade como provindo da natureza e a que tem no Estado o fundamento desse direito, conduz à compreensão de que a propriedade individual emergiu depois da instituição do Estado, porquanto, no estado da natureza, todas as coisas eram comuns.

A teoria de Locke também não passou imune de crítica, porquanto contra ela se insurgiu Proudhon, verberando que

[...] se a propriedade fosse um direito natural, seria um direito de igualdade e não um direito de exclusão. Além disso, os demais direitos nascem, vivem e morrem conosco, enquanto a propriedade existe mesmo sem proprietário, como uma faculdade sem sujeito; existe para o ser humano ainda não concebido e para o octogenário que desapareceu. (MONTEIRO, 1996, p. 33).

Diante desse quadro, a teoria de Hobbes – de conteúdo marcadamente político – mostra-se mais afeiçãoada aos desígnios da presente pesquisa, porquanto o direito de propriedade sobre as águas, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, foi retirado dos particulares, mercê de uma norma do Estado, passando a ser do *domínio público*, da União ou dos Estados²¹. Nem mesmo os municípios foram contemplados na nova ordem jurídica.

Impõe-se justificar a inserção das divergências entre Locke e Hobbes, pela importância da normatização do direito de propriedade no estudo que aqui se desenvolve acerca da outorga de direitos de uso de águas, na medida em que é dada pelo Estado em favor do particular, exatamente porque inexistente propriedade particular de águas no sistema jurídico brasileiro, em razão de leis feitas pelos homens. Em outras palavras, pelo Estado.

Cunha Gonçalves ainda relaciona outras teorias, cuja menção se faz mister, para a melhor compreensão do fundamento da propriedade. Com efeito, o autor português relaciona a *Teoria da Vontade Divina*, segundo a qual todas as instituições humanas – inclusive as inovações dos usos e das leis – teriam sido ordenadas pela divindade. Foram seus seguidores Hamurabi, Manu, Moisés, Maomé e outros. Mas essa teoria é repelida com o argumento de que “[...] a vontade divina não é um princípio jurídico, mas sim uma crença religiosa”. (GONÇALVES, 1952, p. 21).

Outra teoria mencionada por Cunha Gonçalves (1952, p. 22) é a que se denominou *Teoria do assentimento universal*, que é explicada como “um fato universal existente em todos os tempos e em todos os países, entre todos os povos, bárbaros ou civilizados”. Mas o próprio Cunha Gonçalves repele tal idéia, a dizer que, se assim fosse, todos os homens teriam a propriedade da terra, o que não é verdade. E mais: não se justificaria a existência da escravidão do homem que existiu em certos países, os quais eram tratados como coisa.

²¹ Constituição Federal, arts. 20-III e 26-I.

Também a *Teoria da Liberdade* foi lembrada pelo autor português, a qual consiste em que a propriedade é um corolário da liberdade individual, mas também se ressent de suporte lógico, porque nem todo indivíduo é detentor de bens, sobretudo os bens de produção, como a terra, embora sejam livres. Por outro lado, nos países em que a propriedade é do Estado, cabe aos homens apenas o direito de uso controlado. Por isso, Cunha Gonçalves rechaça também essa teoria, verberando que “longe de ser a liberdade o fundamento da propriedade, esta é que constitui condição daquela, porque, sem a propriedade, o homem morreria de fome, e mil vezes preferível seria a escravidão”. (GONÇALVES, 1952, p. 22-3).

Compatível com o pensamento de Hobbes, foi lembrada também a *Teoria da Criação Legal*, sustentada por juristas franceses e ingleses, segundo a qual a propriedade tem por fonte exclusiva a lei, ou, como diz Cunha Gonçalves (1952, p. 24), “declaração do poder político investido da função legislativa”. Mas o jurista lusitano repele tal idéia, considerando-a mesmo uma teoria falsa e perigosa.

[...] falsa porque a lei só reconhece e garante o direito; não o cria, nem é o fundamento exclusivo dele; perigosa, porque admite que a propriedade possa ser arbitrariamente abolida por outra lei, o que é a negação do direito e a possibilidade da violência legislativa, sem respeito algum pelas necessidades humanas ou sociais, que anteriormente haviam determinado o reconhecimento da propriedade. (GONÇALVES, 1952, p. 24-5).

Após a análise dessas teorias que tentaram explicar o fundamento da propriedade, Cunha Gonçalves chegou à conclusão de que a propriedade individual é ínsita ao ser humano, é da própria natureza humana, por constituir-se uma condição de sua própria existência. Nasce de um imperativo categórico, ao argumento de que o homem não sobrevive sem algo que não seja somente seu, independentemente do valor que se dê ao objeto. Louvando-se em Hauriou, pondera:

[...] não há homem algum que nada possua. Até o mais miserável mendigo tem a propriedade dos farrapos que veste, das esmolas que recebe, dos alimentos com que se sustenta. O direito de propriedade é sempre uma virtualidade nos indivíduos que actualmente não possuem riqueza. (GONÇALVES, 1952, p. 38)

Após elencar e criticar as teorias atrás comentadas, Cunha Gonçalves aponta que o verdadeiro fundamento da propriedade é o que chamou *de imperativos categóricos*, com a argumentação vazada nos seguintes termos:

A propriedade tem por fundamento, pois, a própria natureza humana; porque as coisas com valor econômico são apropriadas, produzidas ou transformadas para servirem aos fins dos indivíduos; e estes não poderiam realizá-los se não tivessem aquelas sob o seu domínio (GONÇALVES, 1952, p. 37).

Faz sentido a observação, ainda mais em países de regime capitalista, como o Brasil, nos quais, muitas vezes, o *ter* se sobrepõe ao *ser*.

1.1 A fonte criadora do direito de propriedade imóvel

Também são discutidas na doutrina as teorias que procuram explicar a fonte criadora do direito de propriedade imóvel. Pontificam as teorias da *ocupação* e a do *trabalho*.

A teoria da *ocupação* é explicada como a forma original, vale dizer, a aquisição se opera com o apossamento da coisa, então tida como *res nullius*, com a intenção de apropriar-se. John Locke não assimila essa teoria. Para ele, as coisas do mundo externo eram, no estado da natureza, *res communes*. A propriedade já existia com o caráter de universalidade, era de todos. Mas a passagem da propriedade universal para o regime individual não foi repelida por Locke. Ao contrário, admitiu-a pelo *trabalho*. A apropriação dar-se-ia pelo trabalho, como se vê no seguinte excerto, *verbis*:

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada um é proprietário da sua própria pessoa, à qual tem direito exclusivo. Podemos dizer que o trabalho do seu corpo e das suas mãos é propriamente seu. A todas as coisas retiradas do estado em que a natureza as produziu e liberou ele acrescenta o seu trabalho, dando-lhes algo que lhe é próprio e, com isso, tornam-se sua propriedade. (BOBBIO, 1997, p. 194).

Compreende-se que o trabalho possa representar um instrumento para a aquisição da coisa, a título de propriedade. A aquisição de imóvel rural pelo usucapião agrário, por exemplo, dá-se pela posse continuada, que implica trabalho. Mas essa idéia não elimina a teoria da ocupação, porque esta também envolve o trabalho. Aliás, nem Proudhon a rejeitou de forma veemente, embora, em princípio, tenha tentado desqualificá-la como inconsistente. Dele é a observação:

[...] Considere-se ainda que a ocupação só pode legitimar a propriedade se ela for atual, física, efetiva. Originariamente, este direito de ocupação implicava em igualdade posto que não posso ocupar mais do que aquilo que me basta . (MONTEIRO, 1996, p. 33).

Para Norberto Bobbio, a teoria da *ocupação* associada ao trabalho, como preconiza Locke, mostra-se aceitável, na medida em que é o trabalho que dá valor às coisas, e assevera:

[...] podemos dizer que, para adquirir propriedade sobre uma coisa de ninguém, basta dela tomar posse, mas para “superar a propriedade comum da terra”, como diz Locke, é preciso algo mais: é preciso valorizá-la com o trabalho (BOBBIO, 1997, p. 195).

A idéia da aquisição da propriedade pelo *trabalho* não é desprezível em nosso ordenamento jurídico. Disso é exemplo a aquisição da propriedade imóvel na zona rural por usucapião²², em função da posse-trabalho, como já lembrado atrás.

Mas essa teoria de Locke – fundada no trabalho - não passa imune de críticas, porque, no sistema capitalista, o trabalho pode ser remunerado. Assim sendo, a teoria permite a acumulação capitalista ilimitada, mediante a paga do trabalho alheio, o que não se coaduna com as idéias de Locke, que preconiza a aquisição da propriedade até os limites da necessidade do adquirente. Deve deixar aos outros também a oportunidade de acesso aos bens da vida. Trata-se de uma limitação natural, de cunho moral, calcada na compreensão de que todos têm direito à propriedade dos bens necessários à sua sobrevivência. Pode-se dizer que essa idéia se vê, hoje, embutida na noção de função social da propriedade.

O direito de propriedade, portanto, estabelece uma relação entre o homem e a coisa, qualquer que seja o meio aquisitivo. Daí dizer-se que é um direito real e exclusivo sobre o bem, afastando a ingerência de qualquer outra pessoa sobre o mesmo. E é nisso que reside o caráter individualista da propriedade, permitindo a Arnoldo Wald tratá-la como o mais amplo dos direitos reais, abrangendo a coisa em todos os sentidos, daí conceituá-la como sendo “[...] o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência no mesmo”. (WALD, 1995, p. 10).

²² O *usucapião agrário* está hoje consagrado no art. 191 da Constituição Federal e, entre outros requisitos, reclama o trabalho desenvolvido no imóvel.

Esse conceito, todavia, tem enfrentado tendências transformadoras, a partir do século XIX, no sentido de cingi-lo a dois aspectos, um interno e outro externo. O aspecto interno diz com a relação entre o indivíduo e o bem, mantendo-se, portanto, o caráter individualista do direito. Mas o aspecto externo explica-se pela relação entre o titular do direito e os demais indivíduos. Essa é a colocação feita por Arnoldo Wald, para quem

[...] Devemos distinguir no direito de propriedade a estrutura interna da estrutura externa. A primeira abrange os poderes que o titular do direito pode exercer sobre a coisa e a segunda as relações entre o proprietário e os terceiros.

A estrutura interna apresenta-se como poder complexo e exclusivo do proprietário sobre a coisa, abrangendo o uso, o gozo e a disposição.

A estrutura externa importa o direito de exigir a abstenção dos terceiros em relação ao objeto de propriedade do titular. (WALD, 1995, p. 99).

O aspecto interno, segundo San Tiago Dantas (1979, p. 93), “é a senhoria; é justamente esta dominação da coisa, que o titular tem; o direito de fazer o que lhe aprouver, usar, gozar, enfim praticar em relação a ela todos os atos úteis ou inúteis que sua vontade determinar”.

Quanto ao aspecto externo, é reclamada uma obrigação, uma abstenção por parte dos demais indivíduos componentes da sociedade. Esse direito de exigir a abstenção dos terceiros é o que a doutrina chama de *obrigação passiva universal* que levou Cunha Gonçalves a observar que tal obrigação “não resulta de contrato algum, expresso ou tácito; ela é uma regra de direito necessária ao convívio e à paz social”. (GONÇALVES, 1952, p. 39).

Essa tendência modificadora do conceito de direito de propriedade mereceu também a atenção de Gustavo Tepedino que, utilizando outra linguagem, demonstra o seu acolhimento à idéia de alteração conceitual do direito de propriedade, como se vê no seguinte trecho, *verbis*:

A propriedade pode ser estudada em dois aspectos, o estrutural e o funcional. A dogmática tradicional e, na sua esteira, o Código Civil brasileiro, preocupa-se somente com a estrutura do direito subjetivo proprietário. O art. 524 do C. Civ., com efeito, evitando defini-la, dispõe sobre os poderes do titular do domínio, fixando o aspecto interno ou econômico, caracterizador do senhorio, e outro externo, o aspecto propriamente jurídico da estrutura da propriedade. O primeiro aspecto, interno ou econômico, é composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. O segundo, o jurídico, traduz-se na faculdade de exclusão de

ingerências alheias.

Estes dois aspectos, o interno e o externo, compõem a estrutura da propriedade, o seu aspecto estático.

Já o segundo aspecto, mais polêmico, é alvo de disputa ideológica, refere-se ao aspecto dinâmico da propriedade, a função que desempenha no mundo jurídico e econômico a chamada função social da propriedade. (TEPEDINO, 1997, p. 311).

Aprofundando essa temática da função social da propriedade, o mesmo professor Gustavo Tepedino desenvolveu percuciente abordagem, em artigo sob o mesmo título *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada* inserido em monumental coletânea de artigos de exuberante densidade científica, a que intitulou de “Temas de Direito Civil”. Nesse trabalho, o autor demonstra que as tendências intervencionista e solidarista de que se impregnou a Constituição brasileira de 1988, conferiu uma dimensão maior ao princípio da função social, modificando radicalmente o entendimento tradicional de que a propriedade configurava uma relação entre o proprietário e a coisa, transformando-se em relação intersubjetiva.

Esse trabalho, depois de fazer uma incursão histórica da evolução conceitual do princípio da função social até ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro²³, ganhou *status* constitucional na Carta de 1988.

Não faltou perspicácia ao pesquisador para discutir a aparente antinomia existente na interpretação dos arts. 184 e 185 da Constituição de 1988, na medida em que, se o primeiro impõe ao Estado o dever de desapropriar imóveis rurais que não cumprem a função social, o segundo exclui da incidência expropriatória aquele imóvel considerado produtivo. Mas Tepedino observou:

²³ A Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (“Estatuto da Terra”), em seu artigo 2º. e respectivo § 1º., especificou os requisitos necessários à configuração da função social da propriedade da Terra. Esse princípio será examinado em outro local.

Ambos os preceitos impõem ao Estado deveres precisos, cujo conteúdo não se pode dissociar da efetivação da função social, nos termos anteriormente examinados. De outra parte, a força desses dispositivos não pode ser atenuada em virtude de uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Afirmou-se que tal dispositivo constituiria um grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação, em favor dos proprietários rurais e dos latifundiários, da tutela constitucional contra a desapropriação desde que a propriedade se apresentasse acrescida de qualquer forma de produtividade.

À luz, todavia, dos princípios constitucionais e “dos objetivos da República”, a objeção não colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico²⁴ do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em conseqüência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária. (TEPEDINO, 2001, p. 274).

Ao presente estudo interessa o tema ora focado, porque a função social da propriedade da terra somente se viabiliza com o exercício de atividades agrárias e estas não se viabilizam sem a utilização de águas. A utilização dos recursos hídricos, à sua vez, depende da outorga de direitos de uso. Daí que a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos pode se constituir um elemento complicador na relação proprietário-imóvel-água, a interferir na moderna concepção do direito individual de propriedade. Na verdade, a partir do momento em que a garantia do direito de propriedade pelo Estado passou a ser condicionado ao cumprimento da função social, fragilizou-se o antigo conceito do direito de propriedade que inspirou os códigos do século XIX, conforme observou também Gustavo Tepedino com a seguinte colocação:

²⁴ A Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em seu artigo 6º., conceitua como “propriedade produtiva” o imóvel que atenda apenas ao requisito *econômico* da função social, dispensando os requisitos social e ecológico preconizados no art. 186, incs. II, III e IV, que se harmonizam com as alíneas “a”, “c” e “d”, do § 1º., do art. 2º., do Estatuto da Terra e com os incs. II, III e IV, do art. 9º., da Lei n. 8.629/93.

[...] A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de caráter social prova uma linha de ruptura (*línea di frattura*).

Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XIX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não é mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição da coisa “da maneira mais absoluta”, “desde que não se fizesse um uso vedado pela lei. Assim é que a existência de uma legislação intervencionista, mesmo na época do *laissez-faire*, não é suficiente para desfazer a imagem de uma legislação em matéria de propriedade voltada fundamentalmente para tutelar a substância individualista daquele direito. (TEPEDINO, 2001, p. 283-4)

1.2 A função social da propriedade

O princípio da função social da propriedade incorporou-se, definitivamente, no ordenamento jurídico brasileiro, estando, hoje, claramente contemplado na Constituição Federal²⁵. A inserção desse princípio no texto constitucional brasileiro foi precedida de demorada maturação da idéia que colocava a propriedade privada além dos limites da individualidade que o seu caráter impregnava, mercê do sentido absolutista com que foi concebida no Código Civil de 1916, inspirado no Código Napoleônico.

É bem verdade que essa marcante influência francesa em nossa legislação civil passou a ser alvo de condenação generalizada, a partir de quando novas idéias foram desenvolvidas pelos próprios pensadores franceses, retomando a pregação de Santo Tomás de Aquino, no século XIII, depois revigoradas nas Encíclicas papais *Rerum Novarum*, de Leão XIII, ns. 10, 15, 20, 23 e 36; *Mater et Magistra*, de João XXIII, ns. 27 e 40; e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, ns. 47, 48 e 49, do século XIX. (BORGES, 1995, p. 6). Entre esses franceses, pontificou León Duguit, professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Bordéus (França), cuja obra publicada em 1912 PEREIRA, 1993, p.55) – depois de várias conferências proferidas na Faculdade de Direito de Buenos Aires (Argentina) em 1911 –, passou a ser uma referência obrigatória em todas as publicações que se ocupam dessa temática.

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – *omissis*. II – propriedade privada; III – função social da propriedade...”

No Brasil, já na Constituição de 1934, notavam-se os primeiros lampejos de assimilação dessas inovadoras concepções sobre a propriedade privada. De fato, ao garantir o direito de propriedade, ressaltou o interesse social ou coletivo²⁶.

A Constituição de 1946 foi ainda mais contundente, podendo-se até afirmar que a concepção social da propriedade teve, ali, o seu grande alento, posto que condicionou a garantia do direito de propriedade ao bem-estar social²⁷. Foi justamente esse preceito constitucional que ensejou a inserção da regra posta no art. 2º. da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), segundo a qual “é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei”. E não só isso, explicitou os requisitos necessários à configuração do cumprimento da função social, dispondo, em seu respectivo § 1º:

A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Em feliz observação, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira resumiu esses requisitos a três aspectos: *econômico* – que compreende a produtividade – o *social* – que compreende o favorecimento do bem-estar social do proprietários e dos demais trabalhadores, bem como a observância das regras disciplinadoras não apenas da relações trabalhistas propriamente distas, mas também das relações oriundas dos contratos agrários – e o *ecológico* ou *ambiental* – que consiste na preservação dos recursos naturais e proteção do meio ambiente (PEREIRA, 1993, p. 63).

Vê-se, portanto, que o direito de propriedade continua garantido, mas submetido ao condicionamento da função social, substituindo a subjetividade e o caráter absoluto de que se impregnava esse direito, a partir dos atributos de que se compõe o direito de propriedade embutido no art. 524 do estatuto civil brasileiro, hoje revogado.

A atual Constituição brasileira, além de contemplar a função da propriedade como *princípio*, também a realçou no art. 5º, incisos XXII e XXIII, dispondo, ainda, em seu artigo 184, que o não cumprimento de todos os seus requisitos configuradores sujeita a

²⁶ CF/1934, art. 113, n. 17.

²⁷ CF/1946, art. 147 – “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social...”

propriedade à desapropriação para fins de reforma agrária. E, em seu artigo 186, abriga aqueles mesmos requisitos preconizados no *Estatuto da Terra*, com uma tênue modificação redacional, mas sem comprometer o mesmo conteúdo estatutário. O requisito *conservação dos recursos naturais* foi substituído pela alocação *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*. Isso também se repetiu na Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, de sorte que a regra insculpida no art. 524 do Código Civil de 1916 passou a ser vista com temperamentos. Bem por isso, o vigente Código Civil também assimilou essa nova concepção do direito de propriedade²⁸.

Nos dias de hoje, portanto, o direito de propriedade deixou de ser um direito individual, porque passou a embutir o interesse da sociedade com maior ênfase, ao ponto de somente ser garantido pelo Estado se esse interesse for atendido. Com base nesse raciocínio, José Diniz de Moraes chegou à seguinte conclusão:

[...] Se hodiernamente o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e dos não-proprietários, em virtude do princípio da função social, e se a propriedade só é garantida na medida em que garante sua função social, já se pode concluir que ela, como princípio-garantia, reflete em dois sentidos diversos: garante ao proprietário a inviolabilidade do seu domínio quando a satisfaz, impedindo que o legislador ou o administrador público empreendam disciplina e atividade diversas, sob o mesmo fundamento; e garante aos interessados (particulares, administradores, legisladores, magistrados) medidas idôneas a combater atos incompatíveis com o fundamento da atribuição do domínio, ou em razão dele, quando não atendido o princípio da função social da propriedade [...]. (MORAES, 1999, p. 73).

Discute-se qual o significado da expressão *função social*. Há quem sustente que a idéia de ligá-la à satisfação de um interesse público, faz presumir que, ao exercer o direito, o proprietário estaria ao mesmo tempo desempenhando ou satisfazendo uma função pública. (MORAES, 1999, p. 97). Mas José Diniz assim não entende. Para ele, a função social não se opõe nem se identifica necessariamente com o interesse público, na medida em que ela se apresenta, num certo sentido, como síntese dos dois interesses, o *interesse social* e o *interesse público*. Justifica esse entendimento com o argumento de que “[...] quando se diz ‘função social’, pensa-se logo em algo que possa satisfazer concretamente uma determinada necessidade social, sem se preocupar com a natureza do interesse a ser

²⁸ Novo Código Civil, art. 1.228, § 1º: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

satisfeito, se público, individual ou coletivo. É o elemento sociológico da definição, aferível apenas na realidade concreta da vida social”. (MORAES, 1999, p. 100).

A questão que se coloca nessa discussão é, portanto, saber a quem interessa o cumprimento da função social: ao proprietário ou aos não-proprietários. Tal como se apresenta a regra constitucional (art. 184, CF), o cumprimento da função social é uma obrigação do proprietário, tanto que a desapropriação para fins de reforma agrária se apresenta como uma sanção, na medida em que a indenização é preconizada de forma diferenciada das demais modalidades expropriatórias, através de títulos de dívida agrária (TDAs) resgatáveis em até vinte anos, pagando-se em dinheiro apenas as benfeitorias úteis e necessárias.

Destarte, quem mais se beneficia com o cumprimento da função social não é, necessariamente, o proprietário, mas a coletividade. Jacques Távora Alfonsin chega mesmo a afirmar que o cumprimento da função social potencializa os direitos humanos, inclusive dos não-proprietários (ALFONSIN, 2003, p. 205). De fato, a satisfação de todos os requisitos da função social – tal como preconizado na ordem jurídica brasileira – propicia não apenas o aumento da produção nacional, e, com isso, o abastecimento do mercado consumidor, mas também favorece o bem-estar dos trabalhadores em geral, (incluindo os proprietários), observa as regras atinentes às relações de trabalho (incluindo os contratos agrários), e, finalmente, preserva os recursos naturais e protege o meio ambiente. Como se vê, o interesse coletivo figura em todos os requisitos, daí dizer-se que o cumprimento da função social interessa mais aos não-proprietários. É por isso que o jurista agrarista Telga de Araújo concebe a função social da propriedade, como sendo a correta utilização econômica da terra e na sua justa distribuição, de modo a atender ao bem-estar social da coletividade, mediante o aumento da produtividade e a promoção da justiça social.” (ARAÚJO, 1979, p. 9).

Celso Antônio Bandeira de Mello também se posiciona ao lado dos que defendem o entendimento de que o cumprimento da função social não tem apenas um sentido econômico, mas, marcadamente, social, na medida em que tem por destinatário básico a coletividade. Daí defender, convictamente, que o sentido da expressão *função social da propriedade* deve:

vincular-se a objetivos de justiça social, isto é, (deve) comprometer o uso da propriedade com um projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada, na qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar novas oportunidades aos cidadãos, independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo. (BANDEIRA DE MELLO, 1986, p. 73).

Quando se trata de imóvel rural, a vinculação dos objetivos sociais é ainda mais acentuado, como lembra Roberto Wagner Marquesi, para quem “a propriedade agrária assume [...] uma importância fundamental, porquanto um instrumento vocacionado para a promoção do bem-estar social e para a produção de riquezas” (MARQUESI, 2001, p. 90). E explica:

É que, achando-se as terras nas mãos de uma escassa minoria e constituindo-se elas no elemento natural de sustento do homem, urge conciliar o individualismo do domínio com as expectativas da sociedade. A dependência intersubjetiva, verificável em toda sociedade moderna, impõe restrições ao uso das coisas, notadamente dos bens imóveis, como forma de atender às necessidades coletivas.

Pode-se concluir, portanto, que a concepção de função social da propriedade compreende dois polos. O primeiro diz respeito ao dever imposto ao proprietário de atender a todos os requisitos previstos em lei como configuradores da função social: econômico, social e ecológico. O segundo refere-se ao beneficiário do adimplemento da obrigação, que é a sociedade.

Destarte, se o proprietário tem a obrigação de fazer o imóvel cumprir a função social, qual a contrapartida? Não será, evidentemente, apenas a garantia do direito de propriedade, nem a imunidade expropriatória, porquanto a exploração do imóvel em atividades agrárias implica produção, comercialização do excedente e lucratividade.

Mas não há como explorar qualquer atividade agrária sem o uso suficiente dos recursos hídricos. E aí se coloca a pertinência da presente abordagem no contexto do direito de propriedade, porque tais recursos naturais não integram a propriedade, mas ocupam espaços do imóvel, seja em função dos corpos d'água depositados, seja nos álveos por onde transitam, sem nenhuma contrapartida dos detentores da dominialidade desses recursos naturais. Ao contrário, além da cobrança pelo uso de águas preconizada na atual legislação – embora ainda não implementada em todos os Estados – a quantidade a

ser objeto de outorga submete-se ao rígido controle dos agentes públicos a quem compete a sua liberação, podendo, a qualquer momento, suspendê-la²⁹.

Defende-se a natureza contratual da outorga justamente em função da cláusula econômica – cobrança pelo uso de águas – na relação que se estabelece entre o poder público e o usuário. Além do mais, as atividades desenvolvidas pelo outorgado em seu próprio imóvel implicam investimentos e despesas de elevada monta, que não podem ser desconsideradas no momento da suspensão da outorga.

Coloca-se ainda nesse contexto que o exercício de atividades no imóvel vale como cumprimento da função social, sob pena de o proprietário ser penalizado com a desapropriação. Vale dizer, o interesse público que justifica a suspensão da outorga nas hipóteses preconizadas em lei não se coloca como fator de penalização do outorgado, a menos que incida nas hipóteses de inadimplência.

Destarte, embora o direito de propriedade ainda desfrute de prestígio, a antiga concepção romana, segundo a qual a propriedade do solo compreendia o subsolo e o espaço aéreo correspondente, bem como aquela concepção napoleônica de que o direito de propriedade era exclusivo e absoluto, estão totalmente superadas, por força das restrições estabelecidas pelo próprio legislador, que assimilou o sentido social que deve existir em toda propriedade. As características tradicionais que ornamentavam a propriedade – *absolutismo, exclusividade e perpetuidade* – sofreram golpes mortais. O direito de propriedade, tem, hoje, limitações justificadas, impostas pelo Estado Social e Democrático do Direito.

Na verdade, sempre existiram restrições ao direito de propriedade, não apenas por imposição legal, mas até mesmo por disposição voluntária do proprietário, como, por exemplo, a inserção de cláusulas de inalienabilidade em atos de liberalidade. Todavia, a via legal limitadora dos atributos da propriedade sempre esteve na linha de preferência. Até mesmo na codificação civil, as regras concernentes aos direitos de vizinhança não deixam de traduzir limites ao pleno exercício do direito de propriedade, visando à melhor convivência social. No âmbito da Constituição brasileira, o instituto da desapropriação, nas

²⁹ Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, art.15: “A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado...”

suas diferentes modalidades, sempre teve espaço garantido, valendo notar, agora, o próprio confisco de terras em que forem encontradas plantas psicotrópicas³⁰.

Busca-se, agora, em alentados trabalhos doutrinários de inegável valor científico, uma releitura não apenas dos preceitos que disciplinam o direito de propriedade, mas também do próprio Código Civil, à luz de uma nova hermenêutica voltada para os princípios constitucionais, na esteira da idéia de *constitucionalização* do direito civil.

Em percuciente artigo, Paulo Luiz Neto Lôbo, a propósito dessa nova hermenêutica ao direito civil, afastando-o do sentido estático e dando-lhe uma dimensão mais dinâmica, aberta à interdisciplinaridade, realçou muito bem a pujança dessa temática ente os civilistas, anotando:

[...] Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos [...] A perspectiva da Constituição, crisol das transformações sociais, tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, que se nota, de modo alvissareiro, nos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, no sentido de reconduzi-lo ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas. (LÔBO, 1999, p. 100-09).

A tendência constitucionalizadora do Direito Civil significa um corte na concepção individualista e absoluta do direito de propriedade, que se alimentava da separação sofisticada entre o que se considerava público e o que se considerava privado, idéia concebida ao sabor do liberalismo que inspirou os códigos civis, a partir do Código Napoleônico, de sorte que não se admitia a intervenção do Estado nas titularidades.

Felizmente, o Estado Social e Democrático de Direito advindo, ao depois, compromissado com as transformações, propiciou a publicização do Direito Civil, permitindo a funcionalização das titularidades, como forma de concretização de valores solidaristas. Retira-se da própria Constituição de 1934 e, depois, da de 1946, a

³⁰ CF, art. 243: “As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

preocupação com o bem-estar social, o que terminou viabilizando uma regra infraconstitucional, condicionando o direito de propriedade da terra ao cumprimento de uma função social, segundo os parâmetros estabelecidos na própria lei³¹.

Em verdade, com o Estado Social e Democrático de Direito operou-se um processo de publicização do Direito Civil. Mas é ainda Paulo Lôbo quem adverte que não se deve confundir *publicização* com *constitucionalização*, cujos significados são diferentes. Explica que “a publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo” (LÔBO, 2003, p. 199). Lembra, para exemplificar, a criação de um novo ramo de direito – o Direito do Trabalho – mediante a subtração das regras a esse respeito contempladas no então Código Civil de 1916. Já “a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos” (LÔBO, 2003, p. 200).

Importa anotar, nesta passagem, que a intervenção do Estado nas relações privadas não significa a mutilação ou eliminação da propriedade privada, mas apenas a sua democratização, permitindo que os excluídos também a ela tenham acesso, por via da integração dos interesses juridicamente considerados. De igual sorte, a intervenção do Estado no âmbito legislativo, conformada em parâmetros constitucionais, tem por escopo conferir realce ao princípio do respeito à dignidade humana, a partir da compreensão de que o homem é o verdadeiro destinatário de todas normas.

Nessa linha de compreensão, a titularidade enfeixada no direito de propriedade relativiza-se e perde o sentido patrimonialista, para acomodar uma nova concepção voltada mais para o ser humano. É com esse pensamento que Ricardo Aronne, em sua tese de doutoramento, marca posição firme, a dizer que

[...] A conformação social do Estado brasileiro, juridicamente positivada, não dá mais espaço ao pensamento jurídico patrimonialista em detrimento do ser humano, sob pena de inconstitucionalidade do próprio discurso jurídico justificante. (ARONNE, 1999, p. 98).

E completa:

[...] Pela funcionalização social, a titularidade não deixa de ser privada,

³¹ Estatuto da Terra, art. 2º (Lei n. 4.504, de 31 de novembro de 1964)

porém recebe em seu seio o interesse social, implicando limite e impulso, passando a ser relativa, por relativa ser a supremacia do interesse privado, de modo a poder ser asseverado, contemporaneamente, a weimeriana premissa de que a propriedade obriga. (ARONNE, 1999, p. 100).

2 A interface entre a propriedade e o domínio

Partindo-se da premissa de que *propriedade* e *domínio* têm conceitos autônomos, e após analisados os delineamentos teóricos do primeiro instituto, é hora e vez de se esmiuçar o instituto do *domínio*, como categoria jurídica à parte.

Se, como já explicitado, a propriedade, em seu conteúdo externo, caracteriza-se pelo dever de abstenção de todos os demais indivíduos, com relação à coisa pertencente ao proprietário – e, por isso mesmo, se diz que a propriedade tem natureza obrigacional – o mesmo não se dá com o domínio que incorpora o conteúdo interno da propriedade. Vale dizer, o domínio estabelece um vínculo entre o sujeito ativo e o bem, que lhe serve de objeto do direito de propriedade. Só isso já explica a distinção conceitual entre *propriedade* e *domínio*, porquanto, se este estabelece um vínculo entre o sujeito ativo e o bem, e não entre sujeito ativo e sujeito passivo, na propriedade a relação se estabelece entre pessoas – o sujeito ativo e o sujeito passivo, que é a sociedade, composta pelos demais indivíduos.

Ricardo Aronne explica que “do direito de usar, fruir e dispor não decorrem, diretamente, ações contra outros sujeitos, e sim, ações na coisa.” (1999, p. 90). Na verdade, o domínio é objetivado numa coisa, num bem jurídico, do qual ressaem as faculdades de usar, gozar e dispor. Já a propriedade tem por objeto uma prestação, que é devida pelos demais indivíduos. Por isso, o mesmo autor o conceitua como sendo “[...] o conjunto de relações entre o indivíduo e o bem da vida que sujeita a sua vontade”. (1999, p. 94). Esse conjunto de relações corresponde ao conjunto de faculdades atribuídas ao titular do domínio que se traduzem em poder. O domínio decompõe-se, como observa Carlos Roberto Gonçalves, em três partes: *sujeito ativo* (o titular), a *coisa* (objeto) e a *relação*, significando esta o poder do sujeito ativo sobre a coisa. (GONÇALVES, 2001, p. 2).

Essas faculdades – usar, gozar e dispor – são direitos subjetivos que podem ser exercitados conjunta ou separadamente, dependendo do vínculo estabelecido entre o sujeito ativo e a coisa. O credor hipotecário, por exemplo, tem o direito subjetivo de

executar a hipoteca, não importando se o proprietário é o devedor da obrigação garantida, ou não. O vínculo real se estabelece entre o credor e a coisa, porque do proprietário se desprende uma das faculdades, o *jus disponendi*. Com isso, assegurou-se, ao credor, os direitos de seqüela, além do de excussão e o de preferência. O bem dado em garantia hipotecária pode ser levado à hasta pública para satisfazer o direito subjetivo e preferencial do credor, que é o crédito. O direito de uso (*jus utendi*) de qualquer bem, também recai sobre esse bem, e sobre ele é exercido o direito, e não sobre o seu proprietário. Por isso é que se diz que o domínio tem a natureza real.

O novo Código Civil brasileiro – corrigindo a terminologia empregada no art. 524 do Código de 1916 – normatiza, em seu artigo 1.228, que “o proprietário tem a *faculdade* de usar, gozar e dispor da coisa e o *direito* de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O legislador distinguiu *faculdade* – para significar o poder (domínio) – do *direito* de reclamar em face de terceiro, um bem que, injustamente, esteja em seu poder, exercendo uma ou mais das faculdades inerentes ao domínio. A ação, nesse caso, dirige-se contra o possuidor ou detentor injusto, que lhe subtraiu o bem, por turbção ou esbulho, privando-o de exercer as faculdades que o domínio sobre a coisa lhe propiciava: usar, fruir e dispor.

A doutrina explica que, em Roma, antes da propriedade, só havia o domínio (*dominium*), de sorte que, quando o titular do *dominium* era esbulhado, ele simplesmente buscava o seu bem, independentemente do esbulhador. A figura da *proprietas* (propriedade) foi criada justamente para viabilizar o exercício de ações de um indivíduo contra o outro, eliminando a autotutela. (ARONNE, 1999, p. 96).

Também é cediço que o domínio se instrumentaliza na propriedade, na medida em que, sendo um direito real, incluído entre os direitos subjetivos, se impõe perante terceiros. Nesse caso, embora a ação tenha por objeto a coisa, é a propriedade que obrigacionaliza, porque é ela que cria a relação entre o titular do domínio e os demais indivíduos, a coletividade dos indivíduos, que tem o dever da abstenção, conforme examinado na presente abordagem, na parte alusiva à propriedade. Daí dizer-se que, embora *domínio* e *propriedade* não se confundam, por terem naturezas distintas, não podem, com isso, se funcionalizar, porque, conforme adverte Ricardo Aronne, “a única forma possível para tanto (funcionalizar a propriedade) é o trato obrigacional da

propriedade, porque os direitos dessa espécie, ao contrário dos reais, por importarem em vínculo intersubjetivo de ordem relativa, se bilateralizam” (1999, p. 116).

Cabe referenciar, neste passo, o instituto da *enfiteuse* – que o novo Código Civil não contemplou, mas que, na Constituição Federal, ainda tem espaço – porque tal instituto embute dois domínios: o *direto* e o *útil*, do enfiteuta ou foreiro. Essa figura jurídica posta no Código Civil de 1916 como *direito real sobre coisa alheia* terminou gerando uma aparente confusão, porque inexistem mais de um domínio sobre a mesma coisa. Ricardo Aronne adverte, a propósito:

Outro fator relevante ao domínio é que o mesmo é uno e indivisível. Não pode haver dois domínios concomitantes na coisa, superpostos, devido ao caráter da exclusividade dos direitos reais[...]A coisa comporta somente um *ius fruendi*, não podendo haver dois superpostos. O mesmo ocorrerá com todos os desdobramentos do domínio. Supondo que seja destacado o *ius utendi* em favor de terceiro, gravando a coisa com direito real de uso, esse *ius utendi* não poderá ser destacado para outrem, superpondo-se ao outro. (ARONNE, 1999, p. 113).

Isso decorre, evidentemente, dos princípios da *indivisibilidade* e da *exclusividade* que ornamentam o domínio, cuja consagração está positivada hoje no art. 1.231 do novo Código Civil Brasileiro. Importa consignar, neste passo, que esses princípios não inibem o desdobramento do domínio em parcelas para diferentes indivíduos, em função de outro princípio que o norteia, o princípio da *elasticidade*. Esse desdobramento do domínio em parcelas reflete-se na limitação ao direito de propriedade. São os chamados *gravames* que, por limitarem o direito de propriedade, autorizam a chamá-la de *propriedade limitada*, em contraste com a *propriedade plena*. Na verdade, a propriedade plena é o domínio consolidado. O uso de águas outorgado ao particular limita, temporariamente, a dominialidade do Poder Público. Cumpre asseverar, no entanto, que o gravame incidente sobre um determinado bem não implica redução do direito de propriedade, mas, sim, do domínio sobre o bem gravado.

A propósito do princípio da *elasticidade*, é curioso que Orlando Gomes o atribua à propriedade – e não ao domínio – como se vê na seguinte colocação:

[...] Tem ainda (a propriedade), como característica a elasticidade, pois pode ser distendida ou contraído, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis.

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente.

O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. (GOMES, 1985, p. 87).

Abstraída essa colocação doutrinária, é de concluir que parece equivocada a afirmação de que a enfiteuse – bipartindo-se em dois domínios – é uma exceção ao princípio da indivisibilidade do domínio. Na verdade, o *domínio direto* a que se refere a enfiteuse corresponde ao que se considera propriedade, pois é justamente o proprietário que figura como parte na constituição desse ônus real nela tipificado.

Também é importante assinalar que o domínio contribui para a funcionalização da propriedade, na medida em que cabe ao proprietário decidir sobre a forma de exercitá-lo, e o exercício deste implica o dever de cumprir a função social, uma vez que esta se impõe não apenas ao proprietário, mas também a quem exerce uma ou mais faculdades inerentes ao domínio, perante o Estado e a sociedade. Ricardo Aronne sustenta, ainda, que “o domínio, enquanto consolidado, é a forma como se externa a propriedade, que, em si, é tão-somente um direito. O domínio, além de um conjunto de direitos no bem, é a materialização das relações entre o indivíduo e as coisas que são objeto de sua propriedade”. (ARONNE, 1999, p. 111).

Não é sem razão que José Serpa de Santa Maria, louvado em Lafayette Pereira, se convence de que “o domínio é suscetível de se dividir em tantos direitos elementares, quanto as formas por que se manifesta a atividade do homem sobre as coisas corpóreas. E cada um dos direitos elementares do domínio constitui em si um direito real, tais como: o de usufruto, de uso, e o de servidão” (SANTA MARIA, 1992, p. 19).

2.1 Caracteres do domínio

Se é certo que o domínio é o conjunto de faculdades exercitáveis no bem, ressaí a idéia de que o domínio reúne consistência dinâmica. Essa dinamicidade consiste justamente no exercício de uma ou mais faculdades por uma ou mais pessoas. São essas faculdades que caracterizam o domínio.

Os caracteres do domínio são, na linguagem deixada pelos romanos, o *jus utendi*, o *jus fruend* e o *jus disponendi*.

O *jus utendi* é a faculdade de usar o bem da vida. À luz do art. 742 do Código Civil Brasileiro de 1916, essa faculdade consistia em fruir a utilidade da coisa dada em uso, nos limites das necessidades pessoais e da família do usuário. Pelo novel Código Civil (art. 1.412) essa limitação do exercício da faculdade continua atrelada às necessidades pessoais do usuário e de sua família. Tanto que os §§ 1º. e 2º. repetem as mesmas regras de que se compunham os arts. 743 e 744 do Código anterior, as quais se reportam aos critérios de avaliação das necessidades, chegando mesmo a explicitarem quais as pessoas consideradas da família.

Certamente foi em razão desses critérios avaliativos que a doutrina plasmou uma qualificação ao uso, ao considerá-lo um direito *personalíssimo, intransferível e incedível*.

Personalíssimo, porque é cometida apenas ao usuário e à sua família. Esse caráter *intuitu personae* na avaliação da necessidade podia variar de pessoa para pessoa, dependendo de sua condição social e econômica, conforme observou José Serpa de Santa Maria, na colocação seguinte:

[...] a necessidade do usuário será aferida segundo a sua condição social e o lugar onde vive. As necessidades pessoais de padrão econômico modesto, não são evidentemente as mesmas de um próspero comerciante, ou de um político, ou intelectual, variando ao extremo, as circunstâncias de cada caso, na conformidade do padrão de vida e da formação moral e intelectual do usuário. (SANTA MARIA, 1993, p. 73).

Essa característica peculiar ao uso, todavia, não se mostra afeiçoada às hipóteses em que o bem da vida integra o domínio público, cuja disciplina jurídica é outra – e não a do Código Civil. Sustenta-se que esse disciplinamento normativo está condensado no Dec.lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, que cuida, em seu art. 7º., da *concessão real de uso*. De acordo com essa legislação especial, trata-se de um direito real sobre coisa alheia. Mas, a despeito de ser revogável, admite a transferência ou cessão por sucessão legítima ou testamentária.

José Serpa de Santa Maria, em alentada monografia sobre direitos reais limitados, enfrenta a tormentosa questão do direito de uso de cemitérios, em que se discute, entre outros pontos relevantes, a possibilidade de concessão por via contratual, e, por via de consequência, a transmissibilidade, que implica outro desdobramento – o *jus disponendi* de bem público. Ao fim e ao cabo, ele conclui:

[...] A incomercialidade, malgrado funda e substancial, não é, contudo, absoluta assumida em relação ao cemitério. A extracomercialidade é no sentido notório e prevaiente de sua não circulação com a mutação de titularidade (alienação) e na inviabilidade da penhora, que quase sempre envolve uma alheiação compulsiva. Esta indisponibilidade relativa não alcança a sua utilização privativa pelo particular na cessão de uso, nos termos e condições estabelecidas pela legislação específica pertinente. Do contrário, jamais poderia haver mal intituladas concessões constitutivas de uso para fins especiais de serviço público, como tipicamente é a modalidade do uso sepulcral.

Configura-se a cessão de uso como de natureza contratual para constituição de um direito *ex novo*, nunca de natureza pessoal e, na verdade, evidentemente real [...]. (SANTA MARIA, 1993, p. 99).

Aduz mais:

[...] Somos mais por um direito real singular bem específico, face a sua finalidade preestabelecida, admitindo, como CRETELLA JÚNIOR, que haja uma convenção ‘onerosa, sinalagmática, comutativa e realizada *intuitus personae*, mas não como contrato exclusivamente administrativo. (SANTA MARIA, 1993, p. 99).

E conclui:

[...] Entendemos, portanto, como assinalamos, que o uso real é sempre objeto de um contrato misto, em que concorrem normas de direito civil, muito embora com a prevalência do interesse público e normas de direito administrativo, máxime, quando houver qualquer incompatibilidade com o direito privado. (SANTA MARIA, 1993, p. 99).

Desse modo, a idéia de que é a necessidade pessoal do usuário ou de sua família como elemento configurador do caráter personalíssimo da faculdade de uso comporta temperamento quando o bem a ser objeto de uso é do domínio público. As águas, por exemplo – que são, por força de lei – do domínio público, podem ter diversas utilidades e isso se reflete nas necessidades, dependendo dos fins a que serve. O uso de águas para atividades agropecuárias tem um grau de necessidades que vão além das necessidades pessoais ou da família do usuário, já que se destinam a uma atividade econômica. Destarte, as regras ditadas nos parágrafos 1º. e 2º., do artigo 1.412 do novo Código Civil brasileiro – que repetem, *mutatis mutandis*, as mesmas que se achavam nos arts. 743 e 744 do estatuto civil revogado –, não podem ser aplicadas quando o bem é do domínio público, como, *v.g.*, as águas.

Diz-se que o uso é *intransferível* e *incedível*, por não admitir alienação. Seria um corolário do caráter personalíssimo desse direito. Mas, como já demonstrado, isso não

se aplica aos bens públicos, que podem ser objeto de concessão real, cuja disciplina legal hoje se acha condensada no art. 7º., do Dec. Lei 271/67, já referenciado.

Cumpre anotar – ainda a propósito do disciplinamento normativo do uso na legislação civil brasileira –, que o novo Código acolheu as objeções doutrinárias concernentes à abrangência da faculdade de usar. Ricardo Aronne foi um dos que sustentaram a extensão da faculdade de usar à de também fruir a coisa, embora não significando usufruto. Com efeito, ao lembrar a concepção romanista, costurou a seguinte idéia:

[...] Tal faculdade dá ao seu beneficiário o acesso aos frutos naturais que o bem comporte. Não se trata de uso puro como concebido em certo momento do Direito Romano, onde usar não incluía o acesso a nenhuma espécie de fruto do bem. Naquele momento do direito, se concebêssemos uma faculdade real de uso em uma árvore frutífera, por exemplo, ao beneficiário não assistia o direito de colher frutas da mesma para si, cumprindo-lhe se valer de sua sombra, subir nela, mas jamais o acesso a fruto de natureza alguma, mesmo os naturais. (ARONNE, 1999, p. 118).

E completa:

O *jus utendi* contemporâneo, portanto, há de ser bem mais compreensivo, na medida da definição dada, orientada por nosso sistema jurídico. Por frutos naturais, há de ser concebido tudo o que a coisa possibilite ao consumo direito do beneficiário, portanto, personalíssimo, excluindo qualquer faculdade outra de fruição, podendo ser qualificado como uma faculdade de fruição restrita. (ARONNE, 1999, p. 118).

Importa registrar que a amplitude e a limitação da faculdade – que conformam o direito real de uso, e que no regime das titularidades corresponde ao destaque do *jus utendi*, restrito ou integral –, restam positivadas no artigo 742 (hoje 1.412) do Código Civil. Como se vê, pelo dispositivo em pauta, a compreensividade do uso se alargou, para abarcar o acesso aos frutos naturais, eis que abrange todos os benefícios e utilidades que o bem pode conceber. O âmbito de pessoalidade compreendida pelo uso afasta o acesso a frutos outros, na medida em que, para serem auferidos, outrem auferirá os frutos naturais.

Na legislação civil brasileira, desde o Código revogado, a idéia de *fruição* da coisa, como extensão, integra o direito de uso. Daí a mudança redacional entre a regra revogada e a vigente. No art. 742 do Código Civil de 1916, o legislador empregou o verbo *fruirá* (a utilidade da coisa), enquanto o art. 1.412 do Código em vigor, mostra-se mais explícito, ao estatuir que “o usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quando o exigirem as necessidades suas e de sua família”. A propósito dessa extensão atribuída à

faculdade de usar – compreendendo também a fruição – vale, aqui, a irresignação manifestada pelo saudoso Caio Mário da Silva Pereira, para quem “[...] não tem mais cabimento separá-los (uso, usufruto e habitação), senão por amor à tradição histórica, de vez que o uso não passa de modalidade mais restrita de usufruto, e a habitação reduz-se à especialização do uso em função do caráter limitado da utilização” (PEREIRA, 2003, p. 289).

Assim, a faculdade de usar confere ao usuário o acesso a produtos do bem, mas de modo limitado, para que não extrapole a fruição além dos limites da pessoalidade, o que desfiguraria o *usufruto*, que também constitui uma das faculdades do domínio. Mas tamanha é a similitude entre um e outro, que o legislador manda aplicar as regras de usufruto ao uso.³²

O *jus fruendi* é também um dos caracteres do domínio. De maior abrangência do que o uso, o usufruto confere ao beneficiário o acesso aos frutos propiciados pela coisa. Ordinariamente, a fruição é plena, hipótese em que o usufrutuário tem a sua disposição todos os frutos gerados pelo bem. Mas nem sempre a fruição é plena, por isso que se faz necessário compreender também os limites desse direito real, esmiuçando-lhe a abrangência do conteúdo. Explica-se essa análise em função do princípio da *exclusividade* de que se reveste esse instituto, como categoria de direito real limitado.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o usufruto

[...] pressupõe a coexistência harmônica dos direitos do usufrutuário, construídos em torno da idéia de utilização e fruição da coisa, e dos direitos do proprietário, que os perde em proveito daquele, conservando, todavia, a substância da coisa ou a condição jurídica de senhor dela. Em outras palavras, o chamado nu-proprietário mantém-se como titular do domínio. (PEREIRA, 2003, p. 290).

Daí resulta a compreensão de que o usufruto oportuniza o desdobramento do domínio, transferindo-se o uso e o gozo para o beneficiário (*usufrutuário*), ficando com o titular do domínio – que a doutrina chama de nu-proprietário – o direito de dispor – o *jus disponendi*.

Na medida em que o texto legal manda aplicar, subsidiariamente, ao uso, as regras pertinentes ao usufruto, impõe-se, na presente abordagem – que discute a natureza

³² Novo Código Civil Brasileiro, art. 1.413.

real e contratual da outorga de direitos de uso de recursos hídricos – analisar as características do usufruto, em face das formulações teóricas retiradas da exegese das regras jurídicas que o disciplinam.

Com efeito, é cediço que o usufruto é um direito real de fruição, de caráter temporário, que tem por objeto um bem frugífero, cujo exercício pressupõe posse.

Colocadas essas premissas, diz-se que é *real* porque incide diretamente sobre a coisa, acompanhando-a em poder do usufrutuário, enquanto subsistir o direito constituído, com eficácia *erga omnes*. Para tal eficácia contra todos, em se tratando de imóveis, o título constitutivo há de ser registrado no cartório imobiliário competente, salvo na hipótese de aquisição desse direito real pelo usucapião. A propósito, observa-se que o novo Código Civil Brasileiro somente ressalvou a hipótese de usucapião, não o fazendo com relação ao usufruto resultante de direito de família, como o fazia o art. 715 do Código Civil revogado.

A constituição do usufruto, salvo o usucapião, reclama uma manifestação de vontade por parte de quem o constitui em favor de outrem, o que significa que esse direito real pressupõe uma convenção. Ressalvando apenas o usucapião, a lei civil em vigor atrela a formação desse direito real limitado a um ato de vontade, que tanto pode ser um contrato escrito (escritura pública ou particular), ou um testamento, por qualquer de suas formas, portanto, também escrito. Mas tais instrumentos, por si sós, não têm eficácia contra terceiros, senão com o seu respectivo registro.

Outra particularidade do usufruto de grande importância para a presente abordagem diz respeito à fruição que, embora seja da própria natureza do instituto, tem um caráter extensivo, porquanto compreende não apenas a utilidade da coisa, mas também os seus acessórios e acrescidos, a menos que haja cláusula expressa contra tal extensão, conforme estatuído no art. 1.392 do novo diploma legal. Dessa fruição resulta outro elemento igualmente de grande significado no estudo que aqui se desenvolve: a *posse*. Trata-se, evidentemente, da posse direta exercida pelo usufrutuário, sem prejuízo da posse indireta do nu-proprietário.

Essas peculiaridades do usufruto interessam, de perto, ao direito de uso de recursos hídricos, porque podem ser aplicados subsidiariamente, consoante o comando

legal referenciado.³³ Uma dessas peculiaridades diz respeito à possibilidade de cessão do exercício de direitos, permitida no art. 1.393 do novo estatuto civil brasileiro, porquanto se defende, neste estudo, a cessibilidade de direito de uso de águas incorporado na respectiva outorga.

Outra regra direcionada para o usufruto que também pode ser perfeitamente aplicada ao uso é a que garante o exercício dos interditos possessórios, nas hipóteses de turbacão ou esbulho, segundo a exegese do art. 1.406 do citado código.³⁴ Essa regra embute dois aspectos que interessa de perto às teses aqui sustentadas. Primeiro é natureza obrigacional que nela se encerra: o usufrutuário é *obrigado* a dar ciência ao dono. O segundo aspecto reside na admissão explícita da *posse* como componente do usufruto, que também se verifica no uso. Esses aspectos são objeto de enfoque em outras passagens.

O terceiro elemento do domínio é o *jus disponendi*. Certamente é o mais abrangente de todos os caracteres do domínio, por compreender faculdades diversas, não apenas a de alienar a coisa, mas também a de onerá-la com gravames. Exemplo típico de oneração é a constituicão da hipoteca em favor de credor, para garantir obrigacão do próprio garantidor ou de terceiro. Destarte, quando o titular do domínio grava o seu bem, destaca um dos caracteres do seu domínio, viabilizando a alienacão em praça, tal como se dele estivesse dispondo em alienacão convencional. Embora esse gravame não retire a titularidade dominial do proprietário, permitindo-lhe desdobrar em outros, em face do princípio da *elasticidade*, não pode alienar o bem a outrem, sem a intervençã do credor hipotecário.

O destaque conjeturado, todavia, há de ser encarado com temperamento, quando se trata de *propriedade resolúvel*, mercê da condiçã resolutiva que recai sobre o *jus disponendi*. Com efeito, o adquirente de um bem submetido a essa condiçã pode vir a ser privado do bem, tanto que se implemente a condiçã, resolvendo-se o seu poder de disposiçã, e o bem retorna ao entã proprietário transmitente.

O domínio não se resume apenas aos três caracteres dimensionados na presente abordagem. Diversas outras situações revelam relações que o domínio pode desdobrar-se

³³ Art. 1.413 do novo Código Civil Brasileiro: “São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”.

³⁴ Art. 1.406 do novo Código Civil Brasileiro: “O usufrutuário é obrigado a dar ciência ao dono de qualquer lesã produzida contra a posse da coisa ou os direitos deste”.

em outros caracteres. Aponta-se o *jus possidendi* como hipótese configuradora de desdobramento dominial. O *jus possidendi* consiste na posse real, aquela que se exercita na faculdade de usar e gozar. O usuário somente exercita a faculdade que lhe confere o direito real de uso se tem a posse. O mesmo ocorre com o usufrutuário. Daí se segue que também a posse – instituto autônomo – reúne conteúdo de natureza real, embora não o seja em todas as relações. Há situações em que a posse é obrigacional, como sucede na posse oriunda de um contrato de locação. Neste caso, tem-se um *jus possessionis*, e não um *jus possidendi*.

O instituto da posse será examinado em outra parte deste trabalho. Mas vale adiantar que a posse que se exterioriza no exercício do direito de uso de recursos hídricos – objeto nuclear do presente estudo –, é a *posse real*. Portanto, trata-se de um *jus possidendi*.

2.2 A propriedade e o domínio como figuras jurídicas autônomas

O Código Civil de 1916 empregava os vocábulos *propriedade* e *domínio* em diversos dispositivos, não raro, conferindo-lhes significados semelhantes. São exemplos dessa assertiva: o art. 524 especificava como atributos da *propriedade* os direitos de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la de quem quer que injustamente a possuísse; o art. 527 conferia a presunção de exclusividade ao *domínio*, e não à propriedade; o art. 530-III elencava o usucapião como um dos meios de aquisição da *propriedade* imóvel, enquanto os arts. 550 e 551 dispunham sobre os requisitos necessários à aquisição do *domínio*, e não da propriedade; o art. 589, à sua vez, enumerava as hipóteses de perda da propriedade imóvel, enquanto o respectivo § 1º. dispunha que a perda do *domínio* – e não da propriedade – verificava-se nas hipóteses de alienação ou renúncia, só produzia efeitos depois do respectivo assento no registro de imóveis; e o art. 590 cuidava da perda da *propriedade* – e não do domínio - pela desapropriação. No capítulo destinado à disciplina jurídica do condomínio, o art. 623 empregava a palavra *compropriedade* como sinônimo de *condomínio*. O *Estatuto da Terra* (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964), em seu artigo 98, ao contemplar o *usucapião* sobre terras públicas, valeu-se do termo *domínio*, e não da palavra *propriedade*. Essa modalidade de usucapião foi, depois, regulada na Lei n.

6.969, de 10 de dezembro de 1981, que manteve a mesma terminologia da Lei n. 4.504/64, ou seja, *domínio*. Mas a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 191, ao abrigar o usucapião *pro-labore* – como também era chamado aquela espécie de usucapião –, empregou o termo *propriedade*, e não *domínio*. Já no art. 183, ao instituir o *usucapião urbano*, preferiu o termo *domínio*, e não *propriedade*, embora os pressupostos dessas duas modalidades de usucapião fossem praticamente os mesmos, diferenciando-se apenas quanto à localização do imóvel.

Como se vê, o próprio legislador contribuiu para essa confusão terminológica que, por isso mesmo, não escapou à percepção da doutrina, como, por exemplo, Serpa Lopes, na seguinte colocação:

[...] Percebe-se que, no direito romano, a palavra *dominium* tinha um sentido mais restrito do que “propriedade”, indicando a primeira tudo que pertencia ao chefe da casa, mesmo que se tratasse de um usufruto, e tendo a segunda uma acepção mais ampla, abrangendo coisas corpóreas ou incorpóreas. Apesar da distinção que há entre esses dois termos, emprega-se, comumente, tanto o vocábulo “propriedade” como “domínio” para designar a mesma coisa, uma vez que entre eles não há diferença de conteúdo. Outrossim, o nosso Código Civil, em vários casos, emprega diferentemente essas palavras. (LOPES, 1996, p.).

O novo Código Civil brasileiro, a despeito da controvérsia estabelecida, não conseguiu dirimi-la satisfatoriamente, embora tenha dado nova redação ao sucedâneo do art. 524 do Código Civil de 1916, assim dispondo:

Art. 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.³⁵

O novo diploma substantivo civil, no entanto, continua empregando as palavras propriedade e domínio sem explicitar que são institutos autônomos. Assim é que, no art. 1.231 - que corresponde ao art. 527 do antigo Código Civil -, o vocábulo *domínio* foi substituído por *propriedade*, para realçar a presunção *juris tantum* de exclusividade que se confere ao domínio. Mas, enquanto os arts. 1.238, 1.239 e 1.241 do novel diploma legal empregam a palavra *propriedade* – quando adquirida por usucapião –, o art. 1.240 e respectivo § 1º. empregam o termo *domínio*, para referir-se ao título aquisitivo. Ver-se-á em frente que o correto é o emprego do vocábulo *domínio*.

Não é sem razão que a doutrina se ocupa dessa questão. Com efeito, os conceitos de *propriedade* e *domínio* não se inferem do texto legal, mas são invariavelmente empregados em diferentes passagens, não apenas do Código Civil brasileiro – onde mais se acentua a sua aplicação, confundindo-se um com outro –, mas em outros ramos do direito, notadamente no Direito Administrativo e no Direito Ambiental, em cuja seara a disciplina jurídica das águas é tratada com mais ênfase.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, buscar-se-á, nesta parte do estudo, uma compreensão mais clara possível sobre os reais significados dos institutos da propriedade e do domínio, para o melhor desenvolvimento desta pesquisa, já que o assunto em foco tem o propósito de demonstrar o enquadramento da outorga de direitos de uso de recursos hídricos na categoria de direito real. A identificação das referidas figuras jurídicas, portanto, dará o suporte necessário à abordagem pretendida, na medida em que as águas, hoje, não mais se incluem entre os bens apropriáveis pelo particular, porque se classificam como bens do domínio público.

Posto que as águas ocupam, ordinariamente – e sem qualquer compensação –, extensas áreas de terras pertencentes a particulares, que lhes servem de leito, a propriedade

³⁵ O parágrafo único respectivo refere-se ao *direito de propriedade*, condicionando o seu exercício ao cumprimento da função social, certamente para adequá-lo aos ditames constitucionais, que abrigou tal princípio em seus artigos 5º.-XXII e XXIII, 170, III e 186.

e o domínio de umas e outras se colocam frente à frente, cada qual desempenhando o seu papel, estabelecendo uma dialética na linha das titularidades. De um lado, o proprietário das terras onde se situa o álveo, e, do outro, o Poder Público, a cujo domínio pertencem as águas. Para usá-las, o proprietário do imóvel necessita de outorga, que somente é obtida junto ao Poder Público, de conformidade com o sistema jurídico vigente.

Diante desse quadro, duas questões podem ser suscitadas. A primeira reside em saber se, para o Poder Público outorgar o direito de uso dos recursos hídricos ao usuário particular, basta que detenha o domínio, do qual desprende um dos seus atributos – o *jus utendi* – ou tem ele também o direito de propriedade decorrente do domínio. A segunda é saber se a ocupação das terras particulares pelas águas – que são do domínio público – esvazia a plenitude do direito de propriedade do particular, por lhe retirar as faculdades inerentes ao seu domínio, inclusive o *jus disponendi*.

Para responder a essas indagações, impõe-se uma incursão mais aprofundada na doutrina acerca dos institutos *propriedade e domínio*, auscultando-lhes os elementos estruturais e finalístico que os tornam autônomos, sabendo-se que ambos se identificam como categorias de *direitos reais*, constituindo-se mesmo o núcleo do Direito das Coisas, conforme sinaliza Ricardo Aronne, a dizer que

Os conceitos de domínio e propriedade centralizam o direito das coisas, cujos demais institutos decorrem dos desdobramentos da propriedade e do domínio[...] Em face disso a propriedade e, via de conseqüência, o domínio (este último por ter tratamento correlato ao anterior, pela doutrina). Em face disso a propriedade e, via de conseqüência, o domínio, perfazem as noções nucleares da espécie, cujas alterações, devido a inter-relação entre os demais institutos de direitos reais com esses, refletem-se em toda a respectiva disciplina. (ARONNE, 1999, p. 1-2).

Vê-se que as dificuldades não se situam apenas na identificação da autonomia dos dois institutos, mas também se evidenciam nas suas próprias definições, dada a omissão de nosso Código Civil, como registra Gustavo Tepedino (1997, p. 310), a dizer que “O Código Civil Brasileiro, como se sabe, não define o direito de propriedade e se limita a indicar, no *caput* do art. 524³⁶, os poderes do proprietário”.

Ao enfrentar essa tormentosa questão, a doutrina brasileira realça a existências de duas correntes de opinião. Uma que simplesmente identifica o domínio como sinônimo

³⁶ O art. 524 do Código Civil de 1916 corresponde ao art. 1.228 do novo Código, com mudança redacional.

de propriedade, outra que o coloca como o direito de propriedade sobre bens corpóreos. É o que se retira da lição ministrada por Darcy Bessone no seguinte excerto:

Duas correntes defrontam-se em relação ao problema. Uma pretende que são sinônimos os termos propriedade e domínio. Outra sustenta que eles têm significados diferentes, pois que a propriedade teria objeto mais amplo que o domínio: o objeto daquela seria tanto a coisa corpórea como a incorpórea, enquanto o deste somente se aplicaria à corpórea. A diferença, como se vê, seria objetiva.

Os termos *dominium* e *proprietas* foram usados pelos romanos. Alguns romanistas afirmam que eles eram empregados indiferentemente, ao passo que outros procuram em fragmentos da época a comprovação de que, já em Roma, o objeto da *proprietas* era mais compreensivo do que o do *dominium*. (BESSONE, 1996, p. 12).

Neste passo, vale trazer à colação a abalizada opinião de Roberto de Ruggiero a respeito dessa temática. Pelo que se retira do texto a seguir transcrito, o autor português posiciona-se junto àqueles que colocam propriedade e domínio como sinônimos. Diz ele:

Abstratamente, pode conceber-se de duas maneiras o direito de propriedade, conforme se tome em consideração o poder que sobre a coisa é conferido ao titular, ou a relação de pertença da coisa à pessoa. Exprime o conceito de poder ou senhorio o termo técnico e mais usual das fontes romanas “*dominium*”, e acentua-se o fato da pertença no outro menos freqüente “*proprietas*”. Em volta destes dois lados ou aspectos da relação, pelos quais se diz que uma coisa, que em tudo está sujeita ao nosso senhorio, nos pertence, podem agrupar-se as várias definições que os escritores dão do direito de propriedade. As fontes romanas não davam uma definição textual, ao passo que são muitas e variadas as dos códigos modernos, que muitas vezes, mais que definições, descrevem o conteúdo desse direito. (RUGGIERO, 1958, p. 369).

O conceito de *domínio*, à luz da doutrina brasileira, tem sido considerado sob dois prismas: identifica-se com a propriedade, como sinônimo, ou, então, tem a conotação de bens materiais. Nesse sentido, vale o magistério de Darcy Bessone, vazado no seguinte excerto:

Duas correntes defrontam-se em relação ao problema. Uma pretende que são sinônimos os termos propriedade e domínio. Outra sustenta que eles têm significados diferentes, pois que a propriedade teria objeto mais amplo que o domínio: o objeto daquela seria tanto a coisa corpórea como a incorpórea, enquanto o deste somente se aplicaria à corpórea. A diferença, como se vê, seria objetiva.

Os termos *dominium* e *proprietas* foram usados pelos romanos. Alguns romanistas afirmam que eles eram empregados indiferentemente, ao passo que outros procuram em fragmentos da época a comprovação de que, já em Roma, o objeto da *proprietas* era mais compreensivo do que o do

dominium. (BESSONE, 1996, p. 12).

Buscando linha própria, Miguel Maria de Serpa Lopes assevera:

Há divergências, senão em relação à etimologia de cada uma dessas palavras – domínio e propriedade – pelo menos no tocante à sua significação jurídica. A palavra propriedade possui um sentido que nasce do seu próprio termo. A coisa é própria ao proprietário nesse sentido de só a ele, em princípio, caber a utilização de seus serviços. E era precisamente a isto que os Romanos denominavam de *dominium*, por isso que o seu titular era em princípio senhor da coisa, fazendo dela o que bem quisesse. A palavra propriedade vem do latim – *proprietas* – derivada de *proprius* significando o que pertence a uma pessoa. (LOPES, 1996, p. 281).

Já o conceito de *propriedade*, na opinião de Orlando Gomes, pode ser encontrado através de alguns critérios assim explicitados:

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo.

Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windsheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Se é certo que nenhum desses critérios satisfaz isoladamente, o conhecimento dos três permite ter o direito de propriedade noção suficientemente clara. É a análise de seus caracteres que torna entretanto mais nítidos seus traços. (GOMES, 1985, p. 86).

Em dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Ricardo Aronne (1999, p. 226) enfrentou essa questão, e concluiu pela existência da autonomia dos dois institutos. Daí a sua recomendação no sentido de que

[...] No que se refere ao domínio, impõe-se um reexame da doutrina civilista clássica, que normalmente o identifica integralmente com propriedade ou o aponta como sendo o direito de propriedade referente a bens materiais, sempre sem o reconhecimento da devida autonomia. (ARONNE, 1999, p. 3).

Em tal estudo, o autor identificou situações factíveis advindas do próprio ordenamento jurídico brasileiro que evidenciam, com clareza, a autonomia dos referidos institutos. Na presente pesquisa também se faz visível a ocorrência de situações que

demonstram a necessidade e conveniência de se identificarem as duas figuras jurídicas, sob pena de comprometer a abordagem pretendida em seus delineamentos teóricos. Com efeito, cogite-se da hipótese de um proprietário de um imóvel rural celebrar um contrato de arrendamento, para a exploração de uma determinada atividade agrária. Ao fazê-lo, transfere ao arrendatário o uso e o gozo sobre o imóvel, já que tem o domínio e essas faculdades são atributos do domínio. O proprietário (arrendador), no entanto, não poderá transferir o uso e o gozo das águas que estão depositadas ou correm em suas terras, porque não tem, sobre elas, nem o domínio nem a propriedade, já que são do domínio público.

Entre as hipóteses conjeturadas por Ricardo Aronne, à guisa de problematização, merecem destaque o **usucapião** e a constituição de **gravames**. O usucapião confere ao usucapiente o *domínio* sobre o bem, uma vez implementados os requisitos legais. Tanto que, entre esses requisitos, indispensável o *animus domini*. Daí que a sentença proferida em razão da ação proposta pelo usucapiente tem caráter meramente declaratório, porque o direito é preexistente. Se assim não fosse, o usucapiente não poderia argüir tal direito como defesa em ação movida por aquele em nome de quem o imóvel estivesse registrado, como proprietário.

Desse modo, a sentença de usucapião declara o domínio, mas não constitui o direito de propriedade, pois ainda está atribuído ao proprietário, contra quem é movida a ação, até que a referida sentença seja registrada em nome do novo adquirente. Segundo o raciocínio de Ricardo Aronne, se o usucapião transferisse a propriedade – e não apenas o domínio –, não haveria necessidade da ação de usucapião, porque esta é movida contra o proprietário. Daí observar:

Se a premissa supra, decorrente do tratamento da atual manualística fosse correta, quem responderia por uma obrigação *propter rem* que recaí sobre o bem haveria de ser o usucapiente”, que seria o proprietário do bem. Ocorre que o único indivíduo que é legitimado passivamente para responder a eventual execução em tela é aquele em nome de quem o bem está transcrito, justamente denominado proprietário. (ARONNE, 1999, p. 77).

Invocando Pontes de Miranda, sobre os efeitos da sentença prolatada em processo de usucapião, Aronne conclui que

[...] a sentença em tela é declaratória do domínio, constitutiva da propriedade e mandamental para efeitos registrais. Classifica-se como sendo declaratória a respectiva sentença, eis que tal eficácia é a que prepondera, na medida em que, não sendo declarado o domínio, não

haverá de ser constituída a propriedade e, tampouco, transcrita. A doutrina não nega a presença das demais eficácias na ação de usucapião, discutindo, porém, com ardor, qual a eficácia que prepondera (ARONNE, 1999, p. 79).

E completa:

Se o domínio fosse igual à propriedade, a sentença nada deveria constituir, pois a propriedade seria preexistente, apenas reconhecida pelo juízo. Ocorre que o reconhecimento puro do domínio não dá ao usucapiente a condição de proprietário, consoante já demonstrado acima. (ARONNE, 1999, p. 79).

Outra hipótese suscitada por Ricardo Aronne – diga-se de passagem, com visível pertinência – para demonstrar que domínio e propriedade não são sinônimos, refere-se à capacidade não conferida ao usucapiente para constituir qualquer ônus real sobre o imóvel, somente como titular do domínio, e a do proprietário, apenas na condição de proprietário. Para ele, a constituição do gravame não seria possível pelo usucapiente, porque lhe faltaria o título de propriedade, indispensável para o necessário registro imobiliário do ônus. No caso figurado, ocorreria um impasse, pois nem o usucapiente poderia constituir ônus sobre o imóvel, nem o proprietário poderia fazê-lo, porque correria o risco de o usucapiente, titular do domínio, argüir o seu domínio, em ação de usucapião ou em exceção. Ademais, o proprietário não disporia das faculdades conferidas pelo domínio, por estarem em poder do usucapiente.

Também serve de ilustração para demonstrar a distinção conceitual entre domínio e propriedade, enquanto institutos jurídicos autônomos, a hipótese alusiva ao *direito real de aquisição*, igualmente conjecturada por Ricardo Aronne (1999, p. 83). Para ele, o contrato de promessa irrevogável de compra venda de um terreno tem a mesma configuração do usucapião. O promissário-comprador, mesmo lhe sendo transmitida a posse do imóvel e mesmo tendo registrado o respectivo contrato, ainda não adquire o domínio, nem a propriedade. Somente após o pagamento do preço, adquire o domínio, podendo obter a declaração judicial de reconhecimento do seu domínio, em ação de adjudicação compulsória, caso o promitente-vendedor lhe negue tal título. A hipótese tem contornos semelhantes aos do usucapião, pois a sentença de adjudicação compulsória tem natureza *declaratória*, porque declara o domínio; *constitutiva*, porque constitui a propriedade; e *mandamental* porque viabiliza o registro da sentença como título de propriedade.

3 A interface entre a propriedade e a posse

Posto que, ordinariamente, as águas – sejam correntes ou dormentes – ocupam espaços nos imóveis situados na zona rural ou urbana, o exame do instituto da posse interessa ao desenvolvimento do estudo que aqui se desenvolve, menos por seus aspectos teóricos e mais pelas conseqüências práticas factíveis nas relações que envolvam o proprietário e o possuidor e terceiros que, eventualmente, possam interferir no exercício de seus direitos. A outorga de direitos de uso dos recursos hídricos pode gerar efeitos decorrentes da relação possessória, o que explica e justifica a inserção dessa temática na abordagem que se está fazendo, buscando demonstrar que a referida outorga embute um direito real.

Para tanto, faz-se mister uma incursão primeira, ainda que perfunctória, na teoria da *relação jurídica* ensaiada pela doutrina, com o escopo de buscar uma identificação para a relação que se estabelece entre o possuidor e uma coisa. Saber se essa relação consubstancia *posse* e se esta é um *fato* ou um *direito*, e sendo direito, se a relação jurídica é de *direito real* ou de *direito pessoal*, são indagações que reclamam respostas, frente ao que já foi construído pela doutrina.

A esse respeito, cumpre lembrar que, em outro momento deste estudo, foi dito que a *propriedade* é considerada um instituto jurídico de direito real por excelência, na medida em que confere ao proprietário os direitos de usar, de gozar ou de dispor da coisa, no exercício das faculdades que lhe atribui o *domínio* sobre a referida coisa, independentemente de interferência de outra pessoa. Há, no exemplo lembrado, uma relação jurídica, cuja classificação não pode ser de outra natureza, senão a de que se trata de *direito real*. Diferente é a relação que se estabelece entre uma pessoa e outra, tendo por objeto uma prestação que uma deve à outra, um crédito, por exemplo. Nesta hipótese, o que se tem é uma relação jurídica de *direito pessoal*.

Destarte, a relação jurídica de direito real é identificada por características que lhe são peculiares. A primeira é a inflexão direta do poder do sujeito sobre o objeto, a coisa. Conforme esclarece Renan Falcão de Azevedo, essa inflexão “é a possibilidade, legalmente reconhecida, do titular do direito de agir sobre o objeto, atingindo-o

independentemente de qualquer intermediação ou obstáculo a ser transposto”. (AZEVEDO, 1987, p. 18).

Também se considera característica da relação jurídica do direito real a *oponibilidade contra todos* que, como já abordado em outra passagem deste estudo, coloca os demais indivíduos na posição de passividade diante do titular do direito real. O sujeito passivo não é identificado, senão no momento em que intenta molestar o exercício dos direitos do proprietário. Tal eficácia contra todos os romanos chamavam de *erga omnes*.

Inserese, outrossim, como característica da relação jurídica de direito real a *patrimonialidade*, que é explicada pela valoração econômica da coisa objeto da relação, tanto faz se o bem jurídico é uma coisa corpórea ou incorpórea, como soe acontecer com os direitos autorais, posto que também podem ser objeto de relação jurídica, embora o bem jurídico seja uma coisa incorpórea.

Inclui-se, também, como característica da relação jurídica de direito real a possibilidade conferida ao titular do direito de perseguir a coisa onde e com quem estiver. É o chamado direito de *sequela*. Essa faculdade, evidentemente, somente se exercita sobre coisa corpórea.

Na relação jurídica de direito pessoal, todavia, são diferentes as características. Primeiro, porque o titular do direito não tem uma inflexão direta sobre o objeto do direito, porquanto a realização do direito depende de uma atitude voluntária ou forçada do sujeito passivo da relação. O exemplo mais comum é um crédito que uma pessoa tem junto a outra pessoa. Uma é credora e a outra é devedora. Entre uma e outra está a *prestação*, que é o objeto da relação estabelecida entre as duas pessoas ou partes. O credor não tem uma inflexão direta sobre o crédito, que somente pode ser satisfeito através do pagamento que deve ser efetivado – de forma espontânea ou forçada – pelo devedor. Há, portanto, uma intermediação na realização do direito subjetivo do credor, o que não se verifica na relação jurídica de direito real, na qual o titular do direito o exerce diretamente sobre o objeto, sem intermediação.

Em segundo lugar, distingue-se a relação jurídica de direito real da relação jurídica de direito pessoal, porque, neste, não há falar em eficácia *erga omnes*, como ocorre na outra, atingindo toda a comunidade. Há uma prevalência do direito perante terceiros, perante todos os demais indivíduos, embora não se saiba individualmente quem seja ou

possa figurar como sujeito passivo, senão a partir do momento em que é molestado o direito daquele, em face do objeto do direito. A eficácia do direito na relação jurídica de direito pessoal opera-se apenas perante o sujeito passivo, conhecido a partir do momento da formação da relação jurídica.

Quando ao aspecto econômico, embora a relação jurídica de direito pessoal possa envolver um valor patrimonial – tal como ocorre na relação jurídica de direito real – nem sempre assim ocorre. Há hipótese em que o caráter patrimonial não é da essência da relação jurídica de direito pessoal, como, por exemplo, no casamento. Neste, há uma indiscutível relação entre um homem e uma mulher, da qual resultam efeitos jurídicos. Mas não é da sua essência o aspecto patrimonial, embora a relação envolva duas pessoas. Já o pacto antenupcial – que configura outra relação jurídica - envolve aspecto econômico, em função da escolha do regime matrimonial.

Por derradeiro, insta referir-se à inexistência de *sequela* na relação jurídica de direito pessoal, distinguindo-se, portanto, da relação jurídica de direito real. O credor – titular do direito na relação jurídica de direito pessoal – somente pode exercer o seu direito perante aquele ou aqueles com quem estabeleceu a relação jurídica, não podendo envolver terceiros. Mesmo um avalista ou um fiador, sabidamente garantidores de obrigações de terceiros, vinculam-se na relação jurídica com o credor garantido. A garantia, por si mesma, reflete uma relação jurídica. Tanto que o credor pode cobrar o seu crédito junto ao fiador isoladamente, até antes mesmo de reclamar seu crédito do afiançado – se houver benefício de ordem³⁷ – como pode cobrar o crédito do avalista, independentemente do avalizado³⁸.

Sendo a posse caracterizada como uma relação entre o possuidor e a coisa, não parece haver dúvida de que ela consubstancia uma relação jurídica de direito real. Essa idéia, contudo, comporta temperamentos, por isso que se impõe, d’agora em diante, uma análise mais detida sobre tão importante instituto, a fim de que, ao final, se consiga enquadrar a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos como constituidor de um direito real.

Na definição de Cunha Gonçalves,

³⁷ Novo Código Civil Brasileiro, art. 827.

Posse é o poder de facto exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele, embora este direito não exista, nem tenha que ser demonstrado. (GONÇALVES, 1952, p. 183).

Essa definição não é muito diferente das que se lêem nos manuais que contemplam o estudo da posse. Mas permite identificar, de logo, a idéia de que a posse é um fato, um fato que cria uma relação entre uma pessoa e uma coisa. Mas o autor português acrescenta ingredientes que requerem maior indagação. O primeiro é atribuir a propriedade da coisa a proprietário diferente, ou até a sem dono, como se o proprietário não pudesse ter posse sobre a própria coisa. A segunda, é partir do pressuposto de que a relação entre o possuidor e a coisa é tutelada pela lei. A terceira é reclamar uma intenção do possuidor no exercício de um direito que não tem e que não precisa provar.

Esses questionamentos suscitam uma investigação nas teorias produzidas pela doutrina a respeito da temática da posse.

Com efeito, é uniforme a compreensão dos pesquisadores, segundo a qual não se pode fazer nenhum estudo sobre o instituto da posse sem uma incursão nas teorias legadas por estudiosos do passado longínquo, cujos argumentos ainda hoje inquietam os que se debruçam sobre tão palpitante tema. Entre essas teorias, maior realce há que se emprestar às chamadas teorias de Rudolf Von Jhering e Friedrich Carl Von Savigny. A primeira chamada teoria *objetiva* e a segunda, *subjetiva*.

Não se pretende fazer uma abordagem aprofundada dessas teorias, até porque o que se deseja, no presente estudo, é demonstrar que a posse tem conteúdo de direito real e que esse direito também se constitui pela outorga de direitos de uso dos recursos hídricos. Daí a necessidade de se conhecerem alguns aspectos teóricos que cercam o instituto no âmbito doutrinário.

O primeiro desses aspectos diz respeito à discussão sobre se a posse é ou não objeto de direito. Para tanto, não se poderá dispensar o aparato teórico produzido pela doutrina sobre o direito de propriedade, vez que o exercício deste direito passa, necessariamente, pela posse. Aliás, na concepção de Jhering (1976, p. 76), a posse “ é a exteriorização, a visibilidade da propriedade” . Mas, para chegar a essa conclusão, Jhering

³⁸ Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 50: A ação cambial pode ser proposta contra um, alguns ou

(1976, p. 51) colocou frente à frente o *fato* e o *direito*, na perspectiva da propriedade, para demonstrar que há uma distinção entre posse e propriedade. Diz que, “[...] a posse é o poder de fato, e a propriedade é o poder de direito sobre a coisa. Uma e outra podem encontrar-se na pessoa do proprietário, e podem também se separar”. Vale dizer, o proprietário pode transferir a posse para outrem, sem, no entanto, perder o seu direito de propriedade. Daí se segue que a posse, embora não se confunda com a propriedade, está atrelada a ela e até a justifica. Bem por isso, Jhering assevera:

Resulta que retirar a posse é paralisar a propriedade, e que é um postulado absoluto da idéia de propriedade o direito a uma proteção jurídica contra o desapossamento. Não pode existir a propriedade sem essa proteção, sendo, pois, desnecessário buscar outro fundamento da proteção possessória: resulta da propriedade. (JHERING, 1976, p. 53).

Na definição de Cunha Gonçalves, viu-se que ele inadmitte que a coisa objeto da posse seja do proprietário, concebendo-a como de terceiro ou de ninguém. Essa posição, evidentemente, contraria o pensamento de Jhering, como demonstrado. Nesse particular, vale a intervenção de outro autor português, Roberto Ruggiero que, embora não discordando da idéia de Jhering, coloca a questão em outros termos, consoante o seguinte excerto, que vale a pena trazer a lume, para efeito de confronto das idéias postas, *verbis*:

[...] A idéia mais geral da posse é a de um estado de fato, pelo qual uma pessoa tem em seu poder uma coisa, isto é: detém-na na sua guarda ou para seu uso, com ou sem ânimo de a ter como própria. Este estado de fato pode ou não corresponder a uma direito da pessoa que exerce o poder sobre a coisa; é tomado em consideração só por si e, sob determinadas condições, é por um lado tutelado pelo ordenamento jurídico e produz, por outro lado, efeitos vários até ao ponto de se transformar num estado de direito. Por outras palavras: a relação em que o homem está com as coisas do mundo externo destinadas a satisfazer as suas necessidades, pode conceber-se por dois modos substancialmente diversos: a) como uma relação de poder geral ou particular, juridicamente regulamentado, isto é: correspondendo em tudo aos requisitos fundamentais do ordenamento jurídico, para que seja de modo absoluto reconhecido e defendido; b) ou como uma relação meramente de fato, na qual o homem se aproveita, no todo ou em parte, da coisa posta sob o seu poder, e que é protegido em si e por si, independentemente da legitimidade objetiva daquele poder. A relação da primeira espécie será a propriedade ou um *jus in re aliena*, conforme o caráter geral ou particular do poder ou senhorio; a da segunda é a posse. (RUGGIERO, 1958, p. 598-9).

E conclui:

todos os coobrigados, sem o credor estar adstrito à observância da ordem dos endossos”.

[...] Não tem, pois, a posse nada de comum com a propriedade e com os outros direitos reais, posto que possa levar à sua aquisição; nem a defesa provisória de uma com a defesa absoluta destes, posto que o proprietário ou o titular de um *jus in re aliena* se possam aproveitar, se também tem o poder de fato, da tutela possessória. (RUGGIERO, 1958, p. 599).

Como se vê, Ruggiero coloca a posse apenas como estado de *fato* consubstanciado na apreensão da coisa, não correspondendo necessariamente a um direito, como advoga Jhering, porquanto o estado de direito pressupõe uma relação de poder juridicamente regulamentado, preenchendo todos os requisitos fundamentais preconizados no ordenamento jurídico. Em outras palavras, somente a *propriedade* ou os “direitos reais sobre coisa alheia (*jus in re aliena*) teriam *status* de direito. A posse adviria de uma relação de poder meramente de fato, protegida por si mesma, independentemente de legitimidade objetiva desse poder. Admite, no entanto, que o proprietário pode também ser titular da posse.

Não se pode negar a coerência de Jhering, ao defender que a posse está visceralmente atrelada à propriedade, enquanto constitui expressão do exercício desta. Daí a sua proteção na ordem jurídica, do mesmo modo como é conferida à propriedade. Não é, pois, sem razão, que o autor da *teoria objetiva da posse* defende posse como objeto de direito e, como tal, merece proteção tanto quanto a merece a propriedade, embora essa proteção se dê por meios e formas diferentes no âmbito judicial. A posse é protegida pelos chamados *interditos possessórios*, enquanto a propriedade tem a sua proteção na *actio rei vindicatio*. A propósito, é ainda de Jhering a seguinte observação:

[...] a ação possessória nos mostra a propriedade na *defensiva*, e a reivindicação no-la mostra na *ofensiva*. Exigir da defensiva a prova da propriedade seria proclamar que todo indivíduo que não esteja em condições de fornecer a prova de sua propriedade – e isso é impossível em numerosos casos, direi mesmo que na maior parte quando se trata de móveis – é colocada à margem da lei; qualquer um pode tirar-lhe a propriedade. (JHERING, 1976, p. 77).

Pode-se anotar, outrossim, que, além do aspecto da proteção à posse para caracterizá-la como objeto de direito, não se pode olvidar que a ela também pode gerar outros direitos, inclusive o de *propriedade*. É o que ocorre, v.g., na aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva: *usucapião*. Coloca-se, assim, como *condição* do nascimento de direito, pois como explica Von Jhering (1976, p. 61), “[...] A propriedade reflete novamente a íntima correlação que existe entre a posse e a propriedade. A posse

surge mais uma vez, aqui, como sendo a porta que leva à propriedade; apenas é mais longo o caminho [...].”

Mas não se pode abstrair, nessa discussão, a concepção de Savigny, para quem a posse “[...] é ao mesmo tempo um fato e um direito: é um fato originariamente, que, porém, se torna direito nas suas conseqüências, principalmente porque cria um direito pessoal, qual seja o de invocar a defesa” (RUGGIERO, 1958, p. 620). Não obstante a posição de Ruggiero, já comentada atrás – para quem a posse não passava de um fato – após analisar os diversos efeitos que esse fato podia gerar, terminou posicionando-se ao lado de Savigny, ao concluir:

[...] a verdade é que a posse tanto se pode chamar um fato como um direito, conforme se atenda aos elementos de fato ou de direito de que é formada; mas quando se considera no seu complexo, na disciplina a que a lei a submete, na proteção de que esta o envolve, adquire o grau de um verdadeiro e próprio direito. (RUGGIERO, 1958, p. 621).

O que se percebe é que o embate entre as teorias de Jhering e Savigny reside na introdução de um elemento volitivo na relação possessória, conforme observou Luiz Edson Fachin (1988, p. 25). Na *teoria objetiva* da posse o que se leva em consideração é o exercício do direito de propriedade, posto que ela é a exteriorização da propriedade. Já na *teoria subjetiva*, o que se realça é a intenção, o *animus* de ter a coisa como sua. Naquela, a posse gira em torno da propriedade; nesta, em torno da pessoa.

Em percuciente quadro comparativo, Fachin levantou os seguintes pontos distintivos entre as duas teorias, a saber:

[...] em Jhering, tudo gira em torno da propriedade, enquanto naquela (em Savigny) o fulcro é a pessoa; para Savigny a posse é obtida à custa de uma vontade qualificada com *animus domini*, a partir da detenção, enquanto que (para) Jhering a posse não é detenção qualificada, pois posse e detenção não se distinguem pela vontade mas sim pelo Direito, por um elemento normativo objetivo. Em Savigny, a posse reúne o *corpus*, o contato físico, e o elemento intencional, o *animus domini*. Em Jhering, a posse também reúne o contato material e o *animus*, mas este tem valor secundário. A detenção, para Savigny, é o contato físico, um poder de fato, sem o *animus domini*. Para Jhering, detenção é o contato físico sobre o qual incide disposição legal que impede a existência da posse em certas relações. (FACHIN, 1988, p. 27).

Não padece dúvida de que a posse decorre de um fato. Nem mesmo Proudhon (sd., p. 8) – que nega o direito de propriedade, por considerá-la “um roubo” – nega o fato da ocupação como posse, ao asseverar que “O direito de ocupação ou de primeiro

occupante é o que resulta da posse actual, physica, effectiva das coisas. Se eu occupo um terreno, presume-se que sou seu dono, emquanto não se prove o contrario” (PROUDHON, sd., p. 44).

E acrescenta:

[...] a legitimidade da posse se funda em duas condições. Em primeiro lugar, eu não possuo senão em virtude da minha condição de ser livre...só pelo trabalho posso assenhorear-me da propriedade ou da coisa, e só assim, assenhoreando-me della, é que a possuo. A actividade livre, portanto, é o princípio do direito de propriedade. Mas isto não basta para legitimar a posse... é preciso também que seja o primeiro a ocupar a propriedade (PROUDHON, p. 54).

Todas essas teorias não deixam dúvida quanto a que a posse consubstancia um direito, a partir do fato. Tem *status* de direito e, por isso mesmo, merece a proteção contra as ofensas factíveis: turbação ou esbulho, ou ameaça de qualquer uma dessas ofensas. É, portanto, um instituto jurídico independente, tanto quanto o é a propriedade.

Contudo, terminaram influenciando o Código Civil Brasileiro a inserir regra distintiva entre *posse* e *detenção*, desprotegendo esta das ações defensivas. Com efeito, dispunha o artigo 487 do Código Civil revogado: “Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Ressai, deste texto legal, a figura da *detenção*, e, por efeito, a figura do detentor, que pode ser exemplificado no empregado de uma fazenda, que detém o imóvel em nome do proprietário, de quem recebe ordens e instruções.

Destarte, se o detentor não é considerado possuidor, não tem a proteção possessória. Cumpre observar, no entanto, que o novo Código Civil brasileiro, embora tenha mantido a mesma regra com pequena mudança redacional, acrescentou um parágrafo único ao art. 1.198, criando a figura do *detentor presumido*, permitindo-lhe invocar os interditos possessórios, para provar que não é detentor presumido, mas, sim, um possuidor. É o que se retira dos seguintes dispositivos:

Art.1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se

detentor, até que prove o contrário.

Assim sendo, imagina-se que a ordem jurídica, agora, admite que o detentor – ao menos o *detentor presumido* – pode exercitar os interditos possessórios, porquanto passou a ter legitimidade para provar que é possuidor, e não, detentor. Resta saber se, sendo detentor – ainda que presumido – a posse que mantém em nome de outrem pode gerar o direito de propriedade, sabendo-se que este é o principal efeito da posse. Mais uma vez se faz mister trazer à baila o pensamento de Jhering, para quem “[...] onde não é possível a propriedade, objetiva ou subjetivamente, a posse também não o é. A posse e a propriedade caminham de mãos dadas; a inaptidão da pessoa ou da coisa para a propriedade implica a sua inaptidão para a posse” (JHERING, 1976, p. 69). Daí que essa colocação permite indagar se as *coisas fora do comércio* são insuscetíveis de posse, já que não podem ser alienadas e, portanto, objeto de propriedade. Partindo-se dessa premissa, as águas brasileiras não poderiam ser objeto de posse, porquanto são classificadas como bens de uso comum, inalienáveis e, portanto, fora do comércio, insuscetíveis de transmissão da propriedade.

Não se vê assim essa questão. É certo que Ruggiero (1958, p. 614) admitiu que “[...] há alguns direitos reais que são insuscetíveis de posse”. Entre os exemplos que menciona, lembra as servidões descontínuas e não aparentes, a hipoteca e o penhor. Não é, porém, a opinião de Cunha Gonçalves a ressaltar essa possibilidade, com o seguinte excerto, *verbis*:

[...] a posse é todo o poder de facto sobre uma cousa, exercido no interesse próprio, quer baseado num direito real, quer num direito de obrigação. Esta ultima opinião é de todas a mais exacta, pois não pode negar-se que o arrendatário, o comodatário ou depositário, o transportador e o credor pignoratício têm posse, embora restrita ao exercício do respectivo direito, o que não exclui a posse do proprietário da mesma coisa. (GONÇALVES, 1952, p. 185).

Nessa linha de raciocínio, não se vê nenhum óbice na transmissão e na aquisição da posse em decorrência do direito real de *uso* – embora se classifique como *jus in re aliena* – uma vez que se mostra o uso, senão com o exercício da posse.

Desse modo, o direito de uso de recursos hídricos situa-se entre os que pressupõem o exercício da posse. Daí a tese aqui defendida de que a outorga de direitos de uso de águas é um título que incorpora um direito real e, por isso, ganha natureza real. Essa

convicção decorre do saber comum de que o *uso* constitui uma das faculdades inerentes ao domínio. Aliás, o próprio Jhering sustenta que o exercício da posse implica exteriorização da propriedade. No caso, a propriedade – cuja titularidade é do Poder Público – exterioriza-se no exercício da posse que transmite ao usuário, ao outorgado dos direitos de uso dos recursos hídricos. É certo, porém, que essa posse não gera o direito de propriedade em favor do possuidor.

Tratando-se, portanto, de posse, o titular do direito real de uso dos recursos hídricos pode exercitar os demais direitos dele decorrentes, inclusive o de defendê-la através dos interditos possessórios. Só não pode é invocar o exercício da posse – mesmo por período considerável – para efeito de aquisição da propriedade por usucapião. Aliás, Jhering não se esqueceu de fazer essa ressalva, em uma de suas proposições, depois de se indagar sobre a possibilidade de extensão dos direitos de reclamar a restituição da posse contra terceiros:

[...] Esse direito de reclamar a restituição da posse contra os terceiros, estendeu-o, mais tarde, o direito romano da propriedade a outros direitos. Esse estendeu a “rei vindicatio” (como “utilis vindicatio” ou “in rem actio”) a outras pessoas além do proprietário, sem se despojar do resto de sua propriedade; concedeu o direito de usar a coisa, quer para obter o aproveitamento econômico de propriedades construídas em bens rurais (“superfícies, enfiteuses”, ambas concedidas perpetuamente ou por um longo tempo), quer para garantia do pagamento de seus créditos (hipoteca com o direito de vender eventualmente a coisa, “pignus, hypoteca”). (JHERING, 1976, p. 55-6).

Como direito e como fato, o certo é que a posse é um instituto jurídico, porque gera direitos tutelados pela ordem legal. Entre esses efeitos, o que mais se realça é o direito de defesa em face de molestações por parte de terceiros. Isso significa que a posse tem vida autônoma e, portanto, merece a proteção do Estado que, no caso, se exerce pelos chamados interditos possessórios.

Mas, por ser um instituto jurídico gerador de direitos, a posse não dispensa qualificações que permitam avaliações no momento da postulação dos direitos em juízo. Desse modo, é válido mencionar, ao menos perfunctoriamente, que a posse tem uma classificação assaz extensa. Disso dão conta os compêndios em abundância. Mas ao presente trabalho interessa destacar apenas a *posse legítima*, explicitada por Roberto Ruggiero, como sendo aquela

[...] que seja contínua, não interrompida, pacífica, pública e não equívoca

[...]. Contínua a posse, quando o possuidor não tenha deixado nunca de manifestar com atos exteriores o seu ânimo de querer exercer sobre a coisa um direito, o que implica que não tenha cessado nunca o exercício do poder de fato [...]. Não interrompida é a posse quando, por obra de um terceiro, não tenha havido nem privação do gozo da coisa nem algum ato capaz de interromper a prescrição [...]. Pacífica é a posse não violenta (*nec vi*), isto é: aquela que se tenha adquirido e mantido sem qualquer violência, física ou mora [...]. Pública é a posse cuja aquisição e exercício não sejam ocultos (*nec clam*). É preciso que os atos de gozo tenham lugar de modo visível, de modo a mostrar a todos e especialmente àqueles a quem a posse se tirou, o ânimo do possuidor de querer sujeitar a coisa ao seu poder [...] e não equívoca é, finalmente, a posse em que nem o *animus rem sibi habendi*, nem a própria posse quanto ao seu objeto, tenham qualquer ambigüidade, isto é: em que não possam surgir dúvidas que a posse de fato sobre a coisa seja exercida por uma tolerância de outrem ou por razões de boa vizinhança e não com a intenção de fazer valer uma direito próprio, ou em que não possam surgir dúvidas sobre qual coisa ou sobre que direito recai a posse [...]. (RUGGIERO, 1958, p. 638-41).

Pacificando-se, portanto, o entendimento de que o exercício do direito real de uso de águas configura posse – embora não possa gerar o direito de propriedade, mesmo que o uso sejam por tempo prolongado, nunca superior a 35 anos – não há negar que a posse provém de justo título (a outorga) – e, por ser classificada com justa, legítima e de boa fé – imagina-se que a extinção desse direito, não pode ficar a mercê do outorgante, como preconiza a legislação vigente, sem o contraponto da indenização dos prejuízos daí decorrentes, inclusive em função da cláusula econômica que se insere na outorga. Mas esta é outra questão que será objeto de abordagem em capítulo próprio.

CAPÍTULO III A PROPRIEDADE PÚBLICA

1 Domínio público

A doutrina administrativista não é uniforme quanto à natureza do direito que as pessoas jurídicas públicas exercem sobre o domínio público e questiona se este é suscetível de direito propriedade por parte da Administração (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 36). A partir deste questionamento, indaga-se: o que é *domínio público*?

Tentando responder a essa indagação, Márcio Fernando Elias Rosa busca explicação na etimologia das palavras *domínio* e *bem*. Diz ele que o vocábulo *domínio* é derivado do latim *dominium*, e que significa o direito sobre a coisa (bem) que é detida por alguém, enquanto a palavra *bem*, também derivada do latim *bene*, corresponde a *res*, ou coisa, corpórea ou incorpórea, que tenha proprietário ou possuidor. Por isso, prefere a expressão *bens públicos*, a *domínio público* (ROSA, 2002, p. 139).

Adotando a terminologia *domínio público*, Celso Ribeiro Bastos justifica a existência do instituto:

Ninguém põe em dúvida a necessidade da existência de um domínio público, é dizer, da propriedade do Estado sobre determinados bens. Pode-se afirmar que a vida em comunidade seria mesmo impossível sem a presença de bens afetados ao cumprimento de finalidades de interesse coletivo. (BASTOS, 1994, p. 303).

E acrescenta:

A noção de domínio público e da compreensão da sua exata natureza é matéria que se tem prestado ao surgimento de várias teorias e grandes discussões. Elas resultam, em grande parte, do fato de o direito civil ter sido teorizado com precedência do direito administrativo. Por isso, a

conscientização da existência do domínio público fez gerar perplexidades quer por parte daqueles que se recusavam a ver aí qualquer sorte de direito de propriedade, uma vez que não se assemelhava propriamente à propriedade do direito civil, quer por aqueles que sustentavam ser o domínio público composto daqueles bens que, pela sua natureza, não podiam ser objeto de propriedade privada.

[...]

É certo, também, que o Estado não possui o uso, o gozo e a disposição nos moldes em que o particular desfruta dos seus bens. Mas isto não impede que se veja nessa relação um autêntico direito de propriedade. Isso fica tão evidente quando o Estado, por qualquer razão, desafeta determinado bem da utilidade pública e o transforma em bem patrimonial, o que vale dizer, em bem igual aos de particulares, alienando-o, inclusive, em moldes bastante semelhantes aos do direito privado. Isso não se explicaria se o Estado não fosse o seu proprietário. Portanto, o domínio público pode ser entendido como o conjunto de bens possuídos pelo Estado e afetado ao atingimento de finalidades coletivas e regido por um direito próprio, o direito administrativo. (BASTOS, 1994, p. 304-5)

Destarte, o conceito de *domínio público* não pode se dissociar da idéia de *bens públicos*, e não pode ser compreendido sem uma incursão nas noções do direito de propriedade. Dizer-se, portanto, que o *domínio público* é o *conjunto de bens possuídos pelo Estado* é admitir que há um *direito de propriedade* de que o Estado pode ser titular, densificando a *dominialidade pública*. Aliás, há quem sustente que a expressão *domínio público* tanto pode significar o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, como pode ser entendido como o conjunto de bens destinados ao uso público, como ainda pode designar o regime a que se subordina o complexo de coisas afetadas de interesse público (MEIRELLES, 1999, p. 457).

1.1 Bens públicos como objeto do domínio público

É cediço que a disciplina jurídica das *coisas públicas* se situa no campo do Direito Administrativo. Mas tal disciplinamento também encontra abrigo em várias passagens do Código Civil, estabelecendo-se uma convergência saudável, de modo a propiciar a desejada compreensão da complexa temática do *direito das coisas públicas*, que tem, nos *bens públicos*, o seu campo maior de abrangência.

Assim, o Código Civil Brasileiro tomou para si o mister de dar uma definição a *bens públicos*, fazendo-o assim: “Art. 99 – São públicos os bens do domínio nacional

pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Retira-se, da linguagem do Código, que o legislador embutiu, a um só tempo, na definição de *bens públicos*, as noções de *domínio* e de *propriedade*, admitindo, portanto, a existência autônoma dos dois institutos. Tanto é isso verdadeiro, que Hely Lopes Meirelles deu um conceito de *domínio público* como mais abrangente do que o de direito de *propriedade*, como se vê no seguinte trecho:

O *domínio público* em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.

Exterioriza-se, assim, o *domínio público* em poderes de Soberania e em direitos de propriedade. Aqueles se exercem sobre todas as coisas de interesse público, sob a forma de *domínio eminente*; estes só incidem sobre os bens pertencentes às entidades públicas, sob a forma de *domínio patrimonial*. (MEIRELLES, 1999, p. 457).

Segue-se que o *domínio público* se compõe não apenas dos *bens públicos*, como tais definidos no Código Civil, mas também de todas as coisas materiais e imateriais que possam servir ao interesse público, ainda que pertençam a particulares. Daí que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao realçar a abrangência dos bens que compõem o *domínio público*, com a inclusão de bens particulares afetados à prestação de um serviço público, chegou à conclusão de que a “noção de domínio público é mais extensa que a de *propriedade*, pois nele se incluem bens que não pertencem ao Poder Público” (MELLO, 2003, p. 779).

José Cretella Júnior, todavia, limita a abrangência das coisas públicas aos bens do Estado ou de órgãos administrativos, embora a serviço do bem comum, consoante a seguinte colocação:

Coisas públicas são os objetos do Estado ou de outro órgão administrativo, que se encontram diretamente a serviço dos fins da Administração, ou seja, adstritas a seu uso. Dentro das coisas públicas distinguem-se as que se destinam de maneira determinada ao serviço de todos – coisas públicas de uso comum – e os objetos de

que se utiliza a Administração para o cumprimento de seus fins – bens instrumentais do Estado. As coisas públicas, em seu conjunto, formam o domínio público, a *dominialidade pública*. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 10).

1.2 A classificação de bens públicos

A doutrina aponta diversos critérios para a classificação de bens públicos. Os principais, entre eles, são: o critério da *natureza*, o critério da *titularidade* e o critério da *destinação*.

O critério da *natureza* diz respeito ao seu próprio objeto. Assim, os bens são corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis e semoventes; fungíveis e infungíveis. Aos propósitos do estudo aqui desenvolvido, pode-se dizer, de logo, que as águas são classificadas como bens corpóreos imóveis, enquanto dormentes ou fluentes, conforme se examinará em capítulo próprio.

O critério da *titularidade* consiste em saber a quem pertencem os bens públicos. No sistema jurídico brasileiro, são titulares dos bens públicos a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como as autarquias e fundações públicas, aos quais cabe regular o uso dos bens que lhes pertencem, tanto os de uso comum do povo, como os de uso especial e os dominicais.

E o critério da *destinação* leva em conta a quem e a que se destinam os bens públicos.

O Código Civil Brasileiro classificou os bens públicos pelo critério da destinação, consoante o disposto no art. 99, assim expresso:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A propósito da inovação introduzida no parágrafo único ao artigo 99 da nova lei civil nacional, há que se esclarecer que a doutrina brasileira já reclamava essa extensão, considerando-se que muitos bens pertencentes às sociedades de economia mista ou empresas, muitas vezes são aplicados em fins de interesse público, e, no entanto, são pessoas jurídicas de direito privado, vale dizer, não são pessoas jurídicas de direito público. Mas a redação do referido parágrafo único não agradou ao administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 780), para quem:

A redação do dispositivo é grosseiramente errada, visto que [...] não há nem pode haver pessoa jurídica de direito público que tenha estrutura de direito privado, pois a estrutura destas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público ou de direito privado.

Ainda a respeito da inovação sob comentário, considera-se oportuno colacionar um registro feito pelo Deputado Ricardo Fiúza (2002, p. 108)³⁹, que, alicerçado em Maria Helena Diniz, relacionou uma série de exemplos dessa categoria de bens públicos dominicais, a saber: títulos de dívida pública; estradas de ferro, telégrafos, oficinas e fazendas do Estado; ilhas formadas entre mares territoriais ou rios navegáveis; terras devolutas (CF, arts. 225, § 5º, 188, § 1º e 2º; Dec.Lei n. 1.414/75; terrenos de marinha e acrescidos; mar territorial, terras ocupadas pelos índios, sítios arqueológicos e pré-históricos; bens vagos, bens perdidos pelos criminosos condenados por sentença proferida em processo judiciário federal; quedas-d'água, jazidas e minérios, arsenais com todo o material da marinha, exército e aviação; bens que foram do domínio da Coroa (Decs. Leis n.9.760/46, arts. 64 e s., 227/67, 318/67, 3.236/41 e Lei n. 2.004/53 revogada pela Lei n. 9.478/97, e os títulos de crédito e dinheiro arrecadado pelos tributos (Lei n. 4.320/64, arts. 6º, § 1º, 39, 105 e 112).

³⁹ O Deputado Ricardo Fiúza foi o Relator do Projeto-de-lei que se transformou no atual Código Civil Brasileiro

Para Diógenes Gasparini (1995, p. 473), a classificação tripartida é exaustiva. Os bens públicos são classificados apenas nas três categorias apontadas. Mas não se pode abstrair a informação dada por Mário Masagão (1977, p. 131), segundo a qual em outros países são adotadas classificações bipartidas, tripartidas e até quadripartidas, como, por exemplo, no direito italiano (Código Civil, art. 426) e no direito francês moderno que dividem os bens públicos em duas categorias: *domínio público* e *patrimoniais*. E, como exemplo de classificação quadripartida, invoca o direito norte-americano, que reconhece o *domínio nacional*, o *domínio público*, o *domínio ordinário* e o *domínio eminente*.

No direito brasileiro a classificação tripartida mereceu de José Cretella Júnior (1984, p. 11) a observação de que,

Embora os bens públicos formem um bloco maciço, são constituídos, na realidade, de matizes diversos que se apresentam com contornos específicos que os situam em dois extremos opostos – os de *uso comum* e os do *patrimônio privado*, passando por um termo médio – os de *uso especial* ou do *patrimônio indisponível*.

Consideram-se disponíveis os bens do patrimônio privado do Estado – vale dizer, das pessoas jurídicas de direito público interno. Portanto, são alienáveis. Já os bens de uso comum do povo e os de uso especial não são disponíveis e, por efeito, são inalienáveis.

De fato, as três categorias dos bens públicos contempladas no Código Civil Brasileiro contêm peculiaridades que se distinguem nitidamente uma da outra. Os bens de uso comum do povo não são os mesmos de uso especial, nem estes são os mesmos que se classificam como dominicais. Mas é preciso esclarecer que bens de uma categoria podem ser transformados em outra, como, *v.g.*, um bem de uso especial pode passar à categoria de bem dominical, uma vez desafetado. Outro exemplo é o das terras devolutas⁴⁰ – classificadas como bens dominicais – que, sendo consideradas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, se tornam indisponíveis, uma das características básicas dos bens afetados. Essa transmutação de uma categoria de bens para outra é o que a doutrina chama de *trespasse*, que sempre depende de lei ou de ato próprio do Poder Público. É o que, com sabedoria, observa Bandeira de Mello (2003, p. 781), a dizer que “[...] a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu *trespasse* para o uso especial ou sua conversão em bens

⁴⁰ Constituição Federal, art. 225, § 5º.

meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela”.

Cumpre lembrar que cada uma das categorias dos bens públicos obedece a um regime jurídico próprio, mas os bens dominicais têm uma característica que lhes é peculiar, a *disponibilidade*.

1.3 As características dos bens públicos.

De um modo geral, os bens públicos são marcados pelas seguintes características: a) *inalienabilidade*; b) *imprescritibilidade*; e c) *impenhorabilidade*.

A inalienabilidade é característica peculiar aos *bens de uso comum do povo* e aos *bens de uso especial*. Já os bens *dominicais* não são alcançados pela inalienabilidade, mas, ao contrário, a alienabilidade lhes é peculiar, em face da disponibilidade que neles se encerra. É bem verdade que essa é a regra, porquanto há situações em que também se aplica a inibição alienativa, como é o caso, por exemplo, das terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, conforme já lembrado linhas atrás.⁴¹ Por outro lado, é preciso consignar que a inalienabilidade caracterizadora de bens do domínio público não se mostra absoluta, conforme a ponderação de Odete Medauar assim feita:

[...] a inalienabilidade não se apresenta com caráter absoluto, pois se assim fosse paralisaria a Administração, sobretudo em se tratando de bens dominicais, como o dinheiro dos cofres públicos. Existe uma escala ou gradação da inalienabilidade, de tal forma que são mais rigorosos os preceitos relativos à alienação de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial do que os preceitos relativos a alguns tipos de bens dominicais (por exemplo: dinheiro, ações, títulos) [...]. (MEDAUAR, 2001, p. 289).

Semelhante opinião é manifestada por Mário Masagão, quando diz: “[...] se os bens dominicais fossem inalienáveis, o Estado ficaria imobilizado, e a administração pública parálitica, sem que pudesse fazer, sequer, o pagamento dos vencimentos dos funcionários públicos” (MASAGÃO, 1977, p. 138-9).

⁴¹ Constituição Federal, art. 225, § 5.

Os bens públicos inalienáveis são os que compõem o domínio público propriamente dito, enquanto os alienáveis formam o domínio privado da Administração. Os primeiros são marcados pela *indisponibilidade*, enquanto os segundos são *disponíveis*. Para Mário Masagão (1977, p. 139), “indisponíveis são bens *fnais*, isto é, que satisfazem diretamente determinada finalidade; e são disponíveis os bens instrumentais, isto é, os que podem proporcionar outros, através dos quais as necessidades se satisfazem”.

Os bens do domínio privado, como já foi dito, submetem-se às regras de direito privado, respeitadas certas limitações ditadas por normas de direito público em nome do interesse público e da segurança do próprio Estado. A circunstância de serem disponíveis os faz alienáveis e prescritíveis, e os coloca na linha da comercialidade, vale dizer, tornam-se *res in commercio*.

Destarte, a *indisponibilidade* dos bens do domínio público constitui o divisor de águas na identificação dos bens de domínio público e privado do Estado, posto que é dessa indisponibilidade que resultam os óbices da *inalienabilidade* e da *imprescritibilidade*.

Como é sabido, a disponibilidade é um dos atributos do domínio – o *jus disponendi*. Se o titular do domínio não pode dispor da coisa, o seu domínio não é pleno. Mas isso não significa que os demais atributos – o *jus utendi* e o *jus fruendi* – não subsistam como atributos inerentes ao domínio público, porquanto os bens públicos podem ser usados e fruídos tanto pelo Poder Público, como por particulares. Se assim não fosse, não existiriam bens de uso comum do povo e bens de uso especial.

A inalienabilidade de um bem público é explicada não apenas pela indisponibilidade, mas pela *afetação*⁴² do bem ao uso público, constituindo-se esta, portanto, o maior óbice à transferência do bem a terceiro. Por causa da afetação ao uso público ou a um fim de utilidade comum, é que os bens públicos são considerados inalienáveis. Mas essa inalienabilidade que incide sobre um determinado bem público é relativa, pois bastará que se promova a desafetação, para que o bem adquira a alienabilidade, e, por efeito, passa a ser *in commercio*. Ingressando o bem na linha da comercialidade, ganha a alienabilidade e, conseqüentemente, transmuda-se para a categoria

⁴² “Afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como a desafetação é sua retirada do referido destino”. (MELLO, 2003, p. 781).

de bem do domínio privado. Posta assim a questão, pode-se dizer que é a afetação do bem ao uso público ou a um fim de interesse comum que faz a diferença entre as duas categorias de bens públicos.

A *imprescritibilidade*, por outro lado, constitui a segunda característica diferenciadora entre bens públicos do domínio privado e bens do domínio público, posto que inibe a aquisição do bem pela posse continuada de terceiro. Em outras palavras, não podem ser objeto de usucapião.

Há quem sustente que a imprescritibilidade decorre da inalienabilidade, ao argumento de que esta inibe a aquisição do bem público por qualquer meio. Essa é a opinião de Cretella Júnior, escorado em Guimarães Menegale, consoante o seguinte excerto:

[...] a imprescritibilidade do domínio público, como conseqüência de sua inalienabilidade não é textual, sendo entendida por dedução, porque não podendo ser adquirida de nenhum modo as coisas que se acham fora do comércio, também não podem ser usucapidas. Funda-se a posse dos bens usucapidos em título legítimo. Ora, não se concebe título legítimo de posse em relação a bens inalienáveis, sendo lícito, pois, concluir: o que não é alienável não é objeto de prescrição aquisitiva; o que é direito privado não pode operar mudanças de sujeito de direito público. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 35).

Parece equivocada tal conclusão. A prescrição aquisitiva é meio originário de aquisição, posto que não deriva da vontade do transmitente, mas da inércia prolongada do proprietário, sem reclamar o bem possuído pelo usucapiente. A alienação pressupõe manifestação de vontade do transmitente. Se a prescrição aquisitiva dependesse da vontade do proprietário inerte, não haveria a modalidade de usucapião extraordinário, nem o usucapião agrário, que independem de justo título⁴³. Daí se segue que a imprescritibilidade dos bens públicos é uma característica autônoma, independente da inalienabilidade. Esta decorre da circunstância de o bem estar fora do comércio, o que inviabiliza – isto sim – a livre disposição, como, por exemplo, a hipoteca.

A *impenhorabilidade* consiste na impossibilidade legalmente estabelecida⁴⁴ de submissão (penhora) de bens públicos aos efeitos da execução contra a Fazenda Pública.

⁴³ Código Civil – arts. 1.238 e 1.239.

⁴⁴ Código de Processo Civil, art. 649-I.

Essa característica ressaí do próprio texto constitucional que disciplina o pagamento devido pelas pessoas jurídicas de direito público interno através de precatórios⁴⁵.

2. O direito de propriedade sobre bens públicos

Do conceito de *domínio público* retira-se a noção de *propriedade*, como direito do Poder Público sobre as coisas que compõem o *domínio público*. Essa noção de *pertencionalidade*, aliás, também está embutida no já transcrito art. 99 do Código Civil Brasileiro. Daí a oportunidade de se fazer, neste passo, uma incursão na tormentosa questão atinente ao *direito de propriedade* do Estado sobre os bens públicos.

A esse respeito, José Cretella Júnior (1984, p. 37) registra que

A quase totalidade dos autores do século anterior sustentou a tese de que a dominialidade pública nada tem de comum com a propriedade, parecendo a todos que este instituto – a propriedade privada – se revestia, necessariamente, de aspecto categórico da propriedade quirritária romana.

Aduz, o autor citado, que Ducrocq e Berthélemy sustentam a tese de que o “domínio público é formado por bens insuscetíveis de propriedade, visto que o Estado não é detentor do domínio público nem do *usus*, que pertence ao público, nem do *fructus*, que não existe, nem do *abusus*, sendo o domínio público inalienável” (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 38). Com esse raciocínio, a idéia de propriedade seria afastada. O papel da Administração estaria circunscrito apenas ao direito de guarda, de fiscalização, de tutela, de supervisão.

Nada obstante, há ponderáveis correntes doutrinárias que admitem a possibilidade de os bens públicos serem objeto do direito de propriedade pelo Poder Público, ao argumento de que a idéia de afetação ou de patrimônio-fim justifica a aceitação do referido direito. A afetação de um bem público autoriza a Administração a exercer os poderes inerentes ao domínio.

Escorado em Maurice Hauriou, Cretella Júnior (1984, p. 39-41) filiou-se à corrente favorável à admissão do direito de propriedade de bens públicos. Convenceu-se pela consistência dos argumentos do autor referenciado.⁴⁶

⁴⁵ Constituição Federal, art. 100 e respectivos parágrafos.

Realmente, os argumentos convencem. E, se não bastassem, as doutrinas alemã e italiana também se posicionam ao lado da mesma corrente. Com efeito, a doutrina alemã sustenta que “o conceito de *propriedade pública* é o próprio conceito de *propriedade privada* transposto para a esfera do direito público e modificado em suas conseqüências” (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 39).

A doutrina italiana, à sua vez, na voz de D`Alessio, ao reconhecer a existência de um direito de propriedade sobre bens públicos, pondera que:

[...] o conceito de propriedade está por assim dizer acima do direito público e do direito privado, mas se especifica, assumindo configuração diversa, conforme se trate do direito privado ou do direito público[...]Propriedade é *genus*, do qual as duas propriedades do direito privado e do direito público são *species*. E cada espécie, tendo embora uma estrutura comum, um substrato único (que é o vínculo que une as coisas ao sujeito com exclusão de outros direitos análogos que se referem a outros sujeitos), assume características próprias. Não é, pois, a propriedade pública uma modificação, uma adaptação da propriedade privada, mas caminha paralelamente a esta (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 40).

Assim, as propriedades privada e pública existem autonomamente; coexistem paralelamente. O que distingue uma propriedade pública da propriedade privada é que, enquanto nesta o domínio se compõe das faculdades de uso, gozo e disposição, naquela o que predomina como atributo é a finalidade. Entende-se, no entanto, que qualquer que seja essa finalidade, o domínio público pode sofrer os mesmos desdobramentos do domínio privado. A outorga de direitos de uso de águas, por exemplo, não se viabilizaria se não fosse o desdobramento de um dos seus atributos – o *jus utendi* – para o outorgado, posto que o uso dos recursos hídricos presta-se a uma finalidade. Mas há autores brasileiros que

⁴⁶ “Cabe, porém, a MAURICE HAURIOU o mérito de haver introduzido, na doutrina, a idéia de propriedade das pessoas jurídicas territoriais ou autárquicas, sobre seu domínio público. Segundo este autor, a teoria do domínio público é obra da doutrina, mas fundada nos textos do Código Civil. As dependências do domínio público são propriedades administrativas, afetadas formalmente à utilidade pública. Não aceitando a existência de um acervo de coisas *res nullius*, afetadas aos serviços públicos, sustenta HAURIOU que os bens públicos não podem ser objeto de “propriedade” dos particulares, visto que são afetados à dominialidade pública, mas podem ser objeto de propriedade subjetiva por parte das administrações públicas a cujos serviços estão afetados.

Em oposição radical à colocação de BERTHÉLEMY e à dos autores que, aceitando a teoria clássica, entendem o domínio público como uma congênere objetiva da *res nullius* sob a guarda e superintendência do Estado, escreve HAURIOU que a propriedade administrativa “não é uma propriedade latente e eventual, que desapareceria se a coisa cessasse de fazer parte do domínio público; trata-se, isto sim, de uma propriedade atual, dominial, visto que a ação de reivindicação que se lhe corresponde é dominial e imprescritível como a coisa”.

negam a possibilidade de aplicação do regime de propriedade privada aos bens do domínio público, como, v.g., Odete Medauar, com a colocação seguinte:

O regime da dominialidade pública não é equivalente ao da propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências. Para determinados efeitos, esse vínculo assemelha-se ao vínculo de propriedade [...] (MEDAUAR, 2001, p. 282)

Ora, se o Poder Público tem o dever de assegurar a continuidade e regularidade da destinação do bem e reagir a qualquer ingerência, pode até se valer dos interditos possessórios, como sugere Diógenes Gasparini (1995, p. 472):

Os bens públicos, embora prestigiados pelo regime de Direito Público, não dispensam, no que concerne à sua defesa, o abrigo dos instrumentos de que se utiliza o particular na defesa de seu patrimônio quando turbado ou esbulhado na posse. De sorte que, na defesa desses bens, o Poder Público competente pode valer-se de todos os remédios jurídicos (manutenção de posse, reintegração de posse, mandado de segurança) previstos no ordenamento. Ademais, se o bem objeto do esbulho for de uso comum ou de uso especial, cremos caber a retomada auto-executória da Administração Pública, sua proprietária, como já decidiu o Tribunal de Justiça de Brasília. (DJU, 9 mar. 1983).

Dessa forma, quando o legislador brasileiro fez inserir a regra segundo a qual “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”, não quis dizer outra coisa, senão que o Poder Público pode, sim, ser proprietário de bens. Essa é também a opinião de Diógenes Gasparini, para quem a referência expressa às pessoas jurídicas de direito público que se continha no art. 65 do Código Civil Brasileiro de 1916, conferia o direito de propriedade. Aliás, ele argumentava que não seriam apenas aquelas pessoas mencionadas no texto legal, mas também as autarquias e as fundações públicas. Essa colocação explica a inovação contida no parágrafo único do novo Código Civil, que será objeto de abordagem a seguir. (GASPARINI, 1995, p. 472).

É de se concluir, portanto, que as pessoas jurídicas públicas podem ser titulares do direito de propriedade sobre bens públicos, embora o domínio público se componha não apenas desses bens, mas também da propriedade privada, desde que estejam afetados a alguma finalidade de interesse público. Nesta hipótese, esses bens de particulares se

submetem ao mesmo regime jurídico aplicado aos bens da propriedade pública, conforme o entendimento esposado por Bandeira de Mello, para quem

[...] todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos[...] bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de *propriedade pública*. Logo têm que estar incluídos no conceito de bem público. (MELLO, 2003, p. 780).

Desse modo, se se admite o direito de propriedade de bens públicos em favor das pessoas jurídicas de direito público interno, também se há admitir a existência do domínio com a mesma concepção do domínio privado, com possibilidade de desdobramento das faculdades que lhe são inerentes. O que distingue o domínio público do domínio privado é apenas o regime que cada um adota. O domínio privado é regulado por normas de direito comum, enquanto o domínio público tem a sua regulação nas normas do Direito Administrativo.

É de sabença curial que os *bens de uso comum* não são, por sua própria natureza, suscetíveis de direito de propriedade. Não têm, a rigor, um proprietário definido individualmente, nem mesmo os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), embora sejam classificados como bens públicos. Na verdade, o ente público tem apenas a guarda e a gestão desses bens, subsumindo-se nele uma *titularidade*. O povo – e o próprio Estado – figuram como beneficiários desses bens. Qualquer ser humano, sem distinção entre brasileiros ou estrangeiros, tem acesso a esses bens. Em princípio, o usuário não está obrigado a pagar pela utilização de bens públicos, mas não está imune totalmente, pois há situações em que o Poder Público pode exigir retribuição, em forma de taxas, pedágios etc.

Coloca-se, neste passo – e mais uma vez – a questão do direito de propriedade de bens públicos, vale dizer, a natureza do direito exercido pela Administração sobre os bens do domínio público. Se há direito de propriedade sobre os bens públicos, os seus respectivos titulares têm legitimidade para exercerem o domínio que, como sabido, compreendem o direito de uso, de gozo e de disposição. Esses direitos, contudo, não podem ser exercidos ao bel-prazer da pessoa jurídica de direito público, na medida em que tais bens são marcados por características que lhes são peculiares, conforme já foi visto.

3 As águas no contexto classificatório dos bens públicos

Importa situar, no contexto da classificação dos bens públicos, os recursos hídricos, bem como a quem pertence a titularidade desses bens.

Não padece dúvida quanto a que as águas estão classificadas como *bens de uso comum do povo*. É de sabença curial que os *bens de uso comum* não são, por sua própria natureza, suscetíveis de direito de propriedade. Não têm, a rigor, um proprietário definido individualmente, nem mesmo os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), embora sejam classificados como bens públicos. Na verdade, o ente público tem apenas a guarda e a gestão desses bens, subsumindo-se nele uma *titularidade*. O povo – e o próprio Estado – figuram como beneficiários desses bens. Qualquer ser humano, sem distinção entre brasileiros ou estrangeiros, tem acesso a esses bens.

Os bens de uso comum, embora sejam, por sua própria natureza, inalienáveis, podem ser utilizados privativamente pelo particular, por diferentes formas e meios, que se submetem a regimes jurídicos específicos, dependendo dos fins a que se destinem. As águas, por exemplo, podem ser objeto de utilização pelo particular, mediante outorga do Poder Público competente, conforme será abordado em outro momento e em ponto deste trabalho. Mas cabe salientar, desde já, que os bens hídricos se submetem, hoje, no Brasil, a um regime jurídico especial, inspirado nas circunstâncias que recomendam mais do que a simples advertência de *não abusar*, uma rigorosa sistematização que reduz substancialmente o livre acesso, embora sejam bens classificados como bens públicos de uso comum.

Se é certo que os bens de uso comum têm como beneficiário o povo, e se também é certo que o acesso a esses bens reclama, em alguns casos, procedimentos tendentes à obtenção de mecanismos destinados à efetivação desse direito, há que se investigar, neste passo, a questão da *titularidade*. Quem é considerado titular desses bens? Para responder a essa indagação, faz-se mister não apenas decompor a alocação *bens* do domínio público e *de uso comum do povo*.

Com efeito, já foi dito em outra passagem, que *propriedade* e *domínio* não se confundem, têm conceitos distintos. A propriedade instrumentaliza o exercício do domínio,

enquanto este funcionaliza a propriedade. Aliás, o próprio Código Civil⁴⁷ separou os dois institutos, ao classificar como *públicos* os bens do *domínio* nacional e atribuindo a *propriedade* às pessoas jurídicas de direito público interno.

Cretella Júnior (1984, p. 299-300) entende que o vocábulo *domínio* utilizado na alocação *domínio público*, tem um sentido lato, “sendo o atributo ‘público’ designativo não de povo, mas de poder público, do Estado”. Também é o mesmo autor quem explica que a expressão *comum do povo* é “empregada para designar o primeiro tipo dos bens do domínio público; é denominação que, por si só, revela o destino, a utilização generalizada desta porção das coisas públicas”.

Conforme já foi analisado atrás, pelo critério da *natureza*, os bens públicos compreendem não apenas os bens corpóreos, mas também os incorpóreos, desde que sejam suscetíveis de valoração econômica. Nesse caso, até os créditos tributários – que se classificam como incorpóreos – estão incluídos na categoria de bens públicos quanto à natureza, ao lado dos bens corpóreos, que compreendem imóveis e móveis. As águas, evidentemente, estão incluídas na categoria de bens corpóreos. Mas, pelo critério da *titularidade*, a Constituição Federal vigente exclui os Municípios, enquanto entes da federação, conferindo a titularidade dominial sobre as águas apenas à União e aos Estados.

Esses dois critérios – quanto à *titularidade* e quanto à *natureza* – permitem trazer à discussão algumas questões de ordem prática, no que diz respeito a uso das águas. A primeira consiste em saber se as águas se consideram móveis ou imóveis. A segunda é a de saber se os aquedutos – que se consideram acessões artificiais, quase sempre feitas pelos proprietários dos terrenos em que se situam – têm o condão de retirar ou suspender a *dominialidade pública* das águas constitucionalmente atribuída à União e aos Estados, ou se se mantêm como domínios separados. Ainda nessa questão, procura-se saber se as águas que correm pelos aquedutos são consideradas móveis ou imóveis. Essas questões serão abordadas em outros pontos deste trabalho, dadas as sutilezas que encerram no contexto da dogmática jurídica, ainda mais quando constituem premissas básicas para as teses aqui sustentadas sobre a natureza jurídica da outorga de direitos de uso dos recursos hídricos.

⁴⁷ Art. 98 – “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno...”

Mas se faz oportuna uma abordagem sobre o enquadramento das águas no campo da *dominialidade pública*, visto como dela dependerá a melhor compreensão das teses aqui debatidas. Para tanto, impõe-se, de logo, a indagação: as águas são classificadas como bens de uso comum do povo?

Já se falou, alhures, que os bens públicos – quanto ao critério de constituição geográfica - estão repartidos em terrestres, *hídricos*, terrestres-hídricos e aéreos. Os bens que compõem o domínio hídrico são as águas públicas, que, à sua vez, se classificam em marítimas, fluviais, lacustres e, para alguns, pluviais e insulares.

Partindo-se da premissa de que as águas são classificadas como bens que compõem o *domínio público hídrico*, em princípio podem ser utilizadas tanto pelo Poder Público, como pelo particular. Pelo Poder Público podem ser utilizadas livremente, por seus agentes, independentemente de quaisquer formalidades, seja para fins especiais, seja para os mesmos fins do uso particular. Qualquer pessoa do povo também pode se utilizar das águas.

Destarte, se as águas podem ser utilizadas por qualquer pessoa – e não apenas pela Administração Pública para diferentes fins de interesse privado ou coletivo –, classificam-se na categoria de bens públicos de uso comum do povo. Tal uso pode ser para beber, lavar, navegar, pescar, transportar, etc. O particular, porém, pode utilizá-las privativamente, mas depende da anuência formal do Poder Público, que tem a titularidade dominial. Essa anuência há de ser instrumentalizada e, no caso de recursos hídricos, o instrumento é a outorga de direitos de uso, que ocupará espaço próprio no presente trabalho.

O que se coloca em discussão, nesta passagem, não é o instrumento apropriado para a outorga, mas o regime jurídico da dominialidade, tendo em vista a proteção que, na atual conjuntura, merecem esses recursos naturais limitados. Esse regime é caracterizado por uma série de prerrogativas e sujeições que diferem bastante do regime jurídico da propriedade privada.

Tornou-se consensual na doutrina o entendimento de que os bens de uso comum e os de uso especial – que, juntamente com os bens dominicais, integram o *patrimônio administrativo* – participam da atividade administrativa do Estado, uns com maior e outros com menor intensidade, dependendo das finalidades da utilização. O Estado

tem, portanto, o direito de uso dos bens públicos de uso comum, tanto quanto sobre os bens de uso especial e dominicais, ao seu livre alvedrio. Ao particular, no entanto, não se aplica o mesmo regime jurídico, mas a um regime especial dependendo da destinação. Esse é o ponto comum a todas as hipóteses de utilização dos bens públicos por particulares. O uso há de ser compatibilizado com a destinação a ser dada ao bem.

Submetido, portanto, a um regime especial, o particular há que preencher os requisitos exigidos pelo Poder Público. O que se indaga é se o particular que atende a todos os requisitos exigidos tem assegurado um *direito subjetivo público* de utilizar os bens do domínio público. Cretella Júnior (1984, p. 53) entende que sim, admitindo até mesmo a busca da realização desse direito junto ao Poder Judiciário. É o que se lê no seguinte excerto, *verbis*:

[...] todo cidadão que preencher os requisitos exigidos pelo Estado é investido no direito subjetivo público de utilizar os bens públicos dos três tipos – uso comum, uso especial e dominical –, desde que a utilização seja compatível com a destinação do bem, tendo o particular o direito de recorrer ao Poder Judiciário, caso seja impedido do exercício de seu direito.

Na hipótese de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos parece operar-se um embate entre o direito individual do outorgado – proprietário ou possuidor do imóvel onde estão depositadas ou por onde transitam as águas – e os interesses transindividuais, em face dos quais o Estado tem o controle sobre tais recursos naturais. Tem-se, aí, um aparente confronto de interesses, cujo desfecho há de ser encontrado na correta compreensão do conceito de *função social da propriedade*, que já foi objeto de abordagem em outra passagem. Viu-se, na oportunidade, que o cumprimento da função social interessa mais aos não-proprietários do que aos proprietários, vez que estes cumprem uma obrigação de natureza constitucional, para garantirem o direito de propriedade. Não cumprindo a função social, o imóvel sujeita-se à desapropriação, conforme preconizado no art. 184 da Constituição Federal. Acontece, todavia, que, para fazer o imóvel cumprir a função social, o proprietário há de desenvolver atividades agrárias – por si ou por outrem a quem ceda o uso e o gozo do prédio (arrendatário, v.g.) –, e tais atividades se tornam impossível sem a utilização de águas em quantidade suficiente.

É nesse ponto que o embate entre os interesses individual e transindividuais se opera. De um lado, o proprietário do imóvel interessado em assegurar o seu direito

individual à propriedade – que está condicionado ao cumprimento da função social – e, do outro, interesse transindividual difuso que o Estado é obrigado a proteger. Sabe-se que os interesses difusos se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos, e é essa indeterminação subjetiva de titulares que justifica a papel do Estado na defesa desses direitos.

Ocorre que, ao proteger os interesses difusos, o Estado não pode desguarnecer o proprietário individual de proteção, como contrapartida da obrigação imposta àquele, sob pena de não ter a garantia da propriedade e submetê-la ao cutelo da desapropriação para fins de reforma agrária, de caráter sabidamente penalizador, uma vez que a indenização é paga através de títulos de dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, indenizando-se somente as benfeitorias úteis e necessárias em dinheiro.

Como resolver o aparente confronto é uma indagação para a qual não há uma resposta pronta. José Luís de Moraes acha que os dois interesses não de conviver, consoante o seguinte excerto, *verbis*:

O garantismo da propriedade privada (arts. 5º., XXII; 170, II) bastião intransponível do modelo liberal-capitalista, não resta incólume. O asseguramento deste tradicional e característico direito individual sofre o influxo de um típico interesse transindividual difuso, qual seja, a função social (art. 5º., XXIII; 70,III). Não há, portanto, que se falar em propriedade apenas como um direito individual formalizado cartorialmente através do registro imobiliário. A propriedade passa a ser qualificada por sua função. Para ser proprietário não basta ser titular exclusivo da posse de um bem, representada por um título formal, mas é preciso completá-lo com a observância de um interesse titularizado por todos e por ninguém, ou seja, um interesse transindividual difuso.

Este parece ser, dentre os direitos tradicionais, aquele que mais facilmente explicita a convivência entre individual e transindividual que caracteriza a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Ao lado dele, entretanto, um grande número de situações reforça esta evidência. Muitas destas estão ligadas intimamente àquele que é, sem dúvida alguma, o mais expressivo dos interesses transindividuais difusos: o meio ambiente e sua proteção. (MORAIS, 1996, p. 177).

Nessa linha de raciocínio, a outorga de direitos de uso de recursos hídricos destinados a atividades agrárias empreendidas pelo proprietário em imóvel rural, por conta da obrigação que lhe impõe a ordem jurídica constitucional, também há de embutir um teor de convencionalidade que reduz a discricionariedade do agente público que a defere. É

esse caráter convencional que justifica a tese aqui desenvolvida, quanto à natureza contratual da outorga.

Destarte, o poder de suspensão da outorga conferido ao agente público, nas hipóteses previstas no art. 15 da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997 – ao menos para a hipótese conjecturada – não pode ser um ato marcado pela discricionariedade, mesmo no caso de necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, como previsto no inc. V do preceito legal acima referenciado, porquanto o próprio dispositivo mencionado recomenda a busca de fontes alternativas.

Não se defende aqui a idéia de que o interesse individual do outorgado se sobrepõe aos interesses transindividuais difusos, mas se advoga o entendimento de que o direito de uso dos recursos hídricos conferido na outorga também reúne consistência transindividual, uma vez que se destina ao implemento de atividades destinadas ao cumprimento da função social da propriedade. Aliás – e bem a propósito – Ricardo Petrella sustenta o teor político, econômico e social do acesso à água, ao asseverar que “o acesso básico deve ser reconhecido como um direito político, econômico e social fundamental e inalienável, que é ao mesmo tempo individual e coletivo”. (PETRELLA, 2002, p. 132).

Importa assinalar, ademais, que, além dos estudos prévios das prioridades de uso que compõem os Planos de Recursos Hídricos, o regime de outorga tem por objetivos não apenas assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos de água, mas também o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. O proprietário de um imóvel tem o direito de acesso à água necessária ao implemento de suas atividades produtivas que, à sua vez, se destinam ao cumprimento da função social, condição inafastável para a garantia do seu direito.

CAPÍTULO IV DOS ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1 Teorização

Alguns doutrinadores, como Paulo Torminn Borges (1995, p. 14), advertem sobre os cuidados que se deve ter quando se quer definir um determinado instituto jurídico, para que não se caia na vala comum do casuísmo. Ao exame do tema proposto neste trabalho, faz-se necessário conceituar o *ato administrativo*, e não apenas isso, mas também perscrutar-lhe os requisitos, critérios de validade, atributos, classificação e outras peculiaridades, para que se tenha uma visão mais nítida do instituto, e, à luz dessa compreensão, absorver o real sentido da *vinculação* e *discricionariedade* dos atos administrativos ambientais.

2 Conceituação

Não será temerário afirmar que todos os autores de Direito Administrativo (se não todos, a sua grande maioria) não dispensam, em suas abordagens, uma noção conceitual do ato administrativo, como espécie do gênero *ato jurídico*. Entre os autores brasileiros, Hely Lopes Meirelles, por exemplo, – de citação quase obrigatória em textos dessa rama da ciência jurídica –, identifica o ato administrativo como ato jurídico, e o define, assim: “[...] é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, 1999, p. 132).

O autor esclarece, no entanto, que esse conceito é restrito ao ato administrativo unilateral, que é o ato administrativo típico, ou seja, aquele que se forma com a vontade única da Administração. Os atos bilaterais são os contratos administrativos.

Também identificando o ato administrativo como espécie do gênero *ato jurídico*, mas sem dispensar a importância do elemento *vontade* na sua constituição, Odete Medauar o concebe como sendo

[...] um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade (MEDAUER, 2001, p. 159).

De forma mais ampla – e procurando abrigar atos concretos e abstratos, mas sem abarcar os contratos administrativos –, Diógenes Gasparini oferta o seguinte conceito ao ato administrativo:

[...] é toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário (GASPARINI, 1995, p. 62).

3 Requisitos e atributos

Qualquer que seja o conceito analisado, há um aspecto comum que não se pode abstrair, qual seja o de que o ato emana da Administração Pública, vale dizer, de um agente público, com o fito de produzir um dado efeito jurídico de interesse público. Isso significa que todo ato administrativo reclama a presença de certos requisitos que o enformam, que será analisado no tópico seguinte.

De um modo geral, são apontados como requisitos, elementos ou pressupostos do ato administrativo: a *competência*, a *finalidade*, a *forma*, o *motivo*, o *objeto* e a *causa*. Mas os doutrinadores analisam esses componentes do ato administrativo muitas vezes confundindo um com outro, de modo que não há uma classificação rígida dos elementos estruturais dessa modalidade de ato jurídico.

A *competência* consubstancia-se na outorga de poderes que a lei confere ao agente público para o exercício de suas funções. Faltando esse requisito, o ato afigura-se nulo. É um requisito de fundamental importância para a análise da *vinculação* e da *discricionariedade* do ato, nesta mais do que naquela.

Para Odete Medauar (2001, p. 160), esse requisito está incorporado no agente público, daí considerar o *agente competente* “o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos”. Para a autora, todos os atos administrativos somente são válidos se o agente público dispuser do poder legal para a sua prática. É a norma legal que delimita a competência do agente. Por ser de ordem pública, essa competência é, em princípio, intransferível e improrrogável, admitindo-se a *delegação* e a *avocação* somente em situações especialíssimas previstas em lei. Em tal caso, é o agente público que transfere a atribuição a outros agentes ou chama, para si, atribuições de outro agente. A competência é, assim, um requisito indispensável em todos os atos administrativos, independentemente de serem vinculados ou discricionários.

A *finalidade* do ato administrativo, à sua vez, é o interesse público, o interesse da coletividade. Inexiste ato administrativo que não tenha por fim um interesse tutelado no ordenamento jurídico. Há quem confunda a finalidade com o próprio *objeto* do ato administrativo, ou, como querem alguns doutrinadores, com o *conteúdo*, posto que este, na opinião de Diógenes Gasparini (1995, p. 67), “é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina”. A *outorga de direito de uso dos recursos hídricos* é um exemplo típico de finalidade, ou de conteúdo do ato administrativo. Se se considerar como objeto, este há de ser lícito, possível e revestido de princípios éticos.

A *forma*, a seu tempo, é a exteriorização do ato, o modo como se apresenta, revelando a sua existência. É pela forma que o agente público manifesta a sua vontade. A forma escrita é a usual, mas existem atos que se expressam por meios orais, pictóricos, eletromecânicos e até mímicos. Dessas modalidades de formas citam-se as ordens dadas a um servidor (verbais, orais), as placas de sinalização de trânsito (pictóricos), os semáforos (eletromecânicos) e os gestos de policiais orientando o tráfego (mímicos). No contexto dos atos administrativos ambientais, pode-se incluir como exemplo de forma pictórica as placas proibitivas de desmatamento de florestas de preservação. A forma escrita, todavia, interessa mais de perto ao presente trabalho, na medida em que se vai examinar,

nuclearmente, a questão da discricionariedade e vinculação nos atos concernentes ao uso dos recursos hídricos.

O motivo – também apontado como requisito do ato administrativo –, consubstancia-se na circunstância fática. Confunde-se com a causa e relaciona-se com a própria finalidade do ato, à qual deve adequar-se, logicamente. Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Gasparini (1995, p. 68), vê, no requisito da *causa*, essa ligação com a finalidade, quando afirma que “através da causa, vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”.

É considerado *perfeito* o ato administrativo que preenche todos os requisitos. É o ato que existe, portanto. Segundo Diógenes Gasparini (1995, p. 69), não se confunde com *ato jurídico perfeito* referenciado no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, sob o argumento de que “este é o ato consumado, ou o que já constituiu uma relação jurídica” [...], enquanto o *ato administrativo perfeito* é o ato pronto, terminado, acabado. Daí dizer-se *imperfeito* o ato administrativo inacabado, como, v.g., o ato a que falte a assinatura do agente público.

A *validade* do ato administrativo relaciona-se com a sua adequação ao que determina a lei na sua formação. Por via de consequência, inválido é o ato que desatende à ordem jurídica.

A *eficácia* do ato administrativo configura-se quando o ato produz os efeitos para os quais foi efetivado. Se depender de um evento futuro, como, por exemplo, de uma *condição* ou de um *termo*, o ato se considera ineficaz, porque não produz efeitos. Exemplo típico de ineficácia é a submissão da outorga para captação de corpo d’água por pivô central, ao financiamento para a aquisição do equipamento junto a uma instituição financeira.

Há quem vincule a *eficácia* do ato administrativo à sua *vigência*. É o que opina Odete Medauar (2001, p. 165), para quem a vigência designa o período em que o ato deve durar, “[...] desde o momento em que passa a existir no mundo jurídico até o instante em que desaparece, ao ser desfeito por outro ato ou por ter completado o tempo de duração que recebeu ao ser editado”. Diferente é a opinião de Diógenes Gasparini, ao afirmar que

eficácia e *vigência* não se confundem. Enquanto a *vigência* expressa o período de permanência do ato no ordenamento jurídico, a *eficácia* é a prontidão para produzir efeitos.

São atributos do ato administrativo a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade*, a *exigibilidade* e a *auto-executoriedade*.

A *presunção de legitimidade* é um atributo que está intimamente ligado à legalidade do ato, na medida em que a Administração Pública somente pode agir de conformidade com a lei. Realizado de acordo com a ordem jurídica, presume-se legítimo o ato. Mas essa presunção não é absoluta, porque pode ser contestada em juízo ou perante a própria Administração. Sendo assim, a presunção é *relativa*.

A *imperatividade* é um atributo do ato administrativo que se exprime pela observância obrigatória perante os seus destinatários. Embora seja admitido como qualidade do ato administrativo, há quem negue a sua existência em atos que outorguem direitos, tais como a licença, a autorização e a permissão.

A *exigibilidade* é também uma qualidade embutida nos atos administrativos, e consiste na sujeição do destinatário ao cumprimento de obrigações nele impostas, independentemente de ordem judicial. O Poder Público pode exigir que o administrado a quem se destina o ato cumpra o que nele se contém. Exemplo disso é a cobrança de emolumentos para que o ato opere os efeitos desejados.

A *auto-executoriedade* consubstancia-se na operação pela qual a Administração Pública, com seus próprios meios, coloca o ato em prática, sem necessidade de interferência de qualquer outra autoridade. É um atributo que se justifica pela necessidade de realização do interesse público o mais prontamente possível. Cita-se, como exemplo, a reposição imediata das águas públicas, bem como do seu leito e margens ocupadas por particulares ao seu estado anterior, prevista no art. 58 do Código de Águas.

Nem todo ato administrativo, porém, é dotado desse atributo, porque às vezes depende de outro Poder e de outra autoridade pública. É o que sucede, por exemplo, com a desapropriação para fins de reforma agrária. Somente o decreto do Presidente da República, declarando de interesse social, para aquele fim, um determinado imóvel rural, não é auto-executável, porque depende de outras providências que se realizam no âmbito

do Poder Judiciário, através da ação de desapropriação, que há de ser proposta no prazo de dois anos (LC nº 76, de 06 de julho de 1993, art. 3º).

4 Classificação

A doutrina administrativista oferece diversas classificações do ato administrativo. Para esse mister, são utilizados alguns critérios de agrupamentos. Celso Antonio Bandeira de Mello, lembrado por Diógenes Gasparini (1995, p. 75), adota os seguintes critérios: a) quanto à natureza da atividade administrativa; b) quanto à natureza do conteúdo; c) quanto aos destinatários do ato; d) quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir; e) quanto aos seus efeitos; f) quanto à abrangência dos efeitos; g) quanto à composição da vontade; e h) quanto à vontade administrativa.

Ao presente estudo, interessa examinar o critério do *grau de liberdade da Administração Pública para decidir*, de que resulta a classificação dos atos administrativos em *vinculados e discricionários*.

Para analisar os poderes conferidos à Administração Pública para o desempenho de suas variadas atividades, com o fito de atender ao interesse da coletividade, faz-se necessária uma incursão nos *poderes* que são conferidos ao agente público com os quais exerce as mais variadas atividades.

Como ensina Odete Medauar (2001, p. 123), “poder significa capacidade geral de agir”. Na relação Administração Pública e particulares, o poder daquela sobre estes se evidencia de forma marcante, na medida em que interfere na vida do administrado, impondo-lhe ônus, encargos, sanções e restrições de direitos, embora sob a égide da lei aplicável a cada caso concreto. Por isso mesmo, há quem prefira utilizar-se do termo *império*, no sentido de que a Administração Pública detém a prerrogativa de emitir comandos. Outros falam em *autoridade*, significando o poder dotado de legitimidade. Não raro também se vê a expressão *poder-dever*, empregada no sentido de associar o dever ao poder da Administração no exercício de suas atribuições. Nesse contexto, aflora a idéia de *função*, terminologia que parece mais afeiçoada ao terreno do Direito Administrativo, porquanto o vocábulo pode ser utilizado sob vários sentidos. Tanto pode referir-se à atribuição ou à competência de um determinado órgão, como pode ser usada para explicar

o fim a que se destina a atividade do órgão público. São exemplos de funções a fiscalização de certa atividade desenvolvida pelos particulares, a imposição de penalidades por descumprimento de regras impostas na expedição do ato, como, v.g., a suspensão do direito de uso de captação de águas nos mananciais, através de pivôs.

Apontam-se vários *poderes administrativos*, cada um com dimensões próprias, dependendo dos fins a que se destinam os atos administrativos. Avultam, entre esses poderes, os chamados *poder vinculado* e *poder discricionário*, que são vistos como institutos contrapostos, embora ambos tenham fundamento na lei.

O *poder vinculado* manifesta-se quando o agente público toma decisões nos limites estreitos impostos na regra jurídica. Não há como fugir dessa limitação, daí dizer-se que o administrador público age em função da *reserva legal absoluta*, terminologia inventada pela doutrina, para explicar o vínculo máximo da juridicidade. No poder vinculado, o servidor público não tem qualquer margem de liberdade de ação. Para exemplificar, cita-se a aposentadoria compulsória preconizada na Constituição Federal (art. 40, inc. II).

O *poder discricionário*, por seu turno, é entendido como a faculdade que tem o agente público de escolher uma entre outras alternativas que se oferecem em determinadas situações em que é chamado a decidir.

Para Odete Medauar (2001, p. 126), “no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, tornando-se insustentável a posição doutrinária defensora da tese de contraposição entre esses poderes.”

A Administração Pública é munida de diversos poderes para o desempenho de seu mister. Esses poderes diferem dos *poderes políticos*, porquanto estes se preocupam com a estrutura e organização do Estado. Os *poderes administrativos*, ao contrário, preocupam-se com a Administração e se colocam como instrumentos dos agentes públicos para atender ao interesses coletivos, cujas demandas se apresentam sob formas as mais variadas. Por isso, são também chamados *poderes instrumentais*.

No contexto diversificado das demandas coletivas, os poderes da Administração são concebidos por diversos critérios, que levam em conta a natureza da

atividade administrativa, a natureza do conteúdo do ato administrativo, o destinatário do ato, o grau de liberdade de decisão do agente público, os efeitos buscados com a expedição do ato e sua respectiva abrangência, e outros tantos.

Interessa ao presente estudo o *critério do grau de liberdade de decisão do agente público*, também denominado *critério da margem de escolha*. Por esse critério, concebem-se os poderes *vinculados* e *discricionários*, que são inerentes à Administração de todos os entes estatais de conformidade com as suas respectivas competências institucionais. A outorga de direitos de uso de águas absorve esses dois poderes, a um só tempo.

O *poder vinculado*, também chamado *regrado*, caracteriza-se pela limitação da ação do agente público aos ditames restritos da lei, sem liberdade de escolha na prática do ato de sua competência. O princípio da legalidade impõe-se com maior carga imperativa nos atos vinculados, devendo ser observado o texto normativo em todos os seus aspectos, sem titubeios ou arranjos, sob pena de invalidar o ato. Tais aspectos compreendem a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, sem prejuízo de outros que a própria lei vier a estabelecer. A propósito, é sempre lembrado um acórdão do Supremo Tribunal Federal com a seguinte ementa, *verbis*:

A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.⁴⁸

O *poder discricionário*, a seu tempo, caracteriza-se pela liberdade de ação do agente público, por isso que Hely Lopes Meirelles o define como "o direito concedido à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".

Os doutrinadores têm uma preocupação comum no sentido de afastar a costumeira confusão que se faz em associar a discricionariedade ao arbítrio da autoridade pública. Na verdade, uma coisa não se confunde com a outra, até porque a *arbitrariedade* não é apanágio da legalidade, mas ao contrário, dela se distancia, porque contamina o ato.

⁴⁸ STF, RDA 42/227. No mesmo sentido: RT 206/114 e 254/247.

O ato arbitrário não se coaduna com os princípios que devem presidir a ação da Administração Pública, por isso é repellido.

Insta esclarecer que a faculdade discricionária é considerada relativa e parcial, na medida em que os atos discricionários também se submetem à fiel observância da lei quanto à *competência*, à *forma* e à *finalidade* do ato, como nos atos vinculados. Diferencia-se destes apenas quanto à liberdade de escolha entre alternativas postas no próprio texto da lei. É válido lembrar, aqui, a feliz observação feita por Meirelles (1999, p. 103), baseado em Seabra Fagundes, segundo o qual “a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, como sujeição a ela”.

O *poder discricionário* é explicado pela impossibilidade de se preverem, na lei, todas as situações fáticas em que a Administração Pública é chamada a dizer, visando ao atendimento de sua finalidade precípua, que é o interesse público. Só administrador pode avaliar a oportunidade e a conveniência da realização de certos atos, em face da realidade vivenciada. E, nesse mister, vale-se da liberdade de escolha entre as opções estabelecidas pela própria lei.

Ainda na abordagem dos poderes administrativos – guardando coência com o que aqui se estuda –, não se pode ladear o *poder de polícia administrativa* que, embora não se confunda com o *poder discricionário*, com ele se relaciona intimamente. Trata-se de um poder exercido pela Administração Pública em todas as suas atividades, em qualquer esfera da Federação, por isso que, muitas vezes, pode ser invocado concorrentemente.

O *poder de polícia* é definido como “a faculdade conferida à Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. (MEIRELLES, 1999, p. 115).

O *fundamento* do poder de polícia reside na supremacia geral do Estado sobre todas as pessoas, bens e atividades, de conformidade com os ditames constitucionais e legais, calcados em princípios de ordem pública. Bem por isso, diz-se que essa categoria de polícia se distingue da *polícia judiciária* e da *polícia de manutenção da ordem pública*, que incide somente sobre as pessoas, cuja atuação é exercitada por órgãos específicos e definidos em lei. Sabe-se que, no ordenamento jurídico vigente, a partir da própria Constituição Federal, são inúmeras as restrições impostas às pessoas e aos seus direitos, de

sorte que o Estado somente pode fazer valer a supremacia de que é dotado, se instrumentalizar a Administração Pública com poderes suficientes para o seu mister de bem servir ao interesse público, e, entre esses poderes, o de polícia. Ao presente estudo vai interessar uma incursão mais aprofundada nas leis que disciplinam o uso dos recursos hídricos, onde se verá que o poder de polícia ganha especial destaque.

Cumprido assinalar que a principal finalidade do poder de polícia é a de proteger o interesse público, que é também a finalidade do ato administrativo, como já demonstrado em outra passagem deste trabalho. Onde houver o interesse público a tutelar, impõe-se o poder de polícia. Por exemplo, sem esse poder, os órgãos ambientais não poderiam suspender a utilização de pivôs nas atividades de lavoura irrigada, sem a necessária outorga, ou mesmo interromper a concessão de outorgas já concedidas.

De singular importância é a classificação da *polícia administrativa em geral e especial*, porque, enquanto aquela se preocupa com a segurança, a salubridade e a moralidade públicas, esta cuida de setores específicos da atividade humana. Pode-se incluir nesta última categoria a polícia administrativa concernente ao *uso das águas*, que é o núcleo da presente pesquisa.

Outra classificação interessante é a que distingue o poder de polícia *originário* do poder de polícia *delegado*. O primeiro surge com o próprio ente que o exerce, enquanto o segundo emerge de uma transferência legal. Essa transferência do poder de polícia não é viável em todos os atos, como, v.g., acontece no ato administrativo de impor taxas, uma vez que o poder de tributar é intransferível. Essa classificação tem pertinência para o presente estudo, porque, como será visto em outro capítulo, os atos administrativos ambientais, notadamente os concernentes aos recursos hídricos, podem admitir as duas categorias sob exame.

Como foi dito atrás, o poder de polícia não se confunde com o poder discricionário, mas com ele guarda afinidades marcantes. Aliás, a doutrina admite que um dos *atributos* do poder de polícia é a discricionariedade, que também se traduz na livre escolha da Administração sobre a oportunidade e conveniência de exercê-lo. A discricionariedade do poder de polícia reside justamente na liberdade legal conferida ao agente público quanto à valoração das atividades vigiadas, regulando-lhes as sanções aplicáveis aos infratores.

Cumpra observar, porém, que nem todo ato de polícia é discricionário. Pode acontecer que a lei preconize o modo e a forma de realização do ato, não podendo o agente ultrapassar os limites das exigências. Nesse caso, diz-se que o ato de polícia é vinculado.

Sem o propósito de exaurir a abordagem, cumpre mencionar que o poder de polícia ainda tem os atributos de *auto-executoriedade* e de *coercibilidade*. O primeiro é explicado como sendo a faculdade de a Administração Pública decidir e executar diretamente a sua decisão, valendo-se dos seus próprios meios e instrumentos, sem necessidade de se socorrer de outro Poder constituído. Não teria mesmo sentido a Administração Pública ser compelida a buscar, em todas as situações, inclusive de urgência, o respaldo do Poder Judiciário para agir em benefício da coletividade. É evidente que há casos em que o atributo da *auto-executoriedade* é afastado, como, por exemplo, a execução de multas aplicadas na esfera administrativa, quando a pessoa penalizada não quer cumprir a obrigação espontaneamente. Nessa hipótese, impõe-se a via judicial.

Outro atributo também significativo ao poder de polícia é a *coercibilidade*. Consubstancia-se na imposição de medidas coativas, pela Administração Pública, sem que o destinatário possa escapar ao seu caráter imperativo, o que pode justificar até mesmo o emprego de força policial de segurança. Diz-se até que não há ato de polícia facultativo para o particular. Isso não significa, porém, que o agente público extrapole os limites de sua atuação, em nome do poder de polícia, e legalize a violência, com atitudes desproporcionais à resistência, porque seria abuso de autoridade suscetível de nulidade e gerador da obrigação de reparar eventuais danos.

5 Outras categorias

Embora os doutrinadores administrativistas não tenham um critério comum para classificar os atos administrativos, parece haver consenso quanto às seguintes categorias, a saber: *ordinatórios*, *negociais*, *enunciativos* e *punitivos*.

Os atos administrativos *normativos* consideram-se os que traduzem um comando destinado à correta aplicação da lei, tanto pela Administração Pública, como pelos administrados. Têm por objetivo precípuo explicitar a norma legal a ser cumprida, abstratamente colocada, contendo o mesmo teor normativo. Tais atos se expressam através

de decreto, regimentos, resoluções etc. Não se consideram leis, no sentido formal, mas no sentido material, porque são provimentos baixados pelo Poder Executivo, embora possam produzir efeitos concretos quando aplicados em situações individualizadas.

Os atos *ordinatórios*, a seu tempo, têm por escopo disciplinar o funcionamento da Administração, bem como o comportamento funcional dos seus respectivos agentes. Prestam-se como instrumentos de orientação aos servidores públicos, visando a que desempenhem a contento as suas atribuições. Trazem, em seu bojo, uma carga valorativa hierárquica ditada dentro dos limites da competência de cada agente público. Vale dizer, os atos ordinatórios são baixados de acordo com uma hierarquia funcional. Nessa categoria, compreendem as portarias, instruções normativas, circulares, avisos, ordens de serviço, ofícios etc.

Os *atos negociais* constituem uma categoria de singular importância para o presente estudo, na medida em que dizem respeito aos atos que têm raízes na emanção da vontade do administrador, coincidente com a pretensão do particular.

6 Atos administrativos negociais

Os atos administrativos negociais são assim definidos por Hely Lopes Meirelles (1999, p. 170):

Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público.

São espécies de negócios jurídicos que se realizam na esfera da Administração Pública, por isso é que são denominados pela doutrina como *atos administrativos negociais*. Ordinariamente são *unilaterais*, porquanto a vontade é manifestada somente pela Administração Pública. Mas quando o negócio jurídico decorre de contratos administrativos, consideram-se *bilaterais*, porque se aperfeiçoam com a emissão de vontades recíprocas da Administração e do particular, ou mesmo entre próprios entes administrativos públicos, na forma de convênios. Nesse aspecto, as noções ora desenvolvidas não destoam da orientação doutrinária adotada no Direito Privado. De

qualquer forma, em ambas as hipóteses, são as declarações de vontade emitidas pela autoridade administrativa, destinadas a produzir efeitos específicos e individuais, que caracterizam os atos administrativos negociais.

Os atos administrativos negociais unilaterais geralmente se exteriorizam através de alvarás, termos ou meros despachos proferidos pela autoridade competente, no bojo de um processo, atendendo a pleitos do particular interessado, fixando os condicionamentos de sua fruição. Daí dizer-se que esses atos podem ser *vinculados* ou *discricionários*, *definitivos* ou *precários*. *Vinculados*, quando limitados aos requisitos previstos na lei; *discricionário*, quando a emissão da vontade do agente público puder ser feita ao livre alvedrio da autoridade; *definitivo*, quando tiver por base um direito individual da pessoa interessada; e *precário*, se esse direito provier da liberalidade do agente público. A circunstância de esses atos se destinarem a atender a pleitos individuais é que os faz distintos dos atos normativos, porque, enquanto estes são genéricos, aqueles são específicos.

São diversos os instrumentos pelos quais o *ato administrativo negocial* se realiza. Tais são a *licença*, a *autorização*, a *permissão*, a *admissão*, o *visto*, a *aprovação*, a *homologação*, a *dispensa*, a *renúncia* e o *protocolo* etc. Para o desiderato do presente trabalho, destacam-se a *licença*, a *autorização* e a *permissão*, de larga utilização no âmbito administrativo ambiental, notadamente quando se trata do gerenciamento dos recursos hídricos. Por isso, serão destacados no tópico seguinte, à guisa de arremate deste capítulo.

Antiga é a controvérsia reinante sobre a pertinência ou não da aplicação da teoria do *negócio jurídico* no âmbito do Direito Público. O que se coloca no fundo da questão é saber se a vontade manifestada pela Administração Pública reúne a mesma consistência axiológica daquela exteriorizada no âmbito do direito privado, na medida em que os princípios e regras especiais que regem os atos jurídicos públicos são marcados por princípios e regras que não se coadunam com os que se observam nas relações jurídicas privadas.

Para uma proveitosa discussão dessa temática, urge que se faça uma peregrinação pelas formulações teóricas disponibilizadas pela doutrina especializada, visando à obtenção de subsídios que possibilitem a melhor compreensão da controvérsia criada pelos juristas que já investigaram o assunto nos seus diferentes ângulos. O escopo é

reunir suporte teórico para justificar a tese objeto desta pesquisa, qual seja a de qualificar a outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos como *contrato administrativo*.

Com esse afã, cumpre realçar, de logo, a compreensão de que toda relação jurídica obrigacional tem como primeiro fundamento a lei, posto que o preceito constitucional brasileiro estampado no art. 5º, inciso II, não deixa dúvida sobre a regra que inviabiliza a assunção de obrigações de fazer ou não fazer, *senão em virtude de lei*. No segundo plano, situa-se a *vontade humana*, cuja manifestação também constitui fato gerador de efeitos jurídicos. Não se pode olvidar, nesta passagem, a ocorrência de fatos dos quais o homem participa sem manifestar sua vontade, mas que também produzem efeitos jurídicos. É o que sucede com a prática de *atos ilícitos*.

Mas o cerne da temática que aqui se desenvolve reside na análise da manifestação da vontade do ser humano como fato gerador de efeitos jurídicos. Inclui-se, aí também, a manifestação da vontade do agente público, enquanto preposto da Administração Pública na formação dos contratos ou negócios jurídicos. O que se busca é conhecer os limites e o alcance da vontade expressa como formadora de relações jurídicas. Esse é o objeto da investigação aqui proposta.

7 As declarações de vontade como fontes de obrigações

É cediço – notadamente na doutrina civilista – que as fontes primárias das obrigações são a *lei*, os *contratos* e as *declarações unilaterais da vontade*, além dos *atos ilícitos*, conforme já foi lembrado atrás. A rigor, as fontes primárias das obrigações são a *lei* e as *declarações de vontade*, pois as que resultam da prática de atos ilícitos estão escoradas na própria lei⁴⁹.

As declarações de vontade tanto podem ser manifestadas por uma ou mais pessoas situadas num dos polos da obrigação, como obrigados – e, nesse caso, se tem uma obrigação gerada por *declarações unilaterais* – como podem emergir de dois polos, obrigando-se reciprocamente ou apenas um dos lados – e, nesse caso, se diz que as

⁴⁹ Novo Código Civil: “Art.186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. “Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

vontades declaradas são *bilaterais*. São justamente as declarações bilaterais de vontades que formam um contrato, consubstanciado no acordo. Um contrato de compra e venda, p. ex., é um acordo de vontades entre duas partes, segundo o qual uma delas se obriga a entregar uma coisa à outra, que, à sua vez, se obriga a pagar um preço à que entrega a coisa. Ambas assumem, portanto, obrigações recíprocas. Diferente é um contrato de doação pura e simples, que, embora também seja um negócio jurídico bilateral – por ter sido gerado no acordo de vontades de duas partes –, só uma assume obrigação: o doador.

Importa salientar, neste passo, que tais acordos somente se concretizam mediante a declaração das vontades, qualquer que seja a forma prevista em lei. Enquanto a declaração de vontades não for exteriorizada, não há falar em fonte geradora de obrigação. Mas é sabido que, antes dessa declaração, sempre há um momento psicológico, de vontade interior do declarante direcionado para aquela declaração. Todavia, se esta não se exterioriza, não se há de falar em obrigação. Cumpre ressaltar, no entanto, que há situações em que o silêncio pode ser interpretado como gerador de efeitos jurídicos, porque se considera tácita a manifestação. A doutrina aponta como exemplo típico a sublocação tácita, configurada na hipótese em que o locador recebe os aluguéis diretamente do sublocatário, embora não tenha dado a sua anuência expressa para o locatário celebrar tal convenção. (VALLE, 1993, p. 27).

No âmbito do direito público, sobretudo no Direito Administrativo, essas noções peculiares ao direito privado, em princípio, também são aplicadas. O Estado também pode manifestar vontades, por seus agentes competentes, direcionados para a produção de certos efeitos jurídicos, ainda que no outro polo esteja um particular (pessoa física ou jurídica), cuja vontade também se direcione para os mesmos propósitos. Em tal hipótese, também aí se tem acordo de vontades, que, igualmente, produz efeitos jurídicos. O que distingue esse acordo de vontades daqueles que se realizam no âmbito das relações privadas é a forma, porque a participação do Poder Público reclama formalização mais complexa. É oportuno lembrar que essas manifestações de vontade também ocorrem entre órgãos ou entidades públicos, e, nem por isso, deixam de ser acordos destinados a produzir objetivos comuns.

Edmir Netto de Araújo (1992, p. 153) leciona:

Negócio jurídico é entendido como declaração de vontade preordenada à produção de conseqüências jurídicas agasalhadas pelo ordenamento, mas precisamente aqueles efeitos que com a declaração transitivada se desejou alcançar, e esse resultado se transforma e se concretiza em uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações.

Negócio jurídico, portanto, pressupõe declaração de vontade. É essa declaração que faz gerar os efeitos jurídicos, diferentemente dos atos administrativos *stricto sensu*, cujos efeitos são produzidos pela vontade legislativa, vale dizer, os efeitos jurídicos decorrem da lei. Daí se segue que os *negócios jurídicos unilaterais* não se confundem com os *atos jurídicos administrativos stricto sensu*, porque, enquanto aqueles resultam de uma só declaração de vontade – e por isso são chamados negócios jurídicos unilaterais – estes independem de declaração de vontade para produzir efeitos, porque são determinados por lei. É bem verdade que os negócios jurídicos unilaterais também têm a cobertura da lei. De fato, é a ordem jurídica constituída que sanciona a vontade declarada, conferindo-lhe o respaldo necessário à efetivação do negócio realizado.

De outra parte, impõe-se observar que, enquanto o ato administrativo *stricto sensu* não cria relação jurídica, o negócio jurídico somente se configura quando cria essa relação jurídica, que tanto pode resultar de uma só declaração de vontade – e, nesse caso, tem-se um negócio jurídico *unilateral* – como pode emergir de mais de uma declaração de vontade – hipótese em que se tem um *negócio jurídico bilateral* ou, como querem alguns, *plurilateral ou multilateral*. Um testamento é o exemplo mais típico de negócio jurídico unilateral, porque somente o testador declara a sua vontade, deixando uma herança ou um legado a alguém, e aí nasce uma relação jurídica. Um contrato de compra e venda, muito comum no âmbito do direito privado, é exemplo típico de negócio jurídico bilateral. Pode-se apontar, desde já, como exemplo de declaração bilateral de vontades, no campo do direito público, o contrato de *concessão de uso de um bem público*.

Partindo-se da premissa de que as declarações de vontade – unilaterais ou bilaterais – constituem a essência da teoria dos *negócios jurídicos*, de cuja categoria os *contratos* em geral constituem a maior expressão, tem-se discutido se os contratos celebrados no âmbito administrativo também se classificam como negócios jurídicos, já que também reclamam a manifestação volitiva do agente público. Na busca de uma compreensão melhor sobre esse questionamento, impõe-se perquirir, primeiramente, se o contrato é concebido como instituto típico de um determinado ramo do Direito, v.g., o

Direito Civil, ou se o mesmo é considerado apenas uma *categoria jurídica* pertencente à Teoria Geral do Direito, que tanto pode servir aos ramos do direito privado (Direito Civil, Direito Comercial), como aos ramos do direito público (Direito Constitucional, Direito Administrativo e outros).

Colocado o contrato como instituto jurídico, vale dizer, como categoria jurídica, desacompanhada de qualquer qualificação que a identifique como pertencente a este ou aquele ramo de direito, parece não haver dúvida entre os juristas de que o mesmo pertence à Teoria Geral do Direito, até porque a sua característica maior reside no acordo de vontades que, como já salientado, tanto podem ser manifestadas por particulares entre si, como entre particulares e o Estado, ou pelos órgãos e entidades públicas, entre si, todas produzindo efeitos jurídicos do mesmo modo. Aliás, o acordo de vontades tem conotação genérica, porquanto também embasa os convênios que, tecnicamente, não se classificam como contratos.

Destarte, se o acordo de vontades constitui a essência dos contratos, e se há acordos de vontades de que também participa o Estado, por seus agentes, pode-se dizer que há duas categorias de contratos; *contratos de direito privado* e *contratos de direito público*. Não se quer dizer que os contratos de direito privado são apenas aqueles de que participam particulares, porquanto há contratos que envolvem particulares e o Poder Público, e nem por isso deixam de ser de direito privado. São os chamados *contratos de administração*. Também os contratos de direito público não são somente aqueles celebrados entre pessoas jurídicas de direito público, embora a participação de uma destas seja da essência da relação contratual. É possível, nessa categoria contratual, a participação de pessoas naturais ou jurídicas, tendo, no outro polo, a Administração Pública, representada por seus agentes.

Com essas noções teóricas feitas atrás, é possível investigar se os *contratos de direito público* podem ser qualificados como *negócios jurídicos*, uma vez que, também ali, há declarações de vontades – tanto por parte do Estado, como do particular -, que geram efeitos jurídicos.

A primeira observação que se impõe fazer é demonstrar que *negócio jurídico unilateral* não se coaduna com a dogmática do Direito Administrativo, uma vez que a declaração unilateral da vontade feita pelo Estado não cria relação jurídica, ainda que se destine a produzir efeitos perante o particular. Destarte, se o particular não participa do ato,

não emite declaração de vontade, não significa que a declaração unilateral do Estado não produz efeitos, porque estes se operam por força de lei, e não em razão da vontade declarada. Daí mostrar-se incompatível com os dogmas do Direito Administrativo a existência de um *negócio jurídico unilateral*. Além do mais, os atos administrativos *stricto sensu* são marcados pelo princípio da reserva legal.

O enquadramento dos *contratos administrativos* como *negócios jurídicos*, todavia, tem sido admitido pela doutrina, a despeito da existência de correntes contrárias a essa idéia. A aceitação da tese contratualista não implica dizer que os contratos administrativos dispensam o bafejo da legalidade para respaldar-lhes a sua efetividade e os respectivos efeitos jurídicos. Ademais, essa modalidade contratual não dispensa a instauração de procedimentos prévios, através dos quais a vontade do Estado se manifesta.

Esse posicionamento doutrinário favorável ao enquadramento dos contratos administrativos como negócios jurídicos é justificado com a inarredável constatação de que ambas as categorias têm, em comum, como elementos estruturais básicos as declarações recíprocas de vontades, sejam entre pessoas jurídicas de direito público entre si, seja entre o Estado e o particular. Em qualquer das situações apontadas, essas declarações bilaterais de vontades criam relações jurídicas. No âmbito do direito público, já se pacificou a compreensão de que há contratos administrativos propriamente ditos e há *contratos de administração*. Segundo o magistério de consagrados autores, a diferença fundamental entre esses dois tipos situa-se no regime jurídico a que se submetem. Os contratos administrativos propriamente ditos submetem-se ao regime do Direito Administrativo, enquanto os chamados *contratos de administração* sujeitam-se às regras do direito privado. É o que preleciona Cretella Júnior (2001, p. 3) com a seguinte colocação, *verbis*: “[...] a qualquer acordo celebrado pela Administração com pessoa jurídica de Direito Privado ou de Direito Público, ou, então, com pessoa física, damos o nome de contrato da Administração”.

E adverte, “[...] não se leva em conta nem o fim que se tem em mira, nem a natureza privada ou pública da outra parte. Seja locação, compra e venda ou concessão de serviço público, temos sempre contrato da Administração”. (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 2)

Já o contrato administrativo – considerado espécie do gênero *contrato da administração* – é definido por Hely Lopes Meirelles (1999, p. 194-5) como sendo:

O ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Pode-se inferir, desse conceito, que uma das características mais visíveis nos contratos administrativos reside na finalidade do ajuste, que é o *funcionamento do serviço público*. Bem por isso, Toshio Mukai (1995, p. 8) o define como sendo “o ajuste pelo qual o particular (ou outra entidade administrativa) é chamada a participar direta e indiretamente do funcionamento de um serviço público”.

Diógenes Gasparini (1995, p. 373) vai mais longe, pois assim define o contrato administrativo:

Contrato administrativo é ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizados pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular.

Do conceito acima transcrito, é possível extrair outra característica igualmente significativa: a *instabilização* do contrato pela Administração Pública. Essa instabilização do contrato consubstancia-se na possibilidade, estabelecida em cláusulas explícitas ou implícitas, chamadas *exorbitantes* – porque ultrapassam os limites das regras do direito comum – de o Poder Público não apenas *alterar* avenças, como até *extinguir* o contrato antes do seu termo, em ambas as hipóteses, por sua vontade unilateralmente manifestada.

O poder de instabilizar o contrato, contudo, não vai ao ponto de prejudicar o contratado, porquanto devem ser respeitados os seus direitos de natureza econômica. É o respeito ao que se convencionou chamar de *equação econômico-financeira do ajuste*, definida por Gasparini (1995, p. 393) como sendo “a relação de igualdade entre o encargo do contratado e a correspondente remuneração a que faz jus”. A outorga de direitos de uso de recursos hídricos, atrelada à cobrança desse uso, não pode ser suspensa ou extinta unilateralmente, se disso resulta prejuízo ao outorgado que não tenha dado causa à alteração do contrato, senão mediante indenização.

Quanto à natureza, os contratos administrativos classificam-se como *plurilaterais*, porque envolvem mais de uma parte; *formais*, porque são necessariamente escritos; *onerosos*, porque implicam ônus para ambas as partes; e *comutativos*, porque as obrigações das partes são conhecidas e pré-determinadas.

Diz-se que, no regime jurídico de direito privado, as partes se colocam numa relação de *horizontalidade*, porque se nivelam nos direitos e obrigações, o que não ocorre no regime jurídico de direito público, porque, neste, subsistem os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular individual, operando-se, assim, uma relação de *verticalidade*. É que no regime jurídico público o Estado tem uma posição preponderante sobre a outra parte contratante, sem prejuízo de regras que a protegem, buscando o equilíbrio contratual.

A partir das formulações teóricas atrás desenvolvidas, é possível estabelecer comparações entre uma categoria e outra. Esses parâmetros residem nos requisitos que devem ser observados na feitura do contrato. O primeiro deles é a *capacidade* das partes, porque sem esse requisito fundamental o contrato se imprestabiliza, deixando de produzir qualquer efeito. No âmbito do direito privado, p. ex., um menor absolutamente incapaz não pode participar, por si mesmo, de um contrato, ainda que o objeto seja lícito. A sua incapacidade nulifica o acordo de vontades, não produzindo qualquer efeito⁵⁰. Já no âmbito do direito público, o que se reclama é a *competência* do órgão contratante, que não dispensa a capacidade civil do agente público a quem cabe a manifestação da vontade do Estado.

O segundo requisito é o *objeto* do contrato, que, em ambas as categorias, deve ser lícito, possível e suscetível de valoração econômica. Nos contratos públicos, todavia, ainda se exige que o objeto tenha sempre uma finalidade pública ou que não prejudique o interesse público.

O terceiro requisito consiste na *forma* que deve ser obedecida na celebração do contrato. No âmbito do direito privado, as formas contratuais, em princípio, são livres, devendo ser solenes apenas nas hipóteses expressamente preconizadas em lei⁵¹. No entanto, nos contratos que se submetem ao regime jurídico público a forma é sempre

⁵⁰ Novo Código Civil Brasileiro, art. 166, inc. I.

⁵¹ Novo Código Civil, art. 107.

solene. Aliás, não há contrato público que não passe por um procedimento, ainda que se trate de *contrato de administração*.

O quarto requisito é o *consentimento*. Nos contratos privados o consentimento pode ser expresso ou tácito. Segundo o magistério dos autores civilistas, o consentimento expresso não significa que seja necessariamente escrito, nem o tácito significa que seja verbal ou oral. O consentimento expresso num leilão público, por exemplo, pode ser dado por um simples gesto. O consentimento tácito, à sua vez, também pode ser considerado apenas através da postura omissiva da parte, como no exemplo dado da sublocação. Já nos contratos públicos o consentimento há de ser sempre expresso e escrito, além de ser precedido de um procedimento, conforme já foi salientado em outro tópico.

O quinto requisito é comum a qualquer categoria de contratos, seja privado ou público. Trata-se da *obligatoriedade da convenção* a que os contratantes se submetem. Sobressai o antiqüíssimo princípio, segundo o qual *o contrato faz lei entre as partes*. Nos contratos privados costuma-se invocar a máxima *pacta sunt servanda*, para realçar a obrigatoriedade das avenças celebradas. É certo que a nova ordem jurídica constituída, a partir do regramento baixado em proteção do consumidor, a revisão contratual tem sido admitida como regra nos contratos privados, hipótese que terminou influenciado o legislador do novo Código Civil. Quando se trata de contrato público, todavia, a quebra do princípio da obrigatoriedade viabiliza-se na possibilidade não apenas de revisão do contrato, mas até na de alteração unilateral por parte do Poder Público. Nunca é demais lembrar que tais alterações não podem ser feitas de modo a comprometer o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes. Essa particularidade é de enorme importância para o tema em estudo, uma vez que a outorga de direitos de uso de águas tem caráter resolúvel determinado em lei. Trata-se, portanto, de um aspecto que será objeto de apreciação mais aprofundada em outro tópico deste estudo.

Além desses requisitos comuns às duas categorias contratuais analisadas, há outros aspectos que merecem exame, para efeito também de confrontos analíticos. A *exceptio inadimpleti contractus*, por exemplo, é um desses aspectos. Trata-se da faculdade conferida à parte que cumpre suas obrigações, de exigir da outra parte o cumprimento das suas, sob pena de rescindir o contrato e reclamar perdas e danos. É evidente que essa faculdade não representa propriamente um requisito necessário à formação do contrato, mas constitui, sem dúvida, um atributo que nele se embute em favor da parte adimplente.

Essa prerrogativa é própria dos contratos privados. Não é comum, porém, nos contratos públicos, dado o *princípio da continuidade* dos serviços públicos.

Outra particularidade que pode ser considerada na comparação ora feita entre as duas categorias contratuais é a ocorrência de *caso fortuito* ou *força maior*, que constituem fatos supervenientes à celebração do contrato e, portanto, alheios à vontade das partes-, que podem interferir na sua execução. Embora haja uma preponderância do Estado na relação de que participa, a ocorrência da força maior e do caso fortuito pode ensejar a modificação ou liberação de obrigações contratuais.

Como já foi demonstrado atrás, os contratos privados estão escorados no princípio da *autonomia da vontade*, embora este princípio tenha sofrido marcantes desgastes em função da intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em nome do bem-estar social detonado pela constitucionalização do direito civil. Sobreleva observar, no entanto, que a tônica da autonomia da vontade, – mesmo no seu apogeu ao tempo do Estado liberal –, não se aplicava aos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, em função dos princípios da supremacia do interesse público e das prerrogativas públicas, consideradas cláusulas *exorbitantes*, justamente porque extrapolam as regras corriqueiras nas relações privadas. Mas isso não significa que não existem contratos celebrados entre particulares e o Estado sob o regime privado, ao lado daqueles submetidos ao regime público.

Esses aportes conceituais diferenciados permitem classificar os contratos públicos em duas categorias: o *contrato administrativo* propriamente dito e os chamados *contratos de administração*.

O primeiro, na lição de Edmir Netto de Araújo (1992, p. 51), conceitua-se como sendo

[...]o acordo de vontades opostas, realizado *intuitu personae*, consensual, comutativo, sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvem finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de prerrogativa que submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos.

Essa modalidade contratual é caracterizada pela *verticalidade* na relação, uma vez que a Administração é colocada em posição relativamente superior em relação ao

particular, embora isso não signifique que haja quebra ao princípio da equidade. O que marca tal relação são certas prerrogativas conferidas ao Estado, em nome do *interesse público* que sempre preside as ações do Estado.

O *contrato de administração*, a rigor, não destoa muito do *contrato administrativo*, porquanto ambos têm a participação do Estado na sua composição, distinguindo-se apenas porque, neste, subsiste a supremacia da Administração em relação ao contratante particular. Dizer-se que, nos *contratos de administração*, o Estado se submete ao regime privado não passa de uma sutil minimização da rigidez empregada nos *contratos administrativos*, já que ambos exigem a instauração prévia de um procedimento visando à exteriorização da vontade, segundo os parâmetros da legalidade prescrita para cada caso.

Qualquer modalidade contratual reclama, para a sua composição, que as partes contratantes façam estipulações peculiares ao objeto do contrato, as quais se conformam em cláusulas. Essas cláusulas podem ser *explícitas*, quando deixam suficientemente clara a obrigação contraída, sem remissão a qualquer outra cláusula; *implícitas* são as estipulações não clausuladas e que ficam subentendidas no contexto do contrato, embutindo direitos e obrigações decorrentes do ordenamento ou da própria natureza do objeto contratual; e, ainda, as *referenciais*, que são aquelas que, explicitamente, declaram a vinculação a documentos, normas ou outras cláusulas.

Segundo o magistério de Edmir Netto de Araújo (1992, p. 129)

O comum, nos contratos, é terem explícitas suas cláusulas, mas no contrato administrativo há, pela própria natureza dos objetos visados e sua forma de execução, uma maior incidência de cláusulas implícitas (como, p. ex., o direito de retomada nas concessões de serviço público, ou a mutabilidade unilateral dos contratos, esta até contemplada com norma jurídica específica – art. 48 do Decreto-lei n. 2.300/86 – mas que seria implícita mesmo sem tal norma) e referenciais (como aquelas que remetem a folhas de especificações, cadernos de encargos ou normas legais que disciplinam o contrato ou alguma estipulação em concreto).

Já se pacificou na doutrina o entendimento segundo o qual, nos contratos administrativos, figuram não apenas as cláusulas *comuns* às demais modalidades contratuais, mas também cláusulas *econômicas* e *regulamentares*, compreendendo estas as que permitem a Administração Pública alterar, unilateralmente, uma ou mais estipulações, sem que isso implique ruptura do contrato. Já as cláusulas *econômicas* são aquelas que

cuidam da remuneração do contratado, se for o caso, ou daquilo que o mesmo se obriga a pagar ao Estado pela fruição de bens ou direitos.

Levando-se em consideração que a cobrança pelo uso de água estará atrelada à outorga desse direito, duas inferências podem ser extraídas. A primeira é a de que a outorga há de ser formalizada por instrumento contratual, não sendo, portanto, um mero ato administrativo como está previsto no art. 15 da Lei n. 9.433/97. A segunda é a de que a estipulação do pagamento pelo uso da água constitui uma cláusula econômica.

Destarte, uma vez implementada tal cobrança – o que já está acontecendo no Estado de São Paulo⁵² e se cogita nos demais estados da federação – ter-se-á uma situação nova que, certamente, irá causar grande impacto na doutrina e na jurisprudência do País, principalmente se for levada em conta a lição deixada pelo sempre lembrado administrativista Hely Lopes Meirelles (1987, p. 159), para quem “[...] as cláusulas econômicas não podem ser alteradas unilateralmente porque fixam a remuneração e os direitos do contratado e estabelecem a equação financeira (equilíbrio financeiro) a ser mantida na execução do ajuste [...]”

Não se pode ignorar que a admissão explícita ou implícita das chamadas cláusulas *exorbitantes* ou derogatórias do direito comum, nos contratos administrativos, constitui um verdadeiro dogma que dificilmente será destruído, até porque a doutrina se encarregou de elencá-las. O próprio autor citado aponta as seguintes estipulações que confirmam a supremacia estatal no contrato administrativo, a saber: a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; a revisão de preços e tarifas; a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; o controle do contrato e aplicação de penalidades contratuais de forma auto-executória, ou seja, independentemente de molestações ao Poder Judiciário, e outras. Essas mesmas cláusulas exorbitantes também são apontadas por José Cretella Jr., às quais agrega mais uma, que é a imposição de servidões ou outros gravames.

Assim sendo, a estipulação de prerrogativas em favor da Administração Pública nos contratos administrativos – determinando um aparente desequilíbrio nas relações contratuais com o contratante particular (por isso que são conhecidas como *cláusulas exorbitantes*) – justifica o seu enquadramento no regime jurídico público, mas não se pode olvidar a intangibilidade das cláusulas econômicas.

⁵² Lei Estadual n.7.633, de 30 de dezembro de 1991.

8 Atos administrativos complexos

Uma questão bastante discutida entre os estudiosos do Direito Administrativo é a que investiga sobre a possibilidade de serem os contratos administrativos confundidos com os *atos administrativos complexos*. Essa discussão também interessa ao presente estudo, porquanto o seu escopo é demonstrar a natureza contratual da outorga de direitos de uso de águas. A análise dos contornos dos atos administrativos complexos serve, portanto, de mais um aporte teórico nessa demonstração.

Ato administrativo complexo, segundo a concepção de José Cretella Júnior (1983, p. 259), “[...] é aquele que só se concretiza pela manifestação da vontade, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado, quer singular, quer coletivo [...]”. Mas há quem sustente a possibilidade de configuração de ato administrativo complexo com declarações de vontades partidas de órgãos diferentes. Haveria, neste caso, duas categorias de ato administrativo complexo: uma de “complexidade interna” (*stricto sensu*) e outra de “complexidade externa” (ARAÚJO, 1992, p. 156). Citam-se como exemplos de atos administrativos complexos *stricto sensu* (de complexidade interna) aqueles que a lei subordina a pareceres de órgãos consultivos técnicos. Os atos administrativos de complexidade externa têm como exemplos os convênios e consórcios.

Nesta abordagem, coloca-se em discussão o saber se os contratos administrativos podem ser confundidos com os atos administrativos de complexidade externa, porquanto ambas as figuras pressupõem declarações de vontades convergentes, visando a um determinado fim, só que são feitas por agentes de órgãos diferentes, das quais resulta um consenso sobre o objeto.

Impõe-se observar que o *paralelismo* das vontades declaradas nesses atos não gera obrigações recíprocas, e isso é o quanto basta para distinguir o contrato administrativo, pois este pressupõe, sempre, a reciprocidade de obrigações entre as partes que dele participam. Mas, conforme a colocação de Edmir Netto de Araújo (1992, p. 163), invocando Cretella Jr., “a doutrina brasileira, de há muito sedimentada, aceita com todas as condicionantes a doutrina ítalo-germânica do ato administrativo complexo, com certas peculiaridades [...]” As peculiaridades a que se refere o autor dizem respeito aos traços diferenciais que se devem observar entre a categoria examinada e os *atos administrativos compostos* e os *coletivos*. Nos atos administrativos compostos há apenas uma vontade de

um órgão, mas que depende de verificação ou outra providência por parte de outro órgão, para garantir a exequibilidade do ato, como, v.g., um *visto* dado por alguma autoridade a quem competir esse mister. Vale dizer, o ato já existe como tal, mas carece dessa formalidade complementar para a sua execução. De sua vez, o *ato coletivo* (também chamado *ato colegiado*) consiste no resultado de uma votação feita por várias pessoas, da qual resulta uma vontade única. É o caso dos Comitês de Bacias Hidrográficas. Destarte, se a outorga de direitos de uso de recursos hídricos depende dos Comitês de Bacias Hidrográficas, pode-se inferir que esse instrumento não é um mero ato administrativo como preconiza a lei.

Imiscuindo-se nessa discussão, Cretella Júnior (1983, p. 10), do alto de sua reconhecida sabedoria em matéria de Direito Administrativo, adverte que “[...] os atos de colégios ou atos colegiados, embora sejam acordos de vontade, não se identificam com os contratos”. E explica:

Com efeito, o contrato que constitui, por excelência, a forma do ato criador de situação jurídica individual, de maneira alguma se confunde com o ato coletivo, porque, se por um lado, em ambos se verifica a presença concordante de duas ou mais vontades, no ato coletivo, estas se orientam para o mesmo objeto e para o mesmo fim (mesma modificação do ordenamento jurídico e mesmo resultado final), ao passo que, no contrato, as vontades concordantes não perseguem nem o mesmo objeto, nem o mesmo fim, embora persigam aspectos do mesmo objeto. (CRETELLA JÚNIOR, p. 10)

Com essa colocação doutrinária, pode-se concluir que as deliberações dos Comitês de Bacias Hidrográficas são atos coletivos, mas não se confundem com o instrumento da outorga. Contudo, exercem influência na emissão da vontade do Poder Público.

9 As modalidades de contratos na administração pública

Quanto às modalidades de contratos na Administração Pública, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, podem ser destacadas as seguintes:

a) de *Concessão de serviço público* – que consiste na transferência temporária ou resolúvel, de execução de serviços públicos essenciais, secundários ou de simples interesse público ou utilidade pública, dos quais a Administração tem a titularidade, a fim

de que o concessionário os desempenhe ou explore no interesse geral, por sua conta e risco. Cumpre observar que o Poder Público transfere tal serviço, mas mantém a sua titularidade, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Exemplo típico dessa modalidade contratual é o do serviço de telecomunicações.

b) de *Concessão de uso de bem público* – é uma modalidade de contrato administrativo pela qual o Poder Público permite que particular use ou explore, em seu proveito, determinado bem imóvel do domínio público, ou parte dele. Presta-se ordinariamente para a execução de atividades produtivas de interesse coletivo ou social. Esse tipo contratual é de larga utilização no setor público e, por isso, exige cláusulas rígidas quanto à destinação, e, não raro, é precedido de autorização legislativa (CF, art. 49). Pode ser gratuita ou onerosa. Essa modalidade contratual é classificada em duas subespécies: *concessão administrativa de uso* e *concessão de direito real de uso*.

A *concessão administrativa de uso*, embora tenha por objeto imóvel, caracteriza-se por ser *intuitu personae* e, por isso, cria vínculo pessoal intransferível. Já a *concessão de direito real de uso* – cuja compreensão interessa mais de perto ao presente estudo –, tem natureza real, sendo transferível por ato entre vivos ou por sucessão hereditária.

Em princípio, essa modalidade contratual é aplicável apenas nos fins previstos no art. 7º, do Dec.lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, quais sejam: urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social. Por ser um contrato tipicamente administrativo, pressupõe cláusulas de prerrogativas que vão desde a intransferibilidade do bem, até a rescisão⁵³ unilateral da avença, sem indenização de eventuais benfeitorias nele introduzidas pelo concessionário (Dec.lei n. 271/67, art. 7º, §3º).

c) de *Obra pública* – é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público comete a um particular (geralmente pessoa jurídica) a construção, reforma ou ampliação de uma obra destinada ao serviço público ou ao uso público em geral.

⁵³ O art. 7º, § 3º do Dec.lei n. 271, de 28.02.67, refere-se à “resolução” e não à “resilição”, que se considera termo tecnicamente mais apropriado para a hipótese, já que depende da vontade unilateral do poder concedente.

d) de *prestação de serviços* – é aquele contrato pelo qual a Administração se utiliza de serviços de terceiros, no interesse público. Distingue-se do contrato de obra pública apenas quanto ao objeto.

e) de *fornecimento* – é o contrato administrativo, através do qual a Administração Pública adquire bens de consumo e gêneros das mais variadas espécies junto a produtores privados ou no mercado, destinados a viabilizar a realização de inúmeras outras atividades.

De todas essas modalidades, a *concessão de direito real de uso* apresenta-se como opção legalmente válida para instrumentalizar a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, conforme será demonstrado em outro capítulo.

CAPÍTULO V O MODELO NORMATIVO BRASILEIRO PARA O MEIO AMBIENTE

1 A ecologia e o meio ambiente

Não é incomum ver-se o emprego da palavra *Ecologia* e da expressão *Meio Ambiente* com o mesmo significado. Édis Milaré, entre outros autores, ocupou-se dessa questão e buscou estabelecer a distinção entre uma coisa e outra. Com efeito, para ele:

Ecologia é a ciência que estuda as relações dos seres vivos entre si e com o seu meio físico. Este, por sua vez, deve ser entendido, no contexto da definição, como o cenário natural em que aqueles se desenvolvem. Por meio físico entendem-se notadamente seus elementos abióticos, como solo, relevo, recursos hídricos, ar e clima. (MILARÉ, 2001, p. 61).

Para explicar o significado da expressão *meio ambiente*, o autor lança mão da definição legal, não sem realçar a despreocupação do legislador com as eventuais controvérsias científicas, assim expressa, *verbis*: “O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.⁵⁴

É evidente que essa definição não se confunde com a de *ecologia*, até porque tem um conteúdo mais normativo do que científico, para atender apenas aos objetivos da própria lei, que, aliás, antecedeu à nova ordem jurídica constitucional, na qual esse tema mereceu melhor espaço, situando a ecologia no contexto do meio ambiente, conforme se verá a seguir.

De fato, o meio ambiente – considerado *direito de terceira geração* que se coloca entre os chamados *direitos novos* –, ganhou *status* constitucional com a

promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, precisamente no seu art. 225, cujo teor merece ser transcrito como ponto de partida desta abordagem, dada a sua indiscutível importância no contexto da dogmática jurídica ambiental, assim expresso:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O texto fala por si mesmo. Mas a doutrina tem realçado a dimensão dessa norma, não apenas do ponto de vista jurídico encerrado na regra posta, mas também pela visão social, política e econômica que dela se retira. Para ilustrar tal asserção, basta meditar sobre a feliz colocação de Édis Milaré (2001, p. 231), ao proclamar que “A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada ‘verde’, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente”. Mas o mesmo autor não deixa passar sem crítica o caráter antropocêntrico da norma constitucional, observando que nela repousa uma preocupação não apenas patrimonial, mas voltada para os interesses precípuos da espécie humana. Ressalva, no entanto, que isso não significa que os outros seres irracionais não tenham merecido no ordenamento jurídico a sua devida proteção, disciplinando o seu correto uso. Basta verificar que o direito ao meio ambiente não se resume ao meio ambiente em si considerado, mas também ao equilíbrio ecológico.

2 As normas constitucionais sobre o meio ambiente

Nenhuma outra Constituição do Brasil havia dispensado tratamento tão especial e específico como a de 1988. As Cartas anteriores não tiveram essa preocupação, tanto que a alocação *meio ambiente* sequer foi mencionada em seus textos. Nem por isso a legislação infraconstitucional era vazia a respeito, porquanto a preocupação com a saúde do homem e com a própria natureza inspirou a produção de uma legislação esparsa, mais voltada para os aspectos criminais, do que para a educação ambiental.

De fato, a primeira Constituição brasileira – no caso, a do Império, promulgada em 1824 – não se interessou pela matéria ambiental, senão apenas cuidou de criminalizar indústrias cujas atividades causassem danos à saúde humana⁵⁵.

⁵⁴ Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 3º.

⁵⁵ Constituição Imperial de 1824, art. 179.

A primeira Constituição republicana, de 1891, apenas atribuiu competência à União para legislar sobre minas e terras. Já era um avanço para a época (art. 34, n. 29).

A Constituição de 1934⁵⁶, por sua vez, foi mais longe, porquanto, além de atribuir competência à União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 5º e respectivos incisos), preocupou-se em proteger as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico e cultural (arts. 10-III e 148).

A Constituição de 1937, a despeito das circunstâncias em que foi promulgada, apresentou significativos avanços, porquanto não apenas teve a preocupação com os monumentos históricos, artísticos e naturais, como também com as paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134), sem deixar de atribuir competência legislativa à União sobre matérias relacionadas com minas, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 16), bem como sobre subsolo e proteção das plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos (art. 18).

Considerada a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, a Carta Magna de 1946 também manteve a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 175), além de ratificar a competência legislativa à União para legislar sobre defesa da saúde, sobre exploração de jazidas, florestas, caça, pesca e águas (art. 8º).

A Emenda Constitucional nº1, à Constituição de 1967, outorgada pela Junta Militar em 1969, teve o cuidado de manter os mecanismos de defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 180, parágrafo único). Uma virtude em matéria ambiental pode ser realçada na comentada Carta, qual seja a de, pela primeira vez, abrigar o vocábulo *ecológico*, consignado no art. 172⁵⁷.

Como se pode observar, houve uma evolução gradativa na feitura dos textos constitucionais brasileiros – notadamente no período republicano –, com relação à questão ambiental. Não foi sem razão que o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964⁵⁸), sob a égide da Constituição Federal de 1946, incluiu, entre os requisitos configuradores do cumprimento da função social da terra, a *conservação dos recursos*

⁵⁶ CF/1934 – arts. 5º e seus incisos, 10-III e 148.

⁵⁷ CF/67, com a EC n. 1/69, art. 172. “A lei regulará, mediante prévio levantamento *ecológico*, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades...”

⁵⁸ Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, art. 2º, §1º, alínea “c”.

naturais. Essa mesma regra, ao depois, foi transposta para a Constituição de 1988, com o acréscimo da expressão *meio ambiente*⁵⁹.

Torna-se evidente que a Constituição Federal de 1988 mereceu alvíssaras, porquanto não apenas sedimentou regras esparsas já existentes em matéria ambiental, como conferiu autonomia ao emergente Direito Ambiental, que se enriquece, dia-a-dia, com novas regras infraconstitucionais, alimentando uma já vasta literatura jurídica sobre a questão ambiental. Aliás, já não se contam nos dedos as produções científicas versando essa temática, consubstanciadas em dissertações de mestrado e teses de doutorado existentes em algumas instituições de ensino superior do País.

Não se pode olvidar que o acervo normativo sobre a questão ambiental também se acha enormemente enriquecido com as Constituições estaduais e leis esparsas delas decorrentes, dado que a mesma *Constituição Cidadã* (no apelido do saudoso Deputado Ulisses Guimarães) ou *Constituição-Verde*, na feliz idéia de Edis Milaré, atribuiu competência legislativa concorrente em matéria de meio ambiente, aos entes federados (Estados e Municípios)⁶⁰, o que, sem dúvida, permitiu o alargamento da malha normativa destinada à proteção da natureza.

Destarte, verifica-se que a Carta Magna brasileira, em disposições espalhadas em todo o seu texto, cria mecanismos de proteção do meio ambiente, inserindo-o na ordem econômica como um dos princípios⁶¹. Sem dúvida, essa regra constitucional reúne uma consistência extraordinária, uma vez que condiciona o exercício de qualquer atividade econômica – mesmo sob o pálio da *livre iniciativa* como fundamento da ordem econômica, à proteção do meio ambiente. A tutela ambiental que o texto maior impõe vai além da liberdade laboral. E mais que isso, quando o próprio art. 170 inclui também o princípio da *função social da propriedade* (inc. III), está, do mesmo modo, amparando o meio ambiente, já que um dos requisitos configuradores da função social da propriedade, como já registrado atrás, é justamente a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Segue-se, daí, que a tutela ambiental se assegura em dois

⁵⁹ CF/88 – Art. 186 – inc. II – “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

⁶⁰ CF/88 – art. 24, inc. VI.

⁶¹ CF/88 – Art. 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: *Omissis*. VI – defesa do meio ambiente...”

dos princípios norteadores da ordem econômica, ao condicionar o exercício de atividade econômica e do direito de propriedade à proteção do meio ambiente.

Na verdade, o meio ambiente ganhou *status* de bem jurídico autônomo, a partir da regra insculpida no *caput* do já transcrito art. 225 da Lei Principal do País, ao defini-lo como *direito de todos*, ao qual se atribui a natureza de *bem de uso comum do povo*. Com isso, o legislador constituinte alçou o meio ambiente à categoria de um bem juridicamente protegido, à configuração de um *direito público subjetivo*, o que significa que qualquer cidadão tem legitimidade para reclamar a tutela ambiental, inclusive contra o próprio Estado. Quando a norma dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, coloca-o na esteira da *indisponibilidade*, ao mesmo tempo em que embute um dever implícito atribuído a todos os cidadãos (e não apenas ao Estado) para garantir a sobrevivência das gerações futuras. Essa partilha de responsabilidades pela proteção do meio ambiente não apenas fortalece o sentido pragmático da norma, mas também busca a sua efetividade, cujos mecanismos estão preconizados nos parágrafos e incisos que complementam a regra básica – o art. 225.

Com efeito, o §1º do citado artigo reúne uma consistência pragmática indiscutível, ao dispor que o Poder Público tem a incumbência de “assegurar a efetividade do direito” ao meio ambiente, fornecendo, para tanto, os mecanismos legais que se alinham nos sete (7) incisos que compõem o mencionado parágrafo, a saber:

1º - *Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas* - Significa que o Poder Público tem o dever de, através de políticas públicas bem concebidas, manter o que existe e recuperar o que foi perdido, de forma a garantir o funcionamento do ecossistema, partindo do pressuposto de que a sobrevivência humana depende fundamentalmente da manutenção do ecossistema de que também faz parte.

Por outro lado, a preocupação com o “manejo ecológico das espécies e ecossistemas” quer significar também a conservação das espécies e perseguição do equilíbrio ecológico, vale dizer, mantendo ou recuperando espécies de animais e vegetais em extinção.

2º - *Preservar a biodiversidade e controlar as entidades de pesquisa e manipulação de material genético* – A preservação da biodiversidade compreende ações

tendentes a reconhecer, inventariar e manter o elenco das espécies diferentes, porquanto a mudança de variedades de espécies em determinado ecossistema implica redução da capacidade de manutenção da fertilidade do solo, da purificação da água, enfim, até da absorção dos agentes poluidores. Conservar, portanto, a diversidade biológica significa garantir a vida para as presentes e futuras gerações, conforme preconizado no texto constitucional.

O controle das entidades que se dedicam à pesquisa e à manipulação de material genético é também uma preocupação pertinente, por isso que o ordenamento jurídico brasileiro está, hoje, mais enriquecido com textos legais emergentes.⁶²

3º – *Definir os espaços territoriais protegidos* - A definição de espaços territoriais especialmente protegidos faz parte da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo considerada um dos mais eficazes instrumentos de que dispõe o Poder Público na implementação de políticas voltadas para as unidades de conservação, sejam aquelas que merecem proteção integral, sejam as que se destinem a uso sustentável. Como se sabe, de acordo com a chamada *Lei do SNUC*, as unidades de conservação constituem dois grupos: a) Unidades de Proteção Integral, nas quais somente se permite o uso indireto dos recursos; e b) Unidades de Uso Sustentável, em que se permite o uso dos recursos naturais, compatibilizado com a conservação da natureza.

4º – *Realizar estudo prévio de impacto ambiental (EIA)* - O Estudo de Impacto Ambiental constitui, sem dúvida, uma dos mais criativos instrumentos de proteção do meio ambiente. Aliás, faz-se oportuno lembrar que esse instrumento foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da Constituição Federal, posto que já havia sido inserido na Lei n. 6.938/81, cuja regulamentação se consubstanciou na Resolução CONANA n. 001/86. A sua incorporação no corpo da Constituição significou a aprovação de sua utilização na Política Nacional do Meio Ambiente. Basicamente, o EIA destina-se a prevenir danos, em razão de implementação de projetos que envolvam atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Daí o seu caráter preventivo que justifica um dos mais salutares princípios do Direito Ambiental: *o princípio da prevenção*.

⁶² Cf. Lei n. 8.974, de 05.01.95, que estabelece normas de segurança e os mecanismos de fiscalização, pelo Poder Público, das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; e a Lei n. 9.985, de 18.07.00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC.

5º – *Controlar a produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente* - Aí está outro instrumento efetivo de proteção ambiental, direcionado mais especificamente para o interesse da sociedade. Consiste na ação intervencionista do Poder Público no domínio privado, justificada na defesa da saúde da população. Intenta-se, com essa regra, inibir a produção e comercialização de bens consumíveis por processos obsoletos ou impróprios, que comprometam a qualidade do produto.

Esse preceito, cuja pertinência não pode ser posta em discussão nem mesmo em nome do princípio da *livre iniciativa*, ganhou maior expressão com a edição da Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989, depois alterada pela Lei n. 9.974, de 06 de junho de 2000, dispondo sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.⁶³

6º – *Promover a educação ambiental*⁶⁴ *em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente* - Não padece a menor dúvida de que esse preceito reflete, com a maior nitidez, o princípio da prevenção. Não é sem razão que se diz que o futuro das gerações depende das ações do presente, ou, como diz Milaré (2001, p. 246), “o destino das gerações futuras encontra-se nas mãos das presentes gerações”.

Vê-se que a regra posta no texto constitucional teve duas preocupações: promover a educação ambiental e conscientizar a população. Isso quer significar que a tarefa não é apenas do Poder Público, mas é também função de todos, porque a educação em todos os níveis de ensino não se esgota em si mesma. É preciso ir além das salas de aula. Para tanto, devem ser envolvidos nesse processo não apenas os professores, mas também os alunos e seus respectivos familiares. O processo de conscientização da

⁶³ Cf. também a Lei n. 8.974, de 05.01.95, que comina sanções de natureza administrativa, penal e civil por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, por meio de manipulações genéticas e atividades inerentes à biotecnologia.

⁶⁴ Cf. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, que define sobre a Política Nacional de Educação Ambiental.

população em geral, por outro lado, reclama a participação efetiva e consciente de toda a sociedade, envolvendo, sobretudo, os meios de comunicação de massa.

7º – *Proteger a flora e a fauna* - Essa é também uma tarefa que não compete apenas ao Poder Público, com suas ações preventivas e repressivas, mercê do aparato legislativo de que dispõe para esse mister.

Observe-se que a regra constitucional não é inovadora, porquanto apenas confirma regramentos preexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o Código Florestal substanciado na Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965 e a Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967, que dispôs sobre a proteção à fauna. Não se desconhece que fauna e flora têm estreita ligação, mas a edição de leis específicas para uma e para outra não compromete o sistema de proteção nem os seus objetivos precípuos, até, pelo contrário, facilita a operacionalização das ações.

De qualquer forma, o preceito em comentário foi providencial, não apenas porque reforçou a legislação infraconstitucional subjacente, mas também porque alargou o campo de incidência, já que não distinguiu animais silvestres e de animais domesticados, uma vez que todos têm valor, função e importância ecológica. Não se pode perder de vista que a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético prevista em inciso anterior, já comentado, ganha reforço com a regra ora analisada.

Insta consignar, nesta passagem, que o mencionado art. 225 da Constituição, em mais seis parágrafos (do 2º ao 6º), ainda estabeleceu regras de grande alcance na direção dos objetivos colimados. Assim,

a) o § 2º impõe o dever de recuperação do meio ambiente degradado àquele que tenha explorado recursos minerais;

b) o § 3º penaliza as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, ainda que sejam *peças jurídicas*, novidade que tem inspirado profundos trabalhos de pesquisa, retratados em dissertações e teses de doutoramento, além de artigos incontáveis publicados nas revistas especializadas;

c) o § 4º, à sua vez, protege de forma específica a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona da Mata,

considerando-os do patrimônio nacional, vedando a sua utilização sem as devidas cautelas da lei, de modo a assegurar a preservação do meio ambiente;

d) o § 5º contempla a proteção dos ecossistemas naturais em terras devolutas discriminadas ou terras arrecadadas pelo Poder Público, o que constitui uma salutar inovação, porquanto ainda existem grandes extensões de terras devolutas em vários Estados; e, por fim,

e) o § 6º inibe a instalação de usinas que operem com reator nuclear, sem prévia definição legal da competência da União.

Todas essas disposições, cuja clareza dispensa considerações particularizadas, têm o salutar propósito de complementar a regra básica transcrita no preâmbulo deste capítulo. Cumpre anotar, ademais, que a legislação infraconstitucional já editada se encarregou de minudenciar o sentido teleológico da norma maior.

3 A participação da sociedade nas políticas ambientais

De extraordinária importância, sem dúvida, foi a convocação da sociedade para participar das políticas ambientais. A participação comunitária na gestão ambiental, embora ainda não esteja sedimentada ao nível que se pretende, é extremamente salutar e se coaduna com o momento democrático agora vivenciado, com a restauração do estado democrático de direito, que a Constituição Federal se encarregou de plasmar. Já não era sem tempo!

Destarte, quando o texto constitucional dispõe que cabe não apenas ao Poder Público, mas também a *coletividade* o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, apenas refletiu uma preocupação que se fazia sentir nos segmentos voltados para o estudo e a pesquisa dessa temática. Reinava, ainda, no seio da população a ignorância sobre os reais problemas ambientais e os riscos de uma encruzilhada: progredir, destruindo, ou não progredir, preservando a natureza. Poucos se davam conta de que era possível progredir com sustentabilidade.

Agora, o momento é outro, porque outra é a consciência. Daí, o engajamento da sociedade na gestão ambiental tem o gostoso sabor democrático, mas tem também a

marca de uma época e de um porvir promissor. Ninguém melhor do que o próprio homem para aferir o acerto ou desacerto das políticas implementadas pelo Poder Público. Ninguém melhor do que o homem, destinatário de todas as políticas ambientais – inclusive aquelas que visam à proteção da fauna e da flora – para enxergar se essa ou aquela atividade pode comprometer ou não a vida para as presentes e futuras gerações.

Se aqui se defende a tese segundo a qual a outorga de direitos de uso de águas tem a natureza *contratual*, é evidente que a análise sobre a participação da sociedade na gênese do deferimento dessa singular licença ambiental tem indiscutível importância

Édis Milaré (2001, p. 266-9) invoca um texto atribuído a Álvaro Luiz Mirra, apresentado numa mesa redonda promovida pela Câmara Americana de Comércio para o Brasil, em São Paulo, no dia 04 de dezembro de 1989, sob o tema “A Legislação sobre Meio Ambiente e suas Tendências”, para apontar três meios de participação dos grupos sociais na gestão ambiental, a saber:

a) nos processos de criação do Direito Ambiental; b) na formulação e na execução de políticas ambientais; e c) no papel do Poder Judiciário. Faz sentido a observação!

Com efeito, a comunidade pode participar, efetivamente, do processo de construção do novo ramo do direito – Direito Ambiental – não apenas através da iniciativa popular de apresentar projetos de leis complementares ou ordinárias em todos os níveis (federal, estadual e municipal), como sugere o texto acima invocado, mas também através do produtos de pesquisas científicas de cunho jurídico que possam contribuir para a construção de uma doutrina convincente capaz de influenciar decisões judiciais, sabendo-se que estas também constituem fontes do direito.

À sua vez, a participação da sociedade nos órgãos colegiados (conselhos, entidades de defesa do meio ambiente e outras formas associativas) tem um função significativa na sedimentação da tutela jurídica do meio ambiente. Cabe, aqui, uma importante observação que interessa ao desenvolvimento do presente estudo: a participação da população nos comitês de bacias hidrográficas, dos quais depende, fundamentalmente, a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, conforme será visto em capítulo próprio.

Essa participação, evidentemente, dá uma dimensão à cidadania, na medida em que entrega à sociedade a condução dos seus próprios interesses, ocupando um espaço institucional garantido por lei expressa, na gestão dos recursos hídricos. O exercício dessa cidadania contribui para a melhora do nível de conscientização da população, funcionando como um eficiente instrumento no processo de educação ambiental. Cada cidadão se convence de que deve respeitar a natureza, porque faz parte dela, e passa a exigir que os demais cidadãos compartilhem do mesmo espaço, respeitando e fazendo respeitar os limites de cada um, num processo dialético sem fim. Destarte, ao assumir tal nível de conscientização, o homem se insere num contexto social harmonioso e, com isso, garante a proteção da natureza, na qual a água se inclui como o principal bem ambiental.

Os Comitês de Bacias Hidrográficas têm uma gama considerável de atribuições, não apenas voltadas para subsidiar o processo de liberação de outorgas de direitos de uso de recursos hídricos, mas também na promoção de debates das questões relacionadas com a água, em seus aspectos quantitativos e qualitativos, no estabelecimento de critérios para a cobrança pelo uso de águas, e tantas outras. Assim, se o cidadão integra, obrigatoriamente, esses comitês, é evidente que a manifestação da vontade do Poder Público na liberação das outorgas de direitos de uso – qualquer que seja a sua forma – condiciona-se à manifestação volitiva da sociedade, ainda que por vias oblíquas. É por isso que se tem sustentado – aqui e alhures –, que a outorga tem, em sua gênese, a expressão da vontade da comunidade, reduzindo substancialmente a discricionariedade do agente público.

A terceira vertente – participação popular através do Poder Judiciário – tem, igualmente, um relevante significado no contexto temático ora desenvolvido. De fato, o sistema jurídico oferta diversas ações judiciais que podem ser instauradas por provocação de segmentos organizados da sociedade. A ação civil pública e a ação popular são instrumentos de larga aplicação na defesa do meio ambiente, às quais ainda se pode agregar o mandado de segurança, além de outras medidas provocadas pela população, como, por exemplo, as queixas-crimes que terminam gerando ações criminais.

É certo que essas ações não dispensam a participação efetiva do Ministério Público, a cujo órgão cabe, afinal, a legitimidade para o exercício das ações judiciais preconizadas. Mas não se pode negar, em sã consciência, que somente os impulsos populares já evidenciam o quão é importante a inovadora regra constitucional sob análise.

4 Licenciamentos ambientais

Entre as diferentes questões que envolvem ordenamento jurídico brasileiro em matéria ambiental, pontifica, sem dúvida, o sistema de licenciamentos, porquanto dele depende a efetiva eficácia do conjunto normativo concebido como instrumento de proteção e controle dos recursos naturais.

Nesse contexto, ganha especial relevo a questão terminológica acerca das variadas modalidades de licenciamentos, na medida em que cada uma tem significado jurídico próprio e, por efeito, produz efeitos diferenciados.

Outro aspecto que merece especial enfoque é o instituto do *poder de polícia* de que se revestem os atos administrativos em geral, cuja teorização se expande para os licenciamentos ambientais e particularmente para os que dizem respeito aos recursos hídricos.

Não é sem razão, portanto, que esses dois aspectos merecem espaço nesta tese.

5 A questão terminológica

Os mecanismos de proteção dos bens ambientais são utilizados em três momentos: antes, durante e depois das atividades que se submetem ao controle do Poder Público. É o que observa José Afonso da Silva (2000, p. 243), para quem “a legislação prevê controles prévios, concomitantes e sucessivos por parte das autoridades públicas, a fim de verificar a regularidade do exercício das atividades controladas”.

Entre os instrumentos de controle prévio figuram a *licença*, a *autorização* e a *permissão*. O *Estudo de Impacto Ambiental* (EIA) (cuja previsão tem assento no art. 225, §1º, inciso IV da Constituição Federal) – que é exigido para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente – é colocado como um dos mais importantes documentos que funcionam como pressuposto básico para o licenciamento ambiental de certas atividades.

Entre os mecanismos de controle concomitante com as atividades controladas, citam-se a *fiscalização*. As *vistorias*, *termos de conclusões de obras* e *habite-se* são formas de controle sucessivo, porque são feitos depois de concluídas as atividades licenciadas.

Cada um desses institutos têm significado técnico próprio e, por isso, não devem ser confundidos. *Licença* não é a mesma coisa que *autorização*, nem esta constitui *permissão*.

Entende-se por *licença* o ato administrativo que, com fundamento em direito preexistente do requerente, libera-o para a execução da atividade pretendida, preenchidas certas exigências legais, conforme o caso. Vale dizer, o interessado tem direito de executar a atividade, mas precisa preencher certas formalidades das quais depende a expedição do ato.

A *autorização*, por sua vez, não tem respaldo em direito subjacente do requerente, mas, ao contrário, pressupõe uma proibição geral expressa ou decorrente de um sistema, a qual é removida pelo ato autorizativo. Neste caso, o direito do requerente para o exercício da atividade que programa executar nasce com a liberação formal, consubstanciada em um documento cuja virtude é justamente remover o empecilho da proibição preexistente. Destarte, pressupondo-se a existência de proibição geral, a não obtenção da autorização implica ilícito e, portanto, submete o infrator às penalidades legais.

O termo *permissão*, conquanto seja ordinariamente empregado até em textos legais com diferentes conotações, tem o seu significado peculiar no Direito Administrativo, notadamente em matéria de licenciamentos. Na lição de Hely Lopes Meirelles (1987, p. 171), a *permissão*:

É o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização; a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.

Anotam-se muitas situações em que o legislador brasileiro, talvez inadvertidamente, emprega o termo *permissão* ou cognatos, como “é permitido”, “não será permitido”, “é vedado”, “é defeso”. Não raro, vêem-se expressões como “permissão mediante licença” ou “permissão mediante alvará de licença” ou, ainda, “permissão

mediante autorização prévia e expressa”, e muitas outras.

Alguns exemplos permitem identificar essa costumeira confusão legislativa. O art. 174, §§ 3º e 4º da Constituição Federal prescreve que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, estabelecendo para a atividade garimpeira a prioridade na autorização ou concessão às cooperativas para a pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando. Vê-se que o legislador constituinte empregou os termos *autorização* e *concessão* no mesmo dispositivo. Note-se que a Lei n. 7.805, de 18 de julho de 1989, que veio disciplinar o regime de permissão de lavras garimpeiras, empregou os mesmos vocábulos na Lei Maior, quando, tecnicamente, devia empregar o termo *permissão*, porquanto o objeto de uso pertence à União, logo, ao Poder Público.

Para realçar a importância do correto emprego do termo, considerando que o exercício do direito reconhecido às cooperativas de garimpeiros está condicionado à proteção do meio ambiente, José Afonso da Silva (2000, p. 247) observa a correção dos termos empregados nos artigos 13 e 16 da citada lei, onde se lê *licença* do órgão competente (no caso, o IBAMA) e, no art. 19, *permissão* de lavra e *concessão* de lavra. Assim, a *autorização* é para a pesquisa, a *permissão* é para a lavra de garimpagem e a *concessão* é para qualquer outra lavra que não seja a garimpagem.

Outros termos são ainda utilizados na legislação brasileira, cujo significado deve ser percutientemente analisado, para que não se confundam os seus efeitos. Exemplificativamente, fala-se em *concessão*, *outorga*, *aprovação*, *consentimento*, *assentimento*, *anuência* etc. O vocábulo *outorga* é especificamente empregado na legislação destinada à proteção dos recursos hídricos, o que será objeto de abordagem em outro capítulo deste trabalho. Impõe-se lembrar, também, a distinção entre os termos *licença* e *licenciamento*, não raro também confundidos. Dada a sua aplicação específica em matéria ambiental, especial atenção será dispensada a esse tema em outro momento.

A par desses atos de natureza administrativa e de caráter preventivo, coloca-se ainda a *fiscalização*, que se realiza durante o desenvolvimento das atividades licenciadas, autorizadas ou permitidas. São atos que emergem do *poder de polícia* da Administração e, por isso mesmo, têm importância marcante, até porque deles podem resultar a cassação ou

o cancelamento da outorga dada, além de outras penalidades previstas em lei.

Por fim, resta acrescentar que existem atos que se realizam após a conclusão das atividades sob o controle do Poder Público. Esses atos se consubstanciam em *laudos de vistorias, termos de conclusão de obras*, ou nos chamados *habite-se*. Embora sejam praticados após as atividades desenvolvidas, também reúnem consistência jurídico-legal, porque investigam o cumprimento de todas as condições e requisitos anteriormente estabelecidos, podendo gerar obrigações e penalidades para o administrado inadimplente.

Todos esses atos embutem o *poder de polícia* peculiar nos atos administrativos, sem o que a atuação do Poder Público seria comprometido em sua eficácia. Por essa razão, considera-se pertinente uma incursão teórica sobre esse importante instituto jurídico.

A esse respeito, já foi dito em passagem anterior que as licenças ambientais são atos administrativos e, portanto, praticados pela Administração Pública. É perfeitamente compreensível, nessa linha de raciocínio, que a administração pública disponha do *poder de polícia* para que suas ações sejam cercadas de maior segurança e respeitabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro o conceito de *poder de polícia* é encontrado no art. 78 do Código Tributário Nacional, cuja transcrição merece ser feita, por sua singular importância nesta abordagem, *verbis*:

Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A definição legal do *poder de polícia*, embora tenha sido dada no âmbito do Direito Tributário, pode ser aplicada para os licenciamentos ambientais, se se considerar que estes, igualmente, limitam e disciplinam direitos de particulares, regulando-lhes a prática de ações de interesse público.

Discute-se, no entanto, se o poder de polícia tem a natureza jurídica de uma *faculdade*, um *poder* ou uma *atribuição* do Poder Público. Para responder a tais questionamentos, recorre-se à abordagem atrás desenvolvida sobre a questão terminológica.

Viu-se, com efeito, que *licença* não se confunde com *autorização*, nem com *permissão*. Cada um desses atos tem o seu significado técnico próprio. A primeira pressupõe direito subjacente do interessado na atividade que pretende desenvolver. Tem direito, mas há de se submeter ao cumprimento de certas exigências legalmente estabelecidas para o seu exercício, conforme o caso. A segunda, ao contrário, tem por pressuposto não um direito preexistente do interessado, mas uma proibição legal para a prática do ato pretendido. O ato administrativo funciona como instrumento de remoção desse óbice. A *permissão*, à sua vez, tem por pressuposto um interesse coletivo a ser alcançado com a realização de uma atividade concorrente com o Poder Público, por isso que a doutrina classifica esse ato administrativo como de natureza *negocial*, *discricionária* e de *caráter precário*. Negocial, porque se concretiza pelo acordo de vontades entre o particular interessado e o Poder Público. Discricionária, porque a vontade do Poder Público pode impor condições, tendo sempre presente o interesse público. E se considera de caráter precário, porque pode ser revogada em razão de fatos supervenientes que aconselhem a resolução.

O poder de polícia que se examina como elemento intrínseco dos licenciamentos ambientais, segundo abalizadas opiniões, não pode ser considerado uma *faculdade*, posto que cabe à administração pública, em função do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, o indispensável dever de fazer valer a legislação elaborada pelos órgãos competentes. A rigor, o princípio de legalidade preconizado no art. 37 da Constituição Federal é que dá consistência ao princípio da obrigatoriedade atrás lembrado.

Por outro lado, o vocábulo *poder* empregado na alocação *poder de polícia* não parece ter o sentido ordinário de mando, mas o sentido de *dever*, de uma obrigação natural da administração pública, a partir da idéia acima exposta sobre os princípios da obrigatoriedade e da legalidade. Aliás, é de se lembrar que o antigo Tribunal Federal de Recursos já havia marcado posição em torno dessa compreensão, ao dizer que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas”. (*apud* DAWALIBI, 2000, p. 82).

Não se pode olvidar, no entanto, que o cumprimento desse *dever* reside na supremacia do interesse público sobre o individual, o que não deixa de conferir uma certa *discricionariedade* ao Poder Público.

Então, se *poder de polícia* não é uma *faculdade* conferida à Administração Pública, nem significa *poder* com o sentido real de mando, a variável que remanesce é a de que se configura uma *atribuição* do Poder Público, conforme o conceito que Marcelo Dawalibi arriscou fazer com os seguintes termos:

[...] é a atribuição conferida à Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens e exercício de atividades e direitos individuais, com o objetivo de compatibilizá-los com o interesse público ou social. (DAWALIBI, 2000, p. 82).

Insta observar, contudo, que o cumprimento dessa atribuição embute um teor de *discricionariedade*, uma vez que o Poder Público age em nome do interesse coletivo nas diferentes manifestações provocadas por particulares. Não se quer dizer, com esta observação, que o poder de polícia somente se evidencia na *permissão*, enquanto ato administrativo praticado no interesse coletivo, como já foi salientado em outro ponto. O poder de polícia também se insere nas *licenças* e nas *autorizações*.

A discricionariedade que se quer inserir como componente do *poder de polícia*, todavia, não é absoluta. Há que ser dosada nos limites da não abusividade dos agentes do Poder Público que, não raro, dela se valem para cometer arbitrariedades incompatíveis com o próprio Estado Democrático de Direito. Têm-se, nos dias atuais, incontáveis exemplos de atrocidades praticadas pela Administração Pública, em nome da *discricionariedade*, tais como a aplicação de multas de trânsito por supostas infrações tipificadas por guardas despreparados, sem que se dê oportunidade ao suposto infrator de defender-se, a despeito da regra constitucional contida no art. 5º, inc. LV, conferidora do direito da mais ampla defesa e do contraditório. A *discricionariedade* que se embute no poder de polícia, como um dos seus ingredientes, não prescinde da obediência aos ditames da lei. A liberdade conferida aos agentes públicos para impor certas condutas aos administrados não pode exceder aos limites da razoabilidade, atento aos direitos fundamentais consagrados na Lei Magna.

A propósito – e à guisa de exemplo –, faz-se oportuno o registro de um caso concreto ocorrido no Estado de Goiás, em que o Egrégio Tribunal de Justiça, adotando posição de grande repercussão local, cassou uma sentença proferida em ação civil pública intentada pelo Ministério Público contra o Município de Goiânia, visando à sua responsabilização civil por danos materializados em função da omissão do Poder Público, sobre o zelo de certas praças. Discutia-se, em tal processo, sobre a possibilidade jurídica do pedido formulado pelo *parquet* goiano. O julgador monocrático considerou inepta a

petição inicial, sob o argumento de que o pedido era juridicamente impossível, nos termos do art. 295, I e respectivo parágrafo único do Código de Processo Civil. O Município de Goiânia sustentava a tese de que não era imputável, à Administração Municipal, uma obrigação de fazer, caso o autor fosse vencedor, por ausência de direito material. Argumentava mais que a manutenção do patrimônio público estava circunscrita na esfera do poder discricionário do executivo municipal. No voto do Relator, acolhido por seus pares, o Desembargador Antonio Nery da Silva transcreveu um longo trecho doutrinário atribuído à “estudiosa e lúcida jurista Lúcia Valle Figueiredo”, acerca da *discricionarietà* e, louvando-se em tais estudos doutrinários, concluiu o seu voto assinalando que “o poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e sujeita-se à regular apreciação pela autoridade judicante”.⁶⁵ O magistrado goiano, em outro trecho, deu ênfase ao seu raciocínio com a seguinte colocação, *verbis*:

Não é trabalho de coveiro que enterra vivas as esperanças cívicas da sociedade; nem é trabalho de catador de estrelas que se perde em devaneios irrealizáveis. É trabalho “médico-jurídico”, pelo qual se aplica o “remédio-lei” para apaziguar o “paciente-sociedade” e vivificá-lo. (RT 721/207).

6 Licenciamento e licença ambientais

Feitas as considerações acerca do *poder de polícia*, – que se insere nos atos administrativos que liberam, de uma forma ou de outra, o exercício de atividades que deles dependem –, é hora de adentrar ao tema proposto. Com efeito, as palavras *licenciamento* e *licença* se acham impregnadas na legislação pátria, notadamente no ordenamento jurídico ambiental. Sobre o primeiro vocábulo, oportuniza-se destacar o art. 10 da Lei n. 6.938, de 1981, com a redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989.⁶⁶

O termo *licenciamento*, em tal legislação, significa o procedimento do qual emana a *licença*, *autorização* ou *permissão*. No campo do Direito Ambiental, foi a

⁶⁵ Ac. unânime da 3ª Câmara Cível, RT 721/207.

⁶⁶ Art. 10 – A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SINAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997, do CONAMA, que se encarregou de dar o significado de *licenciamento ambiental* e de *licença ambiental*, colocando aquele como procedimento, vale dizer, o conjunto de vários atos que redundam na expedição da licença, e esta, à sua vez, como ato administrativo, o último do procedimento.

Colocada essa premissa, portanto, não se deve confundir licenciamento com licença.

Destarte, se o *licenciamento ambiental* é um procedimento complexo que compreende uma série de atos praticados no âmbito da Administração Pública, obviamente, isso envolve todos os entes federados: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Daí dizer-se que existe um verdadeiro *sistema de licenciamento*. Aliás, essa compreensão pode ser extraída da leitura do já transcrito art. 10, da Lei n. 6.938, de 1981. A alocação “sem prejuízo de outras licenças exigíveis” inserta na parte do dispositivo comentado permite a ilação de que pode haver superposição de licenciamentos, o que não agrada, evidentemente, aos interessados, porque sobre estes recaem os ônus burocráticos. Essa possibilidade de tríplex licenciamento provoca não apenas insegurança, mas também uma instabilidade jurídica do sistema.

Não são poucas as críticas feitas ao sistema. Paulo de Bessa Antunes (2000, p. 104), por exemplo, é veemente em suas considerações críticas a respeito dessa temática, ao ponto de afirmar que “[...]a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação”. E, como corolário do seu raciocínio, adverte:

O ponto fundamental que deve ser considerado é que o licenciamento é basicamente uma atividade a ser exercida pelo Poder Público estadual. As autoridades federais somente podem atuar em casos definidos, ou supletivamente à autoridade estadual. Os municípios poderão complementar, no que couber, as exigências dos órgãos estaduais para atender necessidades locais.

Essas críticas ganharam ressonância no Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que, tentando resolver esse problema, baixou a Resolução n. 237/97, em cujo art. 4º, cometeu ao IBAMA a competência para conceder licenciamento ambiental a que se refere o art. 10, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Mas essa tentativa de solução não passou imune à crítica especializada, dada a circunstância de se tratar de uma simples *resolução*, cuja força normativa é discutível. Aliás, foi o mesmo Paulo Bessa Antunes (2000, p. 107) quem observou que “...o gravíssimo problema de superposição de atribuições somente poderia ser resolvido pela via legislativa e, jamais, pelo caminho da simples resolução administrativa, como foi feito”

Quanto às licenças ambientais, o art. 19, do Decreto n. 99.274, de 1990, dispõe que são três as espécies de licenças, a saber:

I – *Licença Prévia* (LP), que é dada na fase preliminar do planejamento da atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas fases subsequentes de sua implementação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo;

II – *Licença de Instalação* (LI), pela qual é facultado ao interessado o empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes; e

III – *Licença de Operação* (LO), pela qual se possibilita a operação da atividade ou empreendimentos, após a verificação do efetivo cumprimento das condições estabelecidas nas licenças anteriores.

Sem dúvida, é trabalhosa a tarefa de identificar todas as situações em que se exigem *licenças ambientais*, enquanto meios de controle preventivo, pelo Poder Público, das mais diversas atividades, porquanto elas estão embutidas numa legislação ainda esparsa, adensadas em diferentes ramos da ciência jurídica, com destaque para o Direito Ambiental e Direito Agrário.

Mas, considerando que são elas que viabilizam o exercício de múltiplas atividades pelos particulares – e que se submetem ao controle do Poder Público –, não faz mal indicá-las neste trabalho, ao menos quanto às categorias. É o que se encontra no Anexo 1, da Resolução n. 237/97, distribuídas sob as seguintes rubricas:

a) Extração e tratamento de minerais; b) Indústria de produtos minerais não metálicos; c) Indústria metalúrgica; d) Indústria mecânica; e) Indústria de material

elétrico, eletrônico e comunicações; f) Indústria de material de transporte; g) Indústria de madeira; h) Indústria de papel e celulose; i) Indústria de borracha; j) Indústria de couros e peles; l) Indústria química; m) Indústria de produtos de matéria plástica; n) Indústria têxtil, de vestuário, calçados e artefatos de tecidos; o) Indústria de produtos alimentares e bebidas; p) Indústria de fumo; q) Indústrias diversas; r) Obras civis; s) Serviços de utilidade; t) Transporte, terminais e depósitos; u) Atividades diversas; e v) Usos de recursos naturais.

Dessas categorias de atividades ou empreendimentos, a que mais interessa na presente abordagem é a última: *usos de recursos naturais*, posto que o objeto desta pesquisa está direcionado para a natureza jurídica da outorga, como instrumento de controle do uso dos recursos hídricos.

Pode-se concluir, a propósito, que essa outorga tipifica-se como *licenciamento* – enquanto procedimento – e se insere entre as hipóteses de licenças para viabilizar atividades. Não é, porém, uma *licença* no estrito sentido da palavra.

7 O poder de polícia nos licenciamentos ambientais

É de fundamental importância inserir-se, nesta abordagem, a pertinência do poder de polícia nos licenciamentos ambientais, dado que o mesmo figura como ingrediente indispensável à eficácia dos atos, sem o que a disciplina jurídica estabelecida não reúne a densidade desejada. Talvez por isso, a doutrina administrativista identifica dois atributos ao poder de polícia: a *coercibilidade* e a *auto-executoriedade*. O primeiro caracteriza-se por sua imperatividade, uma vez que impõe condutas ao destinatário do ato administrativo. O segundo atributo consiste na possibilidade que tem a Administração Pública de se valer de mecanismos próprios para compelir o administrado a cumprir suas obrigações, caso não o faça voluntariamente. Exemplo típico desse atributo é o que está previsto nos arts. 58 e 59 do *Código de Águas* (Dec. n. 24.643, de 10 de julho de 1934) que admite a reposição, ao estado anterior, das águas públicas, sem necessidade de acionar o Poder Judiciário para que isso seja feito pelo particular. A autoridade pública, com fulcro nesse princípio, pode socorrer-se de instrumentos próprios, até mesmo da força policial para esse fim.

Não se pode perder de vista, entretanto, que, na hipótese de aplicação de penalidades ao infrator, é imperioso observar os preceitos constitucionais que abrigam as garantias constitucionais concernentes ao *devido processo legal* e à abertura de ensejo ao infrator para o exercício do *contraditório* e da *ampla defesa* (CF, art. 5º- LIV e LV). Para tanto, deve ser instaurado um procedimento administrativo, ao qual o administrado deve ser chamado a dizer sobre os seus direitos, e, somente no final, será proferida a decisão administrativa devidamente fundamentada.

Importa lembrar, aqui, outro ângulo da abordagem. É que o *poder de polícia* pode ser exercitado nos diferentes níveis da Administração Pública, na medida em que a competência para tal mister está ordinariamente vinculada à competência legislativa. Dependendo da matéria a ser legislada, o exercício do poder de polícia pode se dar não apenas no âmbito federal, mas também no estadual e no municipal. É o que ocorre, por exemplo, nas questões ambientais, para as quais o ordenamento jurídico atribui a competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24-VI, VII e VIII, CF), e a estende aos Municípios quando legisla sobre assuntos de interesse predominantemente local (art. 30, I-CF).

Daí se segue que não é desarrazoado afirmar-se que todos os entes que compõem o sistema federativo exercem o poder de polícia nos licenciamentos ambientais. Não se pode esquecer, ademais, que a proteção do meio ambiente é um dever imposto a esses entes, conforme o disposto no art. 24-VI e VII, harmonizados com o art. 225 da mesma Carta Política. Sem o poder de polícia, o cumprimento desse mandamento constitucional se inviabiliza.

O poder de polícia pode ser exercitado em atos *preventivos* e *repressivos*. Os primeiros verificam-se quando se pretende evitar lesões ao interesse público. É o que acontece no deferimento das autorizações ou licenças. Os atos repressivos, por sua vez, consubstanciam-se na aplicação de penalidades administrativas pela autoridade competente, naturalmente depois de um regular procedimento.

Ao tema ora desenvolvido interessa mais de perto o exame do instituto do *poder de polícia* nos atos preventivos, que compreendem a *licença*, a *autorização* e a *permissão*, cujo significado terminológico já foi analisado no início desta abordagem.

Deve-se anotar, no entanto - e por oportuno - que a licença é tida como *ato vinculado*, enquanto as demais se situam na categoria de *atos discricionários*.

Por *ato vinculado*, na lição de Mário Masagão (1977, p. 149), se deve entender “aquele que alguma norma jurídica, obrigatória para o órgão que o realiza, manda praticar num determinado sentido, desde que surjam os requisitos, por ela previamente estabelecidos”. O *ato discricionário*, à sua vez, para o mesmo autor, “é o que o poder público pode praticar, ou deixar de praticar, conforme entenda conveniente para a administração”.

Essa classificação dos atos administrativos – onde, aliás, o poder de polícia mais se evidencia –, ganha maior importância na abordagem concernente às questões ambientais, porque a *licença ambiental* muitas vezes se confunde com *autorização ambiental*, notadamente quando se trata de exploração dos recursos hídricos, que é o cerne desta pesquisa.

Veja-se, por exemplo, a exigência de autorização para a perfuração de um simples poço para extração de água subterrânea, prevista no art. 49, inciso V da Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997⁶⁷. Para esse mister insignificante no contexto geral do uso de águas, a lei exige autorização prévia do IBAMA.

Ora, se a *autorização* é um ato discricionário pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito de realizar certa atividade, depois de aferir a sua conveniência e oportunidade, soa estranho que o legislador tenha empregado o vocábulo *autorização* para o ato que faculta ao particular a perfuração de um simples poço para extração de água para consumo de sua família. E se isso se dá dentro da propriedade do interessado, sem repercussão no abastecimento da comunidade vizinha, melhor seria o emprego da licença, porquanto a hipótese aventada é das que se chamam *insignificantes* (art. 12, § 1º, da Lei 9.433/97), para a qual a outorga não é exigida.

Conforme já foi dito, alhures, *licença* e *autorização* têm caráter preventivo e se materializam por meio de alvará, que nada mais é do que um documento fornecido ao interessado, habilitando-o a realizar a atividade pretendida. A perfuração de um poço

⁶⁷ Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

dentro da propriedade particular é uma atividade para a qual se faz indispensável a expedição de um alvará pela autoridade administrativa competente.

Durante o desenvolvimento da atividade licenciada ou autorizada, a Administração Pública tem o dever da *fiscalizar*. E nesse mister também se evidencia o *poder de polícia*, justamente para evitar a ocorrência de danos decorrentes da referida atividade.

A *fiscalização* situa-se, nesse contexto, como importante ato administrativo de que pode resultar até na revogação ou cancelamento da autorização – já que esta tem caráter precário –, ou na imposição de sanção administrativa, em caso de licença, uma vez evidenciado que a atividade está sendo desenvolvida em desacordo com o interesse público.

O poder de polícia também se faz presente nos atos de *repressão*, vale dizer, na aplicação de penalidades administrativas previstas em lei, penalidades essas que podem consistir no cancelamento de licenças, na revogação de autorizações, na imposição de multas pecuniárias, na suspensão ou proibição da atividade, enfim, numa punição ao infrator das leis que regulam a atividade licenciada, autorizada ou permitida. Vale anotar, aqui, que a suspensão da outorga – em caráter temporário ou definitivo –, pode ser enquadrada como um típico ato de repressão.

O poder de polícia nos atos administrativos de repressão é exercitado em função das *infrações* e *aplicações* das respectivas sanções preconizadas no ordenamento jurídico, que, no entanto, não pode se afastar do princípio da legalidade (art. 5º-II, CF).

Ainda a propósito de infrações e sanções administrativas no âmbito das questões ambientais, pode-se informar que as mesmas se acham definidas na Lei n. 9.603, de 12 de fevereiro de 1998. Por seu art. 70, a mencionada lei define *infração administrativa ambiental* como sendo “[...] toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. No capítulo específico sobre o *Direito de Águas* a ser desenvolvido em frente, ver-se-ão quais as infrações e respectivas sanções preconizadas no sistema jurídico vigente.

À guisa de conclusão deste tópico, é possível afirmar-se que os licenciamentos ambientais aqui analisados sob os aspectos mais importantes, estão inseridos entre os

principais instrumentos para a política de proteção ambiental preconizada no texto constitucional, até porque, nessa empreitada, se envolvem, a um só tempo, a Administração Pública e o administrado, impondo-se a ambos o dever legal de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, consoante o mandamento constitucional consubstanciado no art. 225 da Lei Magna.

CAPÍTULO VI O DIREITO DAS ÁGUAS

1 A problemática da água

O jornal “Diário da Manhã”, da cidade de Goiânia, Capital do Estado de Goiás, na edição do dia 24 de julho de 2001, trouxe a seguinte manchete de primeira página: “Começa o racionamento de água em Goiás”. O texto que se seguiu à manchete contém a notícia – compreensivelmente alarmante – de que a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos de Goiás (SEMARH) suspendeu novas outorgas para a captação direta de água no Rio Paranaíba. A decisão foi tomada depois que a ANA (Agência Nacional de Águas) enviou uma recomendação à *Semarh*, baseada no registro de mais de 160 captações clandestinas em mananciais do Estado.

A notícia prosseguiu com as declarações do Sr. Rogério Márquez, chefe do Departamento de Outorgas da *Semarh*, esclarecendo que “a suspensão é uma medida preventiva, já que a captação direta diminui a vazão dos rios e isso pode prejudicar até mesmo o abastecimento público”. Em seguida, aquela autoridade deu a informação – igualmente preocupante –, de que, de 1999 a maio do ano 2001, a *Semarh* emitiu 1.478 outorgas, que incluem irrigação, lazer, abastecimento público e outras atividades. Só de pivôs centrais instalados nos rios goianos existiam 1.600 unidades, cuja sangria de cada um era da ordem de 55 litros por segundo. Esse volume seria suficiente para gerar eletricidade para uma cidade de 30 mil habitantes.

Esse quadro permite as mais variadas especulações por parte de quantos estejam debruçados no estudo das questões ambientais no Brasil, sobretudo quando se

investigam as causas e efeitos da escassez de energia elétrica, com ameaças de indesejáveis “apagões”.

No campo do Direito, as investigações situa-se na análise dos instrumentos legais editados ao sabor de casuísmos justificados e de atos normativos baixados pelas autoridades sob as mais diferentes formas, aí incluídas as portarias, as resoluções etc. A suspensão de outorgas de uso de recursos hídricos, por exemplo, tem conteúdo marcadamente discricionário.

Nesse contexto, ganha importância a abordagem feita em outro capítulo sobre os institutos jurídicos da *vinculação* e da *discricionariedade* que também se aplicam aos atos administrativos ambientais concernentes ao gerenciamento dos recursos hídricos.

Desde quando se admitiu que a água é um recurso natural finito, pesquisadores de todas as áreas de conhecimento – aí incluída a do Direito –, passaram a desenvolver estudos os mais aprofundados na busca de soluções para os angustiantes problemas gerados pelo surgimento de conflitos de interesses sobre a utilização dos recursos hídricos, em função do desequilíbrio entre a demanda e a disponibilidade. A par disso, a utilização inadequada marcada pelo desperdício inconcebível tem merecido a atenção da comunidade científica do mundo inteiro.

No campo do Direito, buscam-se soluções por diferentes mecanismos. O *controle administrativo do uso de águas* é um desses instrumentos que, cada vez mais, reclama regulamentação mais aprimorada e mais eficaz. Afinal, a regra constitucional embutida no art. 225 da Constituição Federal tem por escopo garantir melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Esse justificado controle passa por um conjunto de regras específicas que dão azo a decisões vigorosas oriundas do Poder Público, valendo-se de vários órgãos de gerenciamento dos recursos hídricos, que formam um verdadeiro sistema. Controlar o uso das águas é fixar-lhe os limites e estabelecer condições. Esse mister, por si mesmo, pressupõe uma necessária carga de discricionariedade nos mais diferentes atos administrativos. Mas isso não significa que os agentes públicos podem dispensar a observância da legalidade estrita caracterizadora dos atos vinculados.

2 O poder de polícia das águas

Interessa ao presente estudo o controle que a Administração Pública exerce em tudo que diga respeito à utilização da água. Não se trata de controlar a Administração Pública nos atos que pratica dentro da legalidade, mas de examinar até mesmo as decisões administrativas tomadas com aquele objetivo.

Para alcançar os resultados preconizados no ordenamento jurídico estabelecido, é evidente que o *poder de polícia* também se faz necessário e justificado. É o que a doutrina vem chamando de *poder de polícia das águas*.

Para Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 172), “o poder de polícia das águas consiste no efetivo controle da utilização de um bem cuja preservação é condição básica da existência de vida no planeta”. Não se trata de inibir o exercício da liberdade humana, mas, ao contrário, cuida-se de providência destinada a assegurar condições de vida para o homem e para a sociedade.

Busca-se um fundamento desse *poder de polícia das águas* no âmbito do Direito Administrativo, e mais uma vez vai-se encontrar respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, partindo-se do raciocínio de que uma das funções do Poder Público é também intervir no exercício da atividade privada que se contraponha ao interesse coletivo. Pode-se dizer que é o mesmo princípio norteador da desapropriação.

No que concerne ao controle do uso das águas, o Poder Público há de preocupar-se não apenas com os danos que o mau uso possa gerar, mas também com a limitação qualitativa e quantitativa desse uso e com a poluição. Afinal, o exercício do direito de propriedade assegurado na Carta Magna está condicionado ao cumprimento de sua função social. E, embora não mais existam águas de propriedade particular, o seu uso é garantido, desde que não prejudique o interesse geral.

O *poder de polícia* exercido pela Administração Pública visando ao controle do uso das águas pode ser utilizado em diferentes atividades, tais como na regulamentação, na concessão de outorga do direito de uso, nos licenciamentos ambientais para despejos nos corpos hídricos, na proteção das matas ciliares, na fiscalização, na aplicação das penalidades a infratores e outras.

Dois fundamentos são apontados pela doutrina para justificar o exercício do poder de polícia sobre as águas: o primeiro, porque as águas hoje pertencem ao domínio público (União e Estados); e, segundo, porque cabe ao Estado o poder de regulamentar. Essa opinião é compartilhada por Maria Luiza Machado Granziera, ao adotar a lição de Cid Tomanik Pompeu, assim expressa:

Ao exercerem o poder de polícia sobre as águas públicas, a União e os Estados têm dupla posição: a primeira, na qualidade de titulares do domínio do respectivo bem público água; a segunda, na de poderes públicos encarregados, concorrentemente, da defesa e proteção da saúde da coletividade. (GRANZIERA, 2001, p. 176).

3 A água como recurso ambiental

A consideração de que a água é um recurso ambiental, a Constituição Federal de 1988 lhe reservou espaço destacado em seu texto. As Constituições anteriores silenciaram sobre o meio ambiente, embora a água já fosse considerada em seu texto, ensejando a edição de regras jurídicas (CC/1916, direitos de vizinhança - arts. 563 e ss.) e Código de Águas (Dec.24.643/34). Não havia, porém, um tratamento holístico para a matéria.

A CF/88, ao inserir um capítulo inteiro destinado ao meio ambiente (art. 225), além do art. 170 – que inclui sua defesa entre os princípios da Ordem Econômica – deu nova dimensão aos recursos naturais, entre os quais se inclui a água. A Lei n. 6.938, de 31.7.81 – que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – dispôs, em seu art. 3º-V, que os recursos hídricos, aí compreendidas as águas interiores, superficiais e subterrâneas, constituem um dos recursos ambientais.

A importância dos recursos hídricos como *bem ambiental* reside no fato de que a água é essencial à *vida*, ao *desenvolvimento econômico* e ao *bem-estar social*. São valores que ultrapassam todos os limites axiológicos. Daí que a legislação emergente justifica-se, inteiramente, até porque a escassez e a poluição das águas são fatores preocupantes. A escassez decorre do aumento do consumo pelo aumento da população e pelo desperdício perdulário, além da poluição criminosa que compromete a qualidade dos mananciais disponíveis.

Não se pode desprezar, por outro lado, proteção da vegetação - que também é um recurso ambiental, porquanto a sua preservação é indispensável à manutenção dos mananciais de água. Daí a pertinência do Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.65) que contém inúmeros preceitos atinentes às águas.

4 Os princípios de uso dos recursos hídricos

A conservação da água, como um recurso natural, coloca-se no contexto das normas ambientais, absorvendo-lhes os princípios, os quais são concebidos em tratados internacionais, que terminaram sendo fontes das leis emergentes, como, v.g., a Lei n. 9.433/97, considerada, hoje, a espinha dorsal do “Direito de Águas”. Não só os tratados internacionais tiveram influência na elaboração das leis sobre águas, mas também os encontros internacionais, com destaque para a Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente, em 1972, a Conferência das Águas, em 1977, em *Mar Del Plata* e a Conferência Rio/92 – que gerou a *Agenda 21* –, e a Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, realizada em Paris, em março de 1998.

Desses encontros, resultou a deliberação de que alguns princípios seriam observados pelos países signatários, e outros para serem observados internamente em cada país, de acordo com suas peculiaridades.

Esses princípios colocam o homem no centro das preocupações, porquanto merece viver em ambiente saudável. Bem por isso, o primeiro princípio destacado na Declaração de Estocolmo de 1972 é o seguinte:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que permita levar uma vida digna, gozar de bem estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento colocou a questão com maior propriedade, com o seguinte princípio: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

A Conferência de Paris realizado em 1998, por sua vez, destacou o seguinte princípio:

Os recursos hídricos são essenciais para a satisfação das atividades humanas, tanto as básicas como aquelas vinculadas à saúde, à produção de energia, alimentos e assim como à preservação dos ecossistemas e do desenvolvimento econômico em todas as suas fases: social, política etc.

O princípio do *desenvolvimento sustentável* é outro que tem merecido a maior atenção nos dias atuais, embora tenha sua origem no início da década de 70. É um princípio atinente à toda política ambiental, pois possui interfaces com a outorga do direito de uso da água, o licenciamento ambiental, os usos múltiplos, a noção de bacia hidrográfica como unidade de planejamento e gerenciamento.

O princípio da *prevenção* também se destaca sobremaneira, inspirando, inclusive, a legislação emergente, porque consiste em impedir a superveniência de danos ao meio ambiente, por meio de medidas apropriadas, de caráter preventivo, que podem repercutir na elaboração de um plano ou na realização de uma obra ou atividade causadora de impacto. Importa advertir, neste passo, que não se deve confundir *prevenção* com *precaução*. Este busca compatibilizar a atividade e a proteção ambiental, enquanto aquele não tem por pressuposto a realização do empreendimento. O exemplo mais significativo do princípio da prevenção é o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*. O princípio da *precaução* justifica a adoção de medidas que evitem um mal, durante a realização da atividade.

O princípio da *cooperação* é um dos mais importantes, sobretudo porque orienta ações voltadas para a luta contra a *poluição* e a *degradação* do meio ambiente. É um princípio que se coloca na linha de frente na celebração de acordos, convênios e contratos. Exemplo: Comitês de Bacias Hidrográficas. Não é um princípio exclusivo do Direito Ambiental, porquanto norteia a realização de outras políticas de interesse do bem comum. Anota-se, a propósito, que esse princípio se mostra evidenciado no art. 23 da Constituição Federal, que trata da competência comum dos entes federados para proteger o meio ambiente e combater a poluição. O art. 225 da CF também incorpora a idéia de *cooperação*, quando impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O princípio do *valor econômico* certamente inspirou o legislador brasileiro na elaboração do art. 1º, da Lei n. 9.433/97, que, entre outros *fundamentos*, coloca a água como recurso natural de *valor econômico*. E é justamente esse valor econômico que abre caminho para a *cobrança* pelo uso da água, o que já vem acontecendo em alguns Estados. A previsão de cobrança, aliás, está concebida como um dos *instrumentos* da Política Nacional dos Recursos Hídricos.⁶⁸

De acordo com esse princípio, é importante reconhecer como prioritário o direito básico de todo ser humano a ter acesso à água potável e ao saneamento, a um *preço acessível*. No passado recente, foi justamente o não-reconhecimento do valor econômico da água o responsável pela cultura – infelizmente ainda existente – que tem justificado o desperdício e os danos ambientais decorrentes do seu mau uso.

O princípio *poluidor-pagador e usuário-pagador* também reúne consistência indiscutível, porquanto leva em conta a idéia de que o usuário tem o direito a um ambiente limpo, e, por conseguinte, o poluidor não tem o direito de efetuar descarga de resíduos, devendo pagar pela poluição na proporção das descargas que efetua. Mas isso não significa que quem paga tem o direito de poluir. Já o princípio do *usuário-pagador* tem por fundamento o fato de que os recursos ambientais existem para o benefício de todos. O pagamento pelo uso da água aplica-se a todos aqueles que se utilizam do recurso ambiental, como, por exemplo, os serviços de abastecimento de água, aqueles que utilizam temporariamente o recurso para devolvê-lo ao corpo receptor posteriormente, os irrigantes, a indústria etc.

Vale lembrar, nesta passagem, que esses dois princípios já haviam inspirado o vetusto “Código de Águas”, aqui referenciado tantas vezes, porquanto o art. 109 já dispunha que “a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”. E, nos arts. 36, 109 a 111, preconizara a cobrança pelo uso da água, como também o fizera o art. 68 do Código Civil de 1916, então vigente.

⁶⁸ Lei n. 9.433/97, art. 5º, inc. IV.

5 O regime jurídico sobre águas

5.1 Nas Constituições brasileiras

Já foi salientado em outra passagem, que a *Constituição Imperial* de 25.3.1824 não tratou da matéria relativa às águas, porquanto estas pertenciam à Coroa Portuguesa, de acordo com as Ordenações. Mas garantiu direito de propriedade, no qual se incluíam as riquezas do subsolo, e, portanto, as águas (art.179, item 22). Poder-se-ia então dizer que as águas retiradas do subsolo de uma propriedade pertenciam ao proprietário, até então.

A primeira *Constituição Republicana*, que data de 24 de janeiro de 1891, também não dispôs sobre a questão dominial das águas, mas estabeleceu competência à União para legislar sobre *navegação* nos rios interiores, e atribuiu ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre os rios que banhassem mais de um Estado ou se estendessem a territórios estrangeiros.

A *Constituição de 16 de julho de 1934*, todavia, dispôs sobre o domínio de águas (art. 20-I), ao prescrever que os lagos e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhassem mais de um Estado, servissem de limite com outros países ou se estendessem a território estrangeiro, pertenciam à União, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Aos Estados cabiam as margens dos rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público, que não pertencessem à União, aos Municípios ou a particulares. Essa Constituição também dispôs sobre a competência da União para legislar sobre águas⁶⁹. Prescreveu, outrossim, que o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica dependia de autorização ou concessão de órgão federal, ainda que pertencessem a particulares⁷⁰.

A *Constituição de 10 de novembro de 1937* não alterou as disposições da Constituição de 1934, no que diz respeito às águas, mantendo-se a competência da União para legislar sobre águas, embora permitindo a delegação dessa competência aos Estados para legislar sobre a matéria, inclusive para suprir as lacunas da legislação federal⁷¹. De acordo com o art. 143 da mesma Carta, “as quedas d`água constituíam propriedade distinta

⁶⁹ CF/34, art. 16.

⁷⁰ CF/34, art.143.

⁷¹ CF/37, art. 17.

da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial”, razão por que dependiam de autorização federal.

A *Constituição de 18 de setembro de 1946* alterou substancialmente o direito anterior sobre a questão do domínio hídrico, porquanto excluiu os Municípios da categoria de detentores de domínio das águas (art. 34-I), o qual ficou restrito à União e aos Estados, sem afetar as de domínio de particulares, reservando, para a União, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio ou que banhassem mais de um Estado, servissem de limite com outro país ou se estendessem a território estrangeiro e, bem assim, as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países. Aos Estados foram reservados os lagos e rios existentes em terrenos do seu domínio e os que tivessem nascente e foz em seu território. Inovou, também, ao dispor que à União competia organizar a defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações⁷².

A *Constituição de 24 de janeiro de 1967* não alterou as disposições da Constituição anterior. Nem a *Emenda Constitucional nº1*, de 17 de outubro de 1969 introduziu modificações sobre a matéria.

A *Constituição de 5 de outubro de 1988*, todavia, ao destacar um capítulo inteiro sobre o *Meio Ambiente* (art. 225) e em diversas outras disposições, deu justificável destaque à questão dos recursos hídricos.

Em primeiro lugar, consagrou a tendência de *publicização* das águas, definindo a dualidade dominial, ao prescrever que todas as águas pertencem à União ou aos Estados, incluído também o Distrito Federal, consoante a localização⁷³. Se a CF/46 já havia banido os Municípios da titularidade dominial sobre as águas, mantendo, porém, o particular como titular desse direito, agora não mais o é, conferindo-se-lhe apenas o direito de *uso*. Se alguma dúvida ainda existia sobre a extinção do direito de propriedade sobre águas a particulares, a Lei n. 9.433, de 1997, afastou definitivamente essa dúvida, ao dispor, no art. 1º, que “a água é um bem de domínio público...”

⁷² CF/46, art.5º, inc. XIII.

⁷³ CF/88, arts. 20 e 26.

Como se pôde observar, houve uma evolução sobre o direito das águas nas Constituições brasileiras, no sentido de restringir a titularidade dominial, influenciando, conseqüentemente, a legislação infraconstitucional que será examinada adiante.

5.2 Na legislação infraconstitucional

Além do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10.7.34) – em parte ainda em vigor –, as principais leis que disciplinam a matéria concernente aos recursos hídricos são a Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. A primeira institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; enquanto a segunda cria a *Agência Nacional de Águas* (ANA). Além dessas leis e das leis estaduais que dispõem sobre essa matéria, há que se registrar, ainda, a existência de legislação esparsa e outros normativos de conteúdo regulamentar, tais como a Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997; e a Resolução n. 5, de 10 de abril de 2000, baixada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que estabelece diretrizes para a formação dos Comitês de Bacia Hidrográfica, e outros normativos. Esta resolução é de grande importância para a temática que aqui está sendo tratada.

6 As novas relações de domínio da água

Como foi visto no capítulo pertinente ao direito de propriedade, há apenas duas classes de *domínio* sobre os bens móveis ou imóveis: *público*⁷⁴ e *particular*.

Com relação aos recursos hídricos (considerados, em princípio, *bens imóveis*), a ordem constitucional vigente atribui a sua dominialidade somente à União e aos Estados, conforme já foi salientado em passagem anterior. É oportuno advertir, porém, que não se trata de um direito de propriedade imóvel que deva ser objeto de registro no cartório imobiliário, porquanto o Poder Público apenas tem a responsabilidade pela sua guarda e

⁷⁴ A legislação brasileira adota uma terminologia variável, ora tratando de “patrimônio público”, outras vezes de “acervo patrimonial público”, e tudo para dizer “bens do domínio público”.

administração, não podendo sequer dispor dos mesmos, já que uma das suas características é a *inalienabilidade*⁷⁵.

Embora caiba ao Poder Público disciplinar o uso dos recursos hídricos, o seu poder *discricionário*, hoje, se acha minimizado, porquanto a gestão desses recursos passou a ser compartilhada, cometendo-se uma parcela do poder decisório aos usuários da água e à sociedade civil, através dos Comitês de Bacias Hidrográficas. É esta uma das mais significativas inovações introduzidas no sistema jurídico vigente, atento ao *princípio da cooperação* que norteia a normatização dos recursos hídricos.

De acordo com o art. 20-II da CF/88, incluem-se entre os bens da União

[...] os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

E, consoante o art. 26-I da CF/88, incluem-se entre os bens dos Estados e do Distrito Federal “[...] as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nestes caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

Como se vê, o legislador constituinte valeu-se do *princípio da exclusão* utilizado no processo legislativo, para definir as águas que pertencem aos Estados e ao Distrito Federal. Mas, ao atribuir a dominialidade das águas subterrâneas a estes entes, deixou a dúvida sobre se a União dispõe de águas subterrâneas. Vladimir Passos de Freitas (2000, p. 24) acha que não, justificando o seu ponto de vista na ausência de regra constitucional explícita.

Outra questão que ainda se discute é sobre o domínio das *águas pluviais*. Pelo Código de Águas (art. 103) pertencem ao dono do prédio onde caírem diretamente, podendo o mesmo dispor delas à vontade, desde que não prejudique os vizinhos⁷⁶. Após passarem os limites do terreno, sujeitam-se ao regime das águas públicas. Pertencem também ao proprietário do terreno as águas pluviais que caírem dos beirais, as quais não poderão cair nos vizinhos.

⁷⁵ Lei n. 9.433/97, art. 18, *in fine*.

⁷⁶ O novo Código Civil, em seu art. 1.290.

Toda essa discussão sobre a dominialidade das águas fluviais decorre da exegese do art. 12, da nova “Lei de Águas”, que alude apenas à “[...] derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final...” Destarte, não estando as águas das chuvas em um corpo d’água, estaria aí a explicação da dispensa de outorga para o seu uso.⁷⁷

7 Organização administrativa do setor dos recursos hídricos

7.1 O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos tem como atribuições básicas, o planejamento e o controle administrativo, sobre os órgãos e entidades da Administração Pública, responsáveis pelo exercício do poder de polícia das águas. Cabe-lhe, portanto, implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos⁷⁸.

Esse Sistema é constituído de um conjunto de órgãos e entidades, governamentais ou não, encarregados de utilizar e aplicar os instrumentos da Política de Recursos Hídricos. São eles:

I – o Conselho Nacional dos Recursos Hídricos (CNRH);

II – a Agência Nacional de Águas (ANA);

III – os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal;

IV – os Comitês de Bacia Hidrográfica;

V – os órgãos do poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e Municipais;

VI – as Agências de Águas.

O *CNRH* é composto de 34 membros, com representantes de diversos Ministérios e Secretarias da Presidência da República, de representantes dos Conselhos

⁷⁷ A Lei n. 9.433/97, em seu art.12, §1º, não inclui a hipótese entre as exceções à regra de exigência da outorga.

⁷⁸ Lei n. 9.433/97, Tít. II, Cap. I, arts. 32 e 33

Estaduais, dos usuários e de organizações civis. É órgão da Administração Pública direta e, de acordo com o Decreto n. 2.612, de 3.6.98, tem função *consultiva, política, normativa e deliberativa*.

Os *Conselhos Estaduais* têm a sua composição definida por leis estaduais.

Os *Comitês de Bacia Hidrográfica* são instituídos de acordo com a área de atuação, podendo compreender a totalidade de uma bacia hidrográfica, a sub-bacia hidrográfica do tributário do curso d'água principal da bacia, ou grupo de bacias ou sub-bacias contíguas (art. 37, LA). São, portanto, flexíveis. Os Comitês de Bacias serão dirigidos por um Presidente e por um Secretário, eleitos dentro dos seus membros (art. 40, LA).

A composição dos Comitês de Bacias depende de acordo político, porquanto é feita através de representantes: da União, dos Estados e do Distrito Federal, cujos territórios se situem em suas respectivas áreas de atuação; dos Municípios situados em sua área de atuação; dos usuários das águas e das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia. Cumpre observar, de passagem, que a representação dos entes públicos não pode ser superior à metade dos membros (§1º, art. 39). Também vale advertir que, nos Comitês de Bacia Hidrográfica, cujos territórios abranjam terras indígenas, devem ser incluídos representantes da FUNAI e das comunidades indígenas residentes na área⁷⁹.

Consideram-se *organizações civis*⁸⁰, as quais deverão estar legalmente constituídas:

- a) os *consórcios e associações intermunicipais* de bacias hidrográficas;
- b) as *associações regionais, locais ou setoriais de usuários*;
- c) *organizações técnicas e de ensino e pesquisa* com interesse na área de recursos hídricos;
- d) *ONGs* que tenham por objetivos a defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; e

⁷⁹ Lei n. 9.433/97, art. 39, §3º

⁸⁰ Lei n. 9.433/97, art. 47

e) *outras organizações* reconhecidas pelo CNRH ou pelos Conselhos Estaduais.

As *Agências de Águas*, por sua vez, têm por finalidade exercer a função de secretaria executiva dos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica. São criadas mediante autorização dada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos ou pelos Comitês Estaduais, por solicitação dos Comitês de Bacia Hidrográfica. Devem atender aos seguintes requisitos⁸¹:

I – prévia existência do Comitê de Bacia Hidrográfica;

II – viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso de recursos hídricos em sua área de atuação.

De acordo com o art. 44 da “Lei de Águas”, compete às *Agências de Água*:

I – manter *balanço* atualizado da disponibilidade de recursos hídricos em sua área de atuação;

II – manter o *cadastro de usuários* de recursos hídricos;

III – efetuar, mediante delegação do outorgante, a *cobrança* pelo uso de recursos hídricos;

IV - analisar e emitir *pareceres* sobre os projetos e obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso dos recursos hídricos;

V – acompanhar a *administração financeira dos recursos* arrecadados com a cobrança pelo uso;

VI – gerir o *Sistema de Informações* sobre os recursos hídricos em sua área de atuação;

VII – celebrar *convênios e contratar financiamentos* e serviços para a execução de suas competências;

VIII – elaborar a sua *proposta orçamentária*;

⁸¹ Lei n. 9.433/97, art. 43.

IX – promover os *estudos* necessários para a gestão dos recursos em sua área de atuação;

X – elaborar o *Plano de Recursos Hídricos* para apreciação do Comitê;

XI – propor ao Comitê de Bacia Hidrográfica o *enquadramento de corpos de água nas classes de uso*, os valores a serem cobrados pelo uso, o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança e o rateio de custo das obras de uso múltiplo.

A participação de outras pessoas alheias à Administração Pública é uma novidade estabelecida pela própria ordem jurídica, visando à implementação da chamada gestão compartilhada do uso de águas. Mas se discute se essa participação significa “descentralização” das decisões, uma vez que o art. 1º-VI da Lei 9.433/97 fala que “a gestão dos recursos hídricos deve ser *descentralizada* e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade.” A esse respeito, a doutrina lembra que, em Direito Administrativo, “descentralização significa a “criação, pelo poder público, de uma pessoa jurídica de direito público ou privado, à qual se atribui titularidade e a execução de um determinado serviço público”⁸². Segundo ainda a opinião abalizada de ⁸³GRANZIERA “[...] a descentralização referenciada na “Lei de Águas” tem o significado de viabilizar a chamada *democracia administrativa*, que passou a ser uma das características da Administração Pública contemporânea”.

7.2 Objetivos do sistema

De acordo com o art. 32 da Lei 9433/97, são objetivos do sistema:

I – *coordenação da gestão* integrada das águas;

II – *arbitramento administrativo dos conflitos*, compreendendo duas instâncias; os Comitês de Bacia Hidrográfica da primeira instância e o Conselho Nacional de Recursos Hídricos a segunda instância;

III – *implementação da Política Nacional dos Recursos Hídricos*;

⁸² PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 298.

⁸³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit. p.155.

IV – *planejamento, regulação e controle* do uso, da preservação e da recuperação dos recursos hídricos. O planejamento compreende a fixação de metas; a regulação e o controle dizem respeito ao exercício do Poder de Polícia;

V – *promover a cobrança* pelo uso dos recursos hídricos.

Sobre a *Agência Nacional de Águas* (ANA), que foi criada pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, deve-se adiantar que é uma *autarquia sob regime especial*, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, que tem por finalidade implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, como integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.⁸⁴ Quanto às suas atribuições⁸⁵, informa-se que compreendem 17 itens, cuja enumeração parece dispensável diante dos objetivos desta pesquisa.

8 Os instrumentos para a gestão dos recursos hídricos

O sistema jurídico pertinente à gestão dos recursos hídricos concentra suas ações em dois grupos, a saber:

I – o planejamento; e

II – o controle administrativo do uso.

Como instrumento de *planejamento* estão os *planos de bacia hidrográfica*, a *classificação*, o *enquadramento dos corpos de água* em classes e o *sistema de informações*. O papel básico do planejamento é organizar e definir a utilização da água, solucionando ou minimizando os efeitos dos conflitos de interesse sobre esse bem natural.

O instrumento de *controle* do uso, por sua vez, consiste basicamente na outorga. Indiretamente, também pode ser considerado o *licenciamento ambiental* para o controle sobre os despejos de efluentes e águas servidas nos corpos hídricos. Também pode ser considerada como instrumento indireto na *cobrança* pelo uso de águas.

⁸⁴ Lei n. 9.934/00, art. 3º

⁸⁵ Lei n. 9.934/00, art. 4º

8.1. Planejamento

Segundo Flávio Terra Barth (1987, p. 12), o planejamento para os recursos hídricos “é o conjunto de procedimentos organizados que visam ao atendimento das demandas de água, considerada a disponibilidade restrita desse recurso”.

Entre as diretrizes do Sistema Nacional de Recursos Hídricos acha-se a “articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional (art. 3º, da Lei 9433/97). Daí a sua importância, até porque adota o *princípio da cooperação* como fonte inspiradora.

8.2 Outorga de Direito de Uso da Água

Uma das mais importantes atividades cometidas à Administração Pública, no contexto gerencial dos recursos hídricos, é a liberação de *outorgas* de direito de uso da água. É o instrumento com que o poder público atribui ao interessado o direito de utilizar privativamente as águas, submetendo-o, evidentemente, a rígido controle. Daí dizer-se que é um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, consoante se vê na Lei n. 9.433/97 (art. 5º, inc. III).

Não há como negar a pertinência desse mecanismo de controle, uma vez que as bacias hidrográficas não são abundantes em toda parte do território nacional. Onde há abundância, o controle é menos rígido; onde há escassez, esse controle deve ser mais rigoroso. É a outorga, enquanto instrumento de controle, que viabiliza a aferição do grau de necessidade.

É certo que a outorga, embora com outras terminologia, já havia sido preconizada no antigo Código de Águas (Dec.lei n. 24.643, de 10 de junho de 1934), que dispunha, *verbis*:

Art. 43 – As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

O vocábulo *derivadas* (de derivação) ali empregado queria significar *desviadas*, vale dizer, deslocadas do seu curso. Hoje, porém, a palavra *derivação*

consignada na Instrução Normativa MMA 4/2000 tem o sentido de retirada de água proveniente de qualquer corpo hídrico. Tanto a *derivação* como a *captação* – termo também incluído na redação da referida Instrução Normativa – são largamente empregadas nas atividades da agricultura, da indústria e da higiene, atividades essas que provocam grande consumo de águas. Daí a necessidade de outorga. Naquela época, a outorga também se prestava para o chamado *balanço hídrico* que consistia em controlar as vazões dos rios, quando as águas eram utilizadas para aproveitamento hidroelétrico. Agora, esse balanço já não tem tanto significado, dada a flagrante escassez de águas em todos os setores, a exigir muito mais planejamento.

Outra crítica geralmente feita ao vetusto Código de Águas diz respeito à sua omissão quando ao controle de qualidade. A legislação atual contempla uma relação inseparável de qualidade e quantidade, conforme se vê no art. 11, da Lei 9.433/97, assim redigido:

Art. 11 – O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Como se observa, o instituto da outorga ganhou uma dimensão maior no atual contexto de dificuldades e de preocupações relacionadas com o mais importante recurso natural. A outorga não é uma espécie de ato administrativo como fora concebido em sua origem e como tal considerada na atual legislação. Hoje, ela representa um dos mais eficazes instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. Aliás, é um documento que está jungido, hoje, às diretrizes fixadas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas que aprovam os Planos de Bacia.

A justificativa do rigor nas decisões sobre outorga situa-se no *interesse público*, que é assim definido por Escola, citado por Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 184), *in verbis*:

[...] é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, o qual se estende a toda comunidade como consequência dessa maioria, e encontra sua origem no querer axiológico desses indivíduos, aparecendo como um conteúdo concreto e determinado, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto [...], prevalecendo sobre os interesses individuais que a eles se opõem ou afetem.

Em matéria de águas, esse interesse público identifica-se nos seguintes aspectos: a) interessa ao Poder Público, enquanto titular do domínio das águas, que tem o poder-dever de administrar esse precioso bem; b) interessa ao particular, enquanto usuário da água em suas necessidades básicas e outras finalidades específicas; e c) interessa à comunidade, no que respeita à preservação desse recurso, não apenas em quantidade, mas também em qualidade, para as atuais e futuras gerações.

É pacífico o entendimento de que a *outorga do direito de uso dos recursos hídricos* emerge do poder de polícia administrativa exercido por autoridade competente. É o que se retira da leitura do art. 14 da “Lei de Águas”. A autoridade competente a que se refere o texto legal é aquela a cuja esfera pertence o domínio das águas. Assim, na esfera federal, atualmente, essa competência é da Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei n. 9.984/00 (cf. art. 4º-IV). Já na esfera estadual ou do Distrito Federal, a outorga compete aos órgãos indicados nas respectivas legislações.

Ao exame dessas competências, colocam-se algumas questões de significativa importância ao presente estudo. A primeira diz respeito à articulação que deve haver entre a União e os Estados, já que, de acordo com a nova ordem constitucional, as águas passaram a pertencer apenas a esses entes; a segunda concerne à abrangência territorial da outorga; e a terceira refere-se à discricionariedade administrativa embutida em cada concessão de outorga, posto que as prioridades são estabelecidas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas.

Todas essas questões são pertinentes. Sabe-se que grande parte das bacias hidrográficas se compõem de rios do domínio da União e dos Estados. Sabe-se, também, que esses entes federados têm poder de polícia para conceder outorgas sobre as águas que lhes pertencem. Para deslindar o impasse, o art. 4º, da Lei 9.433/97 dá o norte, recomendando articulação entre os referidos entes federados. Mas a lei não fornece parâmetros ou critérios para essa articulação que, indubitavelmente, se coloca no terreno da negociação e, em razão disso, embute discricionariedade.

Analisando essa questão, Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 186) oferta uma sugestão, assim formulada:

Uma forma de estabelecer os necessários parâmetros pode ser a fixação de determinada vazão e de certo padrão de qualidade de água, na confluência de rios, um estadual e outro federal, sem restringir demais a ação das partes envolvidas, porém assegurando a não-ocorrência de danos sensíveis a jusante. (GRANZIERA, 2001, p. 186)

A mesma autora, porém, aponta outro parâmetro previsto na própria *Lei de Águas*, em seu art. 14, § 1º, ao contemplar a *delegação de competência* conferida pela União aos Estados e ao Distrito Federal para concederem outorga de direitos de uso de águas de seu domínio. Adverte, porém, que a delegação de competência também embute um poder discricionário conferido à União.

A outra questão refere-se à abrangência da outorga, posto que a lei não indica o espaço territorial que deve ser considerado, deixando a critério da autoridade, em razão do seu poder de polícia. A solução parece estar no art. 7º, VIII da Lei n. 9.433/97, ao conferir competência aos Comitês de Bacias Hidrográficas para fixarem as prioridades. Nesse mister, esses Comitês podem delimitar a área de abrangência geográfica das outorgas.

A terceira observação posta em debate trata da *discricionariedade* que envolve a outorga. Essa é uma questão que ganha especial relevo no presente estudo, que também se propõe analisar a vinculação e a discricionariedade nos atos administrativos ambientais concernentes aos recursos hídricos.

Antes da atual política de gerenciamento, consubstanciada no Plano Nacional do Sistema de Gerenciamento, cabia à autoridade administrativa a decisão de emitir outorgas, com a mais ampla discricionariedade, sem nenhuma preocupação com o espaço territorial de abrangência e sem previsão legal de articulação entre as entidades que compunham a Federação. Com a implantação do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, essa discricionariedade foi comprometida fortemente, ao cometer aos Comitês de Bacias Hidrográficas a fixação das prioridades. Mas essa solução legal não retirou o teor discricionário das decisões sobre outorgas, que foi compartilhada com os Comitês de Bacias. De qualquer forma, essa solução preconizada na própria legislação veio em boa hora, porquanto os diferentes usos de águas propiciam um quadro de confronto de interesses.

A propósito, o art. 12 da Lei n. 9.433/97, em cinco incisos, bem definiu as hipóteses em que se faz necessária a outorga de direito de uso dos recursos hídricos, cuja transcrição impende fazer, para melhor compreensão da temática aqui abordada. São elas:

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 hidrelétricos;

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

Especial atenção merece a disposição legal inserida no § 1º do art. 12, da “Lei de Águas”, porque cuida ele de relacionar os casos de *dispensa da outorga*. São eles: 1º - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; 2º - as derivações, captações e lançamentos insignificantes; e 3º - as acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

O termo *insignificante*, aí colocado, é o que mais depende de definição no preconizado regulamento. Ao que se sabe, isso ainda não foi feito, haja vista a redação do art. 2º, da Instrução Normativa nº4/2000, assim expresso:

[...]derivações, captações, lançamentos e acumulações consideradas insignificantes pelos Comitês de Bacia Hidrográfica ou, na falta deles, pelo poder outorgante, devendo constar do Plano de Recursos Hídricos da respectiva bacia.

Uma das mais tormentosas questões enfrentadas pela doutrina, no exame do instituto da outorga de direitos de uso de águas, é a que busca identificar qual o seu significado jurídico no contexto terminológico de institutos peculiares ao Direito Administrativo.

Para deslindar esse mister, de logo se colocam duas observações pertinentes, à luz do art. 43 do Código de Águas: se a outorga era deferida para fins de utilidade pública, cabia *concessão administrativa*; e se fosse para outras finalidades, operava-se por meio de

autorização administrativa. Em qualquer dessas formas, havia a manifestação da vontade da Administração Pública liberando a utilização de águas.

Contudo, persiste ainda uma certa confusão terminológica que não se esgota somente nos termos *concessão* e *autorização*. Fala-se também em *licença e permissão*, cujo significado é também discutido, conforme se viu em capítulo anterior.

Observa-se que, se o Código de Águas abrigou os termos *autorização* e *concessão*, a Lei nº 9.433/97 não os contemplou, gerando a dúvida sobre a possibilidade de alteração da sistemática, em face da novel legislação. Essa dúvida mais se acentua, quando se verifica que o art. 14 da referida lei refere-se a “ato de autoridade competente”, ensejando a especulação de que a outorga somente se manifesta por *autorização* e não mais por *concessão*, porque esta, como se viu, opera-se através de contrato. Na opinião de Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 193), o vocábulo “ato” empregado na legislação emergente tem o significado de “instrumento”, tanto faz ser do ato (*autorização*) como do contrato (*concessão*). Para a autora, a *concessão administrativa* é uma espécie de outorga cabível para a hipótese de uso privativo da água, quando configurada a utilidade pública do uso. A *autorização*, como já explicitado, seria adotada para as demais finalidades da outorga de direitos de uso.

Por tal raciocínio, a Administração Pública defere a outorga, tanto por ser titular do domínio dos recursos hídricos (na condição de responsável pelo exercício do poder de polícia), como na condição de prestador de um serviço público, diretamente ou por delegação a um concessionário de serviço público, mediante licitação, para fins de energia elétrica ou de abastecimento urbano. É a finalidade do uso da água que vai definir a forma que deve tomar a outorga – *concessão* ou *autorização*. Ambos podem ser considerados instrumentos utilizáveis pela Administração Pública, através dos quais a vontade do Estado é manifestada, no exercício do poder de polícia. E, assim sendo, a *discricionariedade* é elemento intrínseco desse ato, por isso que Cid Tomanik Pompeu, citado por Granziera, oferta o seguinte conceito:

[...] ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a interesse público ou privado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida. (*apud* GRANZIERA, 2001, p. 199).

Essas diferenças conceituais continuam desafiando a argúcia dos pesquisadores, sobretudo no âmbito dos licenciamentos ambientais como medidas de controles prévios.

Conforme já foi salientado em outro momento, de acordo com a doutrina administrativista, entende-se por *licença* “o ato pelo qual a Administração Pública faculta ao administrado a prática de uma atividade, após ter o interessado demonstrado ter atingido os requisitos legais para tanto” (DAWALIBI, 2000, p. 89). Trata-se de um ato administrativo praticado com fundamento em direito preexistente do interessado, que é liberado para a execução da atividade pretendida, depois de preenchidas certas exigências estipuladas na lei. Nesse caso, o agente público não tem o livre arbítrio de negar a licença, se o administrado preenche os requisitos exigidos em lei. É, portanto, ato vinculado.

Diferentemente, a *autorização* não tem respaldo em direito preexistente, mas, ao contrário, pressupõe uma proibição geral expressa ou decorrente de um sistema, a qual é removida pelo ato autorizativo. O direito do requerente para o exercício da atividade que pretende executar nasce com a liberação formal, que se consubstancia no documento, cuja virtude é justamente remover o empecilho da proibição subjacente. Considera-se, portanto, um *ato discricionário*, na medida em que o administrador público tem liberdade para aferir a conveniência e oportunidade da atividade autorizada, levando em consideração o interesse público.

Diante desse quadro conceitual das mais variadas denominações empregadas notadamente no Direito Administrativo, indaga-se onde deve ser enquadrada a outorga de uso de recursos hídricos. Para Granziera a outorga é uma *autorização*, por isso que a denomina *autorização de uso de água* e a define como sendo

[...] a manifestação do poder público no exercício do poder de polícia, ressaltando que a discricionariedade administrativa encontra-se pautada, quanto às prioridades para outorga, pelo resultado de negociações realizadas no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica. (GRANZIERA, 2001, p. 200).

Embora o uso da água nem sempre cause impactos ambientais, é certo que, diante da escassez reconhecida desse importante recurso natural – que vem contribuindo com o agravamento da crise de energia elétrica –, o melhor enquadramento da outorga há de ser mesmo situá-la na posição contratual, porquanto, ao cabo das considerações feitas, a conclusão é a de que inexistem atos totalmente vinculados ou totalmente discricionários em matéria de gerenciamento dos recursos hídricos.

Essa conclusão decorre não apenas do mandamento constitucional ditado no art. 225 da Carta Magna deste País – que resguarda o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, reclamando, para tanto, uma ação integrada entre o Poder Público e a coletividade –, mas também pelas circunstâncias atuais em que vive o mundo inteiro com a escassez cada vez maior de água no planeta Terra.

O aumento da população e a conseqüente demanda do uso dos recursos hídricos, depois de constatada cientificamente a sua finitude, aliado ao desperdício e à poluição, exigem ações concretas e enérgicas, visando ao maior controle na utilização desse principal recurso natural.

9 O sistema nacional de infrações de recursos hídricos.

Segundo o magistério de Granziera (2001, p. 169), dois fatores devem ser considerados na abordagem do Sistema Nacional de Infrações relacionados com os recursos hídricos:

I - A existência de conflitos de interesse sobre a sua utilização, em razão da demanda e da disponibilidade; e

II - O risco de dano pela utilização inadequada, comprometendo os aspectos da quantidade e da qualidade.

Para isso, a Administração Pública tem, como instrumento de controle, o chamado *poder de polícia das águas*. Esse poder de polícia é que permite impor limites ao exercício de direitos e liberdades. O poder de polícia das águas consiste no efetivo controle da utilização de um bem cuja preservação é condição básica da existência da vida no planeta. Ao restringir as atividades individuais que demandam recursos hídricos, não se está tolhendo a liberdade humana, mas, ao contrário, buscam-se justamente melhores condições de vida para o homem. Esse é o desiderato.

O poder de polícia das águas tem como princípio a supremacia do interesse público, evitando-se a escassez e a poluição das águas, e garantindo-se o uso para as atuais e futuras gerações. Daí a pertinência da atividade *fiscalizadora* da Administração Pública, para a apuração de infrações e aplicação das respectivas penalidades aos infratores.

9.1 Das infrações

As infrações⁸⁶ das normas de utilização de recursos hídricos superficiais e subterrâneos são as seguintes: I – derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga; II – implantar empreendimentos que implique alterações no regime, quantidade e qualidade dos recursos hídricos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes; III – utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços em desacordo com as condições previstas na outorga; IV – perfurar poços para extração de água subterrânea sem a devida autorização; V – fraudar as medições dos volumes de águas utilizadas ou declarar valores diferentes dos medidos; VI – infringir normas estabelecidas em regulamentos, instruções e procedimentos; e VII – obstar a ação fiscalizadora das autoridades.

9.2 Das Penas

Para tais infrações, o sistema jurídico prevê as seguintes penas⁸⁷, a saber:

- a) advertência escrita;

⁸⁶ Lei n. 9.433/97, art. 13.

⁸⁷ Lei n. 9.433/97, art. 50

- b) multa (simples ou diária), variável de R\$ 100,00 a R\$ 10.000,00;
- c) embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para cumprimento de normas referentes ao uso,
- d) controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;
- e) embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor os recursos hídricos no seu antigo estado.

Fez-se a enumeração das infrações e respectivas sanções, para demonstrar que o usuário está sujeito a sofrer a suspensão ou a revogação da outorga, através de embargos provisórios ou definitivos, na hipótese de cometer qualquer das infrações.

Evidentemente, a apuração das infrações e aplicação das penas respectivas, não de ser operacionalizadas no bojo de um processo adremente instaurado, permitindo-se ampla defesa e respeito ao contraditório, que se colocam como garantias constitucionais⁸⁸.

⁸⁸ CF, art. 5º, incs. LIV e LV

CAPÍTULO VII A NATUREZA REAL E CONTRATUAL DA OUTORGA

1 A outorga como instituto jurídico

A abordagem a ser desenvolvida neste capítulo terá como ponto de partida a interpretação sistemática da legislação que abriga a figura jurídica da *outorga* como um dos principais instrumentos de controle da Política Nacional dos Recursos Hídricos, cuja normatização está condensada na Lei n.9.433, de 08 de janeiro de 1997. Nesse mister, também será feita uma incursão no vetusto *Código de Águas*, ao qual já se fez referência em outras passagens.

A Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XIX, inseriu, no âmbito da competência da União “[...] instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”. Aí está a matriz jurídica da outorga de direitos de uso de recursos hídricos. O sistema nacional de gerenciamento preconizado na norma constitucional adveio com a edição da Lei n. 9.433/97, a que já se fez referência atrás. Seguiu-se a esse diploma infraconstitucional outra lei de grande significado para o sistema: a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA, autarquia federal à qual foi atribuída a competência para liberar as outorgas, quando as águas pertencerem ao domínio da União.

Não se deve olvidar, todavia, que o antigo *Código de Águas* já havia disposto sobre tal exigência, mas em situações tão especiais – e atingindo apenas as águas tidas como públicas –, que não mereceu a importância que agora se dá ao instituto. Daí a observação feita, na época – e na ortografia de então – por Carvalho de Mendonça (1939, p. 243-4), nos seguintes termos, *ipsis verbis*:

Qualquer que seja a necessidade da concessão para certos usos das águas, ella nunca se entende exigida sinão em relação às águas do domínio publico, e não em attinencia às que se acham na propriedade particular, ainda que sobre estas exerça a administração qualquer tutela. Nesta hypothese, quando muito e em certos casos especiais, pôde ser necessária uma autorização para certos usos, si estes de qualquer forma puderem ser nocivos aos interesses sociais.

Sobre a outorga de direitos de uso de águas, o *Código de Águas* dispôs:

Art. 43 - As águas públicas não podem ser derivadas para as applicações da agricultura, da indústria e da hygiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivação insignificante.

É fácil inferir que tal regra tinha por finalidade também o controle, no entanto voltado mais para a utilização da água para fins hidroelétricos, e não propriamente para os usos na agricultura, na indústria e na hygiene. Não havia uma preocupação gerencial com o uso de águas, como agora, muito menos quanto ao aspecto qualitativo desses recursos naturais. O referido preceito legal permite que se façam, ainda, duas pertinentes observações: 1ª - eram objeto da outorga somente as *águas públicas*; e 2ª - a única hipótese prevista era a de *derivação*, que significava o desvio (das águas) do leito.

Ora, ao tempo em que foi editado o *Código de Águas*, particulares ainda podiam ser proprietários de águas, de sorte que a exigência da outorga ali preconizada não os atingia. As águas públicas referidas naquele Código eram aquelas que pertenciam ao *domínio público*, compreendendo a União, os Estados, Territórios e Municípios. Agora já não existem águas de propriedade de particulares, nem de Municípios, e muito menos de Territórios, que também já não existem como entes da federação. Todas as águas, hoje, pertencem ao domínio público⁸⁹, sejam as da União, sejam as dos Estados.

É preciso compreender, porém, o significado da expressão *domínio público*.

Para Meirelles:

Domínio público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público) ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais

⁸⁹ CF, arts. 20, inc. III e 26, inc.I.

coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional. (MEIRELLES, 1990, p. 457).

Maria Sylvia de Pietro (1996, p. 371) ensina que a expressão *domínio público* quer se referir a “[...] bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial”. Destarte, se as águas se qualificam como bens do domínio público, o Estado pode gerenciar-lhe o uso, estabelecendo critérios para a respectiva outorga, como determina o preceito constitucional lembrado no início deste capítulo.

A segunda observação que o art. 43 do Código de Águas permite fazer é o emprego do vocábulo *derivação*, ali colocada como única hipótese de outorga. Não é o que ocorre no sistema atual (art. 12, da Lei n. 9.433/97)⁹⁰ que não se limita à *derivação* de águas, mas também à sua *captação* para consumo final, à *extração* de aquífero, ao *aproveitamento* dos potenciais hidrelétricos, ao *lançamento* de esgotos e outros resíduos. Quer dizer, a exigência da outorga tornou-se praticamente generalizada, ressalvadas poucas exceções, estabelecidas no § 1º do mesmo artigo, que se resumem às seguintes hipóteses: 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 insignificantes; III - as acumulações de volumes de água considerados insignificantes, conforme se verá em frente. A compreensão do correto significado do termo *insignificante* ficou a cargo dos Comitês de Bacia Hidrográfica, nos termos da Instrução Normativa n. 4/2000.

A outorga é, portanto, um importante instrumento de controle dentro do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos e, por isso mesmo, é obrigatória para a generalidade de usos, que não se limitam àqueles enumerados na lei. O vocábulo *outros usos* empregado no inc.V, do §1º, do mencionado art. 12 da *Lei de Águas*, não deixa dúvidas de que a enumeração é exemplificativa, não constitui *numerus clausus*.

⁹⁰ Lei n. 9.433/97 - “Art. 12 . Estão sujeitos à outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: 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 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”.

2 A natureza real da outorga

Partindo-se da premissa de que a *outorga de direitos de uso dos recursos hídricos* – tornada obrigatória pelo sistema jurídico vigente – instrumentaliza-se por um contrato administrativo, no qual se incorpora um direito real, faz-se mister, neste passo, o reexame não aprofundado das formulações teóricas concernentes aos contratos e aos direitos reais.

Justamente em razão dessas premissas, é que se deu ênfase, em outro capítulo, ao direito de propriedade jungido ao cumprimento da função social, e, no exame da classificação dos direitos reais sobre coisa alheia, se deu realce aos institutos da servidão, da hipoteca e da promessa de compra e venda de imóveis, além de incursões nos aspectos jurídico-legais das diferentes relações de vizinhança, por se constituírem meios de acesso a imóveis rurais, cuja exploração em atividades agropastoris passa pelo uso de recursos hídricos e esta, por imposição legal, reclama outorga.

O que se pretende com essa abordagem é não apenas examinar a outorga do ponto de vista instrumental – que será objeto de outra especulação em capítulo próprio – mas também do ponto de vista ontológico, do direito em si. A outorga confere uma titularidade? Tem eficácia *erga omnes*? O direito de uso é transferível por atos entre vivos e *causa mortis*? Se a outorga for condicionada à cobrança pelo uso, essa obrigação pode ser classificada como *propter rem*?

No Capítulo I deste trabalho, foram demonstradas as *características* dos direitos reais, em comparação com as dos chamados direitos pessoais, ou direitos de crédito. Também no capítulo que abordou o *direito de propriedade*, foram tecidas considerações teórico-doutrinárias sobre o *regime das titularidades*, onde se admitiu a *relativização* das titularidades no exercício dos direitos reais, especialmente no da propriedade, condicionada ao cumprimento da função social. Escorando-se em Ricardo Arone (1999, p. 190-1), foi dito, ali, que “[...] as titularidades instrumentalizam e funcionalizam os desdobramentos dominiais [...]” e que, “[...] em face da titularidade, viabiliza-se a eficácia *erga omnes* dos direitos reais [...]”

A conclusão dessas lucubrações foi a de que, assim como há uma autonomia dos institutos da propriedade e do domínio, também há uma autonomia dos vínculos reais e as respectivas titularidades.

Sustenta-se a tese de que a outorga tem por objeto um direito real: o *uso*. Sendo o uso um dos atributos do domínio, este há de recair sobre uma coisa que lhe constitui o objeto, e esse objeto é a água. O uso da água não implica alienação do domínio dela, nem o Poder Público – ao qual a ordem jurídica constitucional⁹¹ confere o domínio – pode aliená-lo, porque a água é inalienável, nos termos da lei⁹².

Dentro da moldura desse quadro, ainda podem ser colocadas algumas indagações intrigantes. Indaga-se, por exemplo, se a água é, por natureza, considerada móvel ou imóvel? Admitindo-se como imóvel, ela se incorpora ao terreno que lhe serve de leito, como *acessão*? Se não se incorpora, qual é a eficácia da outorga sobre o seu uso, na hipótese de alienação – a qualquer título - do prédio que a abriga? A transmissão da posse do terreno a terceiro também compreende a do direito de uso das águas?

José Ribeiro (2000, p. 45), em percuciente artigo versando sobre a propriedade das águas e o registro de imóveis, invoca a opinião de José Cretella Jr, com o intuito de demonstrar que a água é considerada bem imóvel, transcrevendo-lhe o seguinte excerto, *verbis*:

Água é o conteúdo do álveo, seu continente. É a substância líquida depositada perenemente na depressão, seu suporte físico” [...] Não é possível conceber qualquer curso d’água sem pelo menos dois elementos integrantes essenciais, o elemento líquido – a água – e o elemento sólido, o álveo ou leito, suporte da corrente hídrica [...].

Affonso Dionysio Gama (1928, p. 7), em sua clássica obra editada nos idos de 1928, já defendia a natureza imobiliária das águas correntes ou em depósitos nas terras, com a seguinte colocação:

Das partes, que compõem o solo, uma são sólidas, ao passo que outras são líquidas; umas constituem a superfície, ao passo que outras formam o subsolo. Às partes líquidas dá a denominação de águas, e estas, quer sejam correntes, quer não, desde que sejam consideradas como parte de um prédio, não podem deixar de ser incluídas entre os bens imóveis.

A melhor compreensão, portanto, é a de que a água que ocupa o solo, – seja corrente ou depositada –, constitui imóvel. E, sendo imóvel, separam-se duas titularidades dominiais: a do proprietário do solo – que até pode ser o Poder Público – e a do Poder

⁹¹ CF, arts. 20-III e 26-I.

⁹² Lei n. 9.433/97, art. 18

Público, detentor do domínio das águas. A propósito, oportuniza-se mais observação de José Ribeiro (2000, P. 42), cuja transcrição merece espaço:

[...] Ficou claro, ante os fundamentos já mencionados, que as águas que integram o domínio dos particulares passaram a integrar, pela nova ordem constitucional, o domínio público. Resta aos antigos proprietários, ao que parece, apenas pleitear a correspondente indenização. Afigura-se justo o cabimento da indenização, pois se a atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o que também fazia a pretérita, a expropriação desse direito deve ser compensada monetariamente. Do contrário, haverá confisco genérico, que é vedado pela Constituição, como ocorreu, anteriormente, em relação às minas e demais riquezas do subsolo, que foram transferidas do patrimônio particular para o do Estado, pelo Código de Minas e pela Constituição de 1934 [...].

Dessa forma, se a água é considerada um bem imóvel – mesmo não sendo objeto de registro no cartório imobiliário competente – e se a sua titularidade não se confunde com a do imóvel que lhe serve de álveo, pode-se concluir que a outorga de direito de uso de recursos hídricos – qualquer que seja a forma que a instrumentalize – embute um direito real com eficácia *erga omnes* – até porque é exigência da lei a sua publicação no órgão oficial de imprensa. A publicidade determinada em lei⁹³ constitui um dos pressupostos de validade e, portanto, a eficácia contra terceiros resulta da publicação da outorga.

A natureza real da outorga de direitos de usos de recursos hídricos também pode ser explicada com a interpretação do inc. II do art. 15, da Lei n. 9.433/97, que coloca o *não uso* por três (3) anos como causa de extinção dos direitos, à semelhança do direito real da *servidão* que pode ser extinta pelo *não uso* pelo prazo de dez (10) anos, conforme o artigo 1.389, inciso III do novo Código Civil brasileiro.⁹⁴ É claro que o não uso a que se refere o texto legal não é do instrumento pelo qual se constituiu a servidão, mas do direito que o documento incorporou. Tanto é certo que a lei civil exige a comprovação do não uso, o que, evidentemente, não é o instrumento que se prestará como prova do não uso. A extinção desse direito real pelo não uso não se opera *ipso facto*, pois a regra apenas faculta ao dono do prédio serviente o direito de providenciar o cancelamento do ônus, *mediante prova da extinção*, o que quer dizer, em outras palavras, que o cancelamento não dispensa um procedimento prévio de cognição sumária. Trata-se da chamada *ação negatória*.

⁹³ Lei n. 9.984/00, art. 5º

⁹⁴ Código Civil de 1916 também continha a mesma regra, em seu art. 711, inc. III.

As mesmas considerações feitas acima servem para explicar e justificar a tese de que a outorga de direito de uso de recursos hídricos incorpora um direito real, conferindo-lhe, portanto, natureza de direito real. O não uso desse direito por três anos também reclama um procedimento cognitivo prévio para ensejar ao órgão público competente a suspensão da outorga, na medida em que o descaso configura uma situação de fato suscetível de comprovação. Trata-se, assim, de uma situação inteiramente assemelhada à da servidão predial, embora a Lei n. 9.433/97⁹⁵ não preveja procedimento para a comprovação da hipótese. Ao contrário, o texto legal utiliza uma terminologia de pertinência duvidosa do ponto de vista técnico, porquanto, primeiro não fala em *extinção*, mas em *suspensão* (parcial ou total), em definitivo ou por prazo determinado da outorga, e não do direito que ela incorpora. E, no inc. II, lança mão da palavra *ausência* (de uso), também impróprio para o caso.

Ora, a suspensão de direitos – qualquer direito – implica a impossibilidade temporária de seu exercício. E, em sendo definitiva a suspensão – como está no texto da lei –, não é mais suspensão, mas *extinção*. Por outro lado, não há falar em *ausência de uso*, mas no não exercício do direito conferido na outorga. O bom senso reclama que o legislador não quis dizer o *não uso* do instrumento da outorga, porquanto o objeto do direito é o uso que, à sua vez, tem como objeto os recursos hídricos, e não o documento que instrumentaliza o direito.

Destarte, resulta demonstrada a configuração de um direito real na efetivação da outorga que funciona como instrumento formalizador do direito real sobre coisa alheia, do mesmo modo como se constituem outros direitos reais. A diferença entre a outorga e os outros direitos reais é que o sistema jurídico não a submete a registro para valer contra terceiros, mesmo tendo por objeto corpos d'água que a doutrina classifica como bem imóvel, enquanto tem curso pelo seu leito ou se acha em depósito em terreno alheio. Mas a publicação da outorga na imprensa oficial serve de sucedâneo, porquanto sua eficácia somente se inicia com essa publicação, como de resto todos os atos e contratos administrativos.

⁹⁵ Lei n. 9.433/97 – “Art. 15 – A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: - I – omissis. II ausência de uso por três anos consecutivos [...]”

Na verdade, a outorga cria um vínculo entre o seu titular e a água, que perdura durante o prazo e as condições nela estabelecidos. Guarda, assim, perfeita similitude com a constituição dos demais direitos reais sobre coisas alheias. Certamente foi por essa razão que o art. 50 do velho *Código de Águas* dispôs: “Art. 50. O uso da derivação é real; alienando-se o prédio ou o engenho a que ela serve passa o mesmo ao novo proprietário”.

Não se imagina derogado esse preceito, a despeito da referência a *engenho*, porquanto o artigo se situa no capítulo pertinente à derivação, do qual também faz parte o art. 43 que, segundo GRANZIERA (2001, p. 193), ainda se acha em pleno vigor.

Com efeito, se a *derivação* é considerada um direito real, na linguagem do vetusto *Código de Águas*, com maior razão se pode considerar a outorga requerida não apenas para derivação de parcela de água, mas também para outras finalidades, inclusive abastecimento público e aproveitamento de potenciais hidrelétricos, necessariamente formalizados por contratos de concessão administrativa.

Se se atribui à outorga o caráter real – porque incorpora direito real sobre os corpos de águas – há que se admitir a ocorrência de titularidades que se distinguem entre si, a do titular do direito real limitado e a do proprietário em que os corpos de águas transitam ou se acham depositados.

Coloca-se no meio dessa discussão as noções concernentes às chamadas obrigações *propter rem*, de que são exemplos clássicos as despesas de condomínio, a que se obrigam os titulares de direitos reais das frações condominiais. É uma categoria que se situa entre os direitos pessoais e os direitos reais. Mas existe e tem lugar na ordem jurídica constituída. Então é de se indagar: a cobrança pelo uso da água seria uma obrigação *propter rem* ?

Imagina-se que não, porquanto a outorga se instrumentaliza por contrato oneroso e bilateral, que embute um direito real sobre coisa alheia, no caso, as águas pertencentes ao domínio público. Mas, em outro momento desta pesquisa, far-se-á uma abordagem quanto à natureza jurídica do preço pago pelo outorgado.

O que se investiga neste trabalho é a natureza jurídica da outorga, não apenas do ponto de vistas instrumental – que será objeto de outro enfoque – mas também do ponto de vista ontológico, do direito em si. A outorga confere uma titularidade? Tem eficácia *erga omnes* ? O direito de uso é transmissível por ato inter-vivos e *causa mortis*? Se a outorga for condicionada à cobrança pelo uso, essa obrigação pode ser classificada como *propter rem*?

O que se coloca no centro dessa discussão é a idéia de que o direito de propriedade atribuído a uma pessoa – *jus in re* – impõe-se às demais pessoas, que devem respeitá-lo. A propriedade estabelece um vínculo entre a pessoa – titular do direito – e a coisa – objeto do direito. Todas as demais pessoas curvam-se diante da relação estabelecida entre a pessoa e a coisa, que atribui ao titular a possibilidade de exercer o direito sem intermediação, por isso são considerados direitos absolutos.

Os *Direitos de Crédito* – também concebidos como *direitos pessoais* –, diferentemente dos direitos reais, estabelecem uma vinculação entre pessoas e pessoas, obrigando-se uma a cumprir uma determinada prestação à outra, por isso são considerados *direitos relativos*.

Essas concepções dão lugar ao surgimento de duas escolas: a *realista* e a *personalista*. A escola realista sustenta-se no entendimento de que o direito real consiste na submissão de uma coisa a uma pessoa, criando uma relação direta. A escola personalista, por sua vez, apóia-se no argumento de que no direito de crédito há necessidade da interposição de um sujeito passivo: o *devedor*. O devedor assim o é, porque tem uma prestação a cumprir, ainda que esta prestação seja a de *dar* (ou restituir) uma coisa ao credor, pois é cediço que as obrigações são de dar, fazer ou não fazer.

A teoria *personalista* tem suas bases de sustentação, portanto, na tese de que não é possível uma relação entre pessoa e coisa. Parte do raciocínio de que a todo direito corresponde um dever, de modo que sempre haverá um credor e um devedor, um obrigando-se perante o outro. É justamente isso que configura uma relação jurídica.

Conquanto seja pertinente o argumento da corrente personalista, os teóricos da corrente realista enxergam na relação pessoa-coisa uma titularidade, que é

o sujeito ativo, figurando como sujeito passivo a generalidade anônima das pessoas, tendo a coisa como objeto do direito. Configura-se uma obrigação geral negativa, porquanto essa titularidade se opõe *erga omnes*. O titular do direito real tem a faculdade de fazer valer esse direito contra qualquer pessoa que o moleste ou tente embaraçar o seu exercício. Nos direitos de créditos – caracterizado pela relação entre credor e devedor – há um sujeito passivo determinado, diferentemente do que acontece no direito real, cujo sujeito passivo são todas as pessoas, por isso que se diz que o sujeito passivo é *universal*.

Não obstante esse imbróglio doutrinário – do qual Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 4) participa como adepto da escola personalista –, o que é certo é que o direito positivo brasileiro absorveu as idéias da escola realista, mantendo-se o novo Código Civil com um livro específico para o *Direitos das Coisas*, no bojo do qual subsistem institutos os mais variados e sedimentados no ordenamento jurídico, cuja compreensão continua desafiando a inteligência dos cultores do direito.

Invoca-se, uma vez mais, o magistério de Caio Mário (2003, p. 5), a cuja inteligência se deve a catalogação das características dos direitos reais em confronto com os direitos pessoais, que, a despeito de sua insurgência manifesta, o autor consagram a teoria realista. Vale a pena enumerá-las, até para facilitar a compreensão dos argumentos de sustentação da tese objeto desta pesquisa:

1. O direito real é oponível *erga omnes*, enquanto o direito de crédito o é a uma sujeito passivo determinado.
2. O objeto do direito real é sempre determinado, ao passo que o do direito de crédito basta seja determinável.
3. O *jus in re* exige a existência atual da coisa, em contraposição ao *ius ad personam*, compatível com a sua futuridade.
4. O direito real é *exclusivo*, no sentido de que se não compadece com a pluralidade de sujeitos com iguais direitos.
5. O direito real adquire-se por *usucapião*, ao passo que os direitos de crédito não suportam este modo de aquisição.
6. Os direitos de crédito extinguem-se pela inércia do sujeito, ao passo que os reais conservam-se, não obstante a falta de exercício, até que se constitua uma situação contrária, em proveito de outro titular.
7. Os direitos reais são providos da prerrogativa de acompanharem a coisa em poder de quem quer que ela se encontre (seqüela).

8. O titular do direito real tem a faculdade de receber privilegiadamente em caso de falência ou concurso creditório, sem se sujeitar ao rateio, cabendo-lhe, dentro dos limites de seu crédito, embolsar o produto da venda da coisa gravada (preferência).

9. O titular de um direito real, que não possa mais suportar seus encargos, tem a faculdade de abandoná-lo, o que não cabe no tocante aos direitos de crédito.

10. Os *iura in re* são suscetíveis de posse, os de crédito não são.

Inclui-se também como elemento caracterizador dos direitos reais a concepção dogmática de que os direitos reais constituem *numerus clausus*, vale dizer, só podem ser instituídos por lei, descabendo a sua criação por convenções pessoais.

Além dos parâmetros estabelecidos entre as categorias de direitos reais e direitos pessoais (ou de crédito), impõe-se lembrar o que já foi demonstrado em outro capítulo, ou seja, que os direitos reais se classificam em: a) de *coisa própria*, substanciado na *propriedade*; e b) sobre *coisa alheia*. Os direitos reais sobre coisa alheia estabelecem uma limitação ao direito de propriedade, por isso também são chamados de *direitos reais limitados*, que faz contraponto com a propriedade *plena*. Os direitos reais limitados compreendem, à sua vez, as seguintes categorias: de *fruição* ou *gozo*, de *garantia* e de *aquisição*. Os de fruição ou gozo são a *enfiteuse*⁹⁶, *servidão*, *uso*, *usufruto*, *habitação*, *renda constituída sobre imóvel* e *direito de superfície*. Os de garantia são a *hipoteca*, a *anticrese*, o *penhor* e a *propriedade fiduciária*. E o de aquisição consubstancia-se na *promessa irrevogável de compra e venda* de terrenos loteados ou não.

Ainda no campo das discussões sobre a tese realista, a *posse* também é colocada como direito real, na medida em que - assimilando-se a teoria objetiva de Jhering -, ela se caracteriza pela exteriorização do domínio. O exercício de um ou mais poderes inerentes a este configura-se posse. Destarte, seja a propriedade plena ou limitada, o exercício do direito envolve, necessariamente, a posse.

⁹⁶ O novo Código Civil não mais contemplou a *enfiteuse* entre as categorias de direitos reais sobre coisas alheias, mas é instituto que ainda subsiste no ordenamento jurídico brasileiro, por força do art 49 e respectivos parágrafos, do ADCT da Constituição Federal.

3 A formalização da outorga

A Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997 – apelidada de *Lei de Águas* – ao disciplinar o instituto jurídico da *outorga*, como instrumento de controle da Política Nacional de Recursos Hídricos –, limitou-se a informar que ela se efetivará “por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal”⁹⁷ Não forneceu elementos suficientes para uma compreensão melhor sobre a formalização do importante documento. Ao contrário, deixou dúvidas com a redação do §1º do mesmo artigo, ao dispor que “[...] o Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para *conceder* outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União. O emprego do verbo *conceder* no texto legal supra permite conjecturar que as outorgas podem ser instrumentalizados – qualquer que seja o seu fim – pelo contrato de *concessão de uso*, e, nesse caso, confere a *natureza contratual*, como será demonstrado em frente.

Como já foi dito em outro capítulo, o instituto da outorga de direitos de uso de águas já havia sido previsto no antigo *Código de Águas*, embora sem essa denominação. Mas o legislador de então foi mais explícito, ao menos quanto à formalização desse documento. Com efeito, dispôs que o uso das *águas públicas* – e somente *águas públicas* – só podiam ser *derivadas* para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, com a prévia *concessão administrativa* ou com a *autorização administrativa*.⁹⁸ (art. 43, CA).

O texto legal em referência permitiu que a doutrina emergente chegasse à conclusão de que a instrumentalização da outorga se daria de duas formas, distintas uma da outra: a) por *contrato administrativo* (concessão administrativa) ou b) por *ato administrativo* (autorização). Foi o que conjecturou Carvalho de Mendonça (1939, p. 245) em sua clássica obra lançada à época (1939), cuja transcrição se faz necessária por sua importância no contexto histórico, mantendo-se fiel à ortografia de então, *verbis*:

⁹⁷ Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997 – “Art. 14 – A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estado ou do Distrito Federal”.

⁹⁸ Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 – “Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes”.

[...] Há distinguir, temol-o affirmado, entre concessão e autorização. A primeira cria um direito que só existia como possibilidade; a segunda permite o exercício de um direito que, no fundo, existia, mas que precisava de não ser limitado em seu exercício. Ali o Estado age como império dentro das normas do direito publico criando uma situação; aqui elle obra como administrador e exercita um acto de conservação [...].

Ainda hoje, o entendimento esposado por Carvalho de Mendonça continua prestigiado, porquanto Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 180) – depois de conceituar a outorga como sendo “[...] o instrumento pelo qual o poder público atribui ao interessado, público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico” –, preferiu desviar-se da discussão concernente à terminologia e admitir, ainda que para fins didáticos, que

[...] os efeitos jurídicos da outorga, independentemente do nome que se venha a fixar, matizam-se ora de autorização, ora de concessão, em função da finalidade, ficando claro que os instrumentos legais de outorga, em face da própria natureza das águas, não comportam um enquadramento rígido nos institutos clássicos do direito administrativo. (GRANZIERA, 2001, p. 194)p.

É importante e oportuno lembrar a observação anteriormente feita de que, pelo *Código de Águas*, o objeto da outorga era constituído somente de águas públicas, qualquer que fosse o instrumento – *concessão* ou *autorização*. O que distinguia um instrumento do outro eram as finalidades dos usos de águas. Assim sendo, as *águas particulares* – que, ao tempo, eram admitidas no sistema jurídico –, não estavam submetidas a tal regime.

Segundo a doutrina, o fundamento desse regime foi dotar o particular de mecanismos para ter acesso, por derivação, às referidas águas, a fim de aplicá-las na agricultura (atividades agrárias), na indústria ou na higiene. Esses mecanismos consistiam na concessão, para aqueles fins, e autorização, para os demais casos, mas tendo sempre como objeto as águas públicas.

Conforme ainda observa Granziera (2001, p. 181), o objetivo principal da exigência da outorga, ao tempo da edição do *Código de Águas*, era possibilitar um controle das quantidades de águas retiradas e devolvidas aos rios e lagos, com vistas à obtenção de um banco de dados (balanço) dos corpos de água. Havia uma preocupação

maior com a utilização de águas para aproveitamento hidroelétricos, e não com os vários outros usos.

O atual sistema jurídico que disciplina o uso de águas foi concebido em outro contexto, quando não mais existem águas de propriedade particular e quando o precioso líquido passou a ser considerado como bem ambiental de *valor econômico*. A publicização dos recursos hídricos e a dimensão econômica que lhe foi dada, reclamam nova concepção para os instrumentos de controle dos seus usos. Com esse raciocínio, acredita-se que o legislador de 1997 preferiu evitar controvérsias teórico-doutrinárias em torno dos instrumentos de formalização do que chamou *ato da autoridade*, deixando aos operadores do direito a investigação sobre a melhor forma a ser adotada. E é este um dos objetivos primordiais da presente pesquisa.

A conjectura feita acima não é despicienda. Com efeito, é pouco provável que o legislador tenha querido resumir a formalização da outorga a uma simples *autorização*, sabendo-se que as hipóteses em que ela se faz indispensável estão claramente definidos na lei, sem que ali se tenham estabelecido diferenças de graus de impacto dos usos previstos. Se assim fosse, o legislador teria previsto instrumentos diferenciados, de acordo com a dimensão de cada uso. Mas não o fez, senão apenas separou os casos de imprescindibilidade⁹⁹ da outorga e os em que a mesma é dispensada¹⁰⁰.

A Instrução Normativa MMA n. 4, baixada no ano 2000, tentou definir o instrumento em que se formalizaria a outorga, tachando-o simplesmente de *ato*, ao prescrever que deveria ser publicado na imprensa oficial. Mas, ao depois, adveio a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, assimilando o instituto da *autorização* como instrumento da outorga. Contudo, a opção legislativa pelo instituto de que se cuida, ao invés de pôr fim à controvérsia, alimentou ainda mais as discussões que envolviam essa temática, mantendo-se acesa a polêmica. Daí a pertinência desta pesquisa.

Com efeito, nenhuma das figuras jurídicas (*licença, autorização ou permissão*) tipificadas como *atos administrativos* – de utilização corriqueira na Administração Pública –, se amolda ao perfil do documento instrumentalizador da outorga, principalmente em função do atrelamento da *cobrança* pelo uso de águas ao prévio licenciamento outorgado

⁹⁹ Lei n. 9.433/97, art. 12, incs. I a V.

¹⁰⁰ Lei n. 9.433/97, art. 12, § 1º, incs. I a III.

pelo órgão competente do Poder Público, o que confere um caráter oneroso ao documento, e, com isso, incompatibiliza-o com as citadas categorias.

Com efeito, a *licença* é ato administrativo que pressupõe a existência de um direito latente exercitável pelo administrado, mas dela depende para a efetivação desse direito na execução da atividade pretendida (ex.: licença para pescar). A *autorização*, ao contrário da licença, pressupõe uma proibição geral expressa ou decorrente de um sistema, cuja remoção se viabiliza pelo ato autorizativo (ex.: porte de arma). Somente a partir desse ato *unilateral, discricionário e precário* é que nasce o direito do interessado em executar a atividade autorizada. Assim, havendo proibição geral para a atividade que o interessado pretende desenvolver, a não obtenção do ato liberatório formal implicará prática de ilícito, submetendo o infrator às penalidades legais. Essas duas categorias são consideradas *atos administrativos* que, como já visto em outra passagem, não se confundem com *contrato administrativo*.

A *permissão*, por outro lado, embora também se constitua, em sua essência, um ato administrativo, pode assimilar o caráter *negocial*, sem deixar de ser *discricionário e precário*. *Negocial*, porque, em sua gênese, são consideradas as vontades do Poder Público e do particular permissionário. *Discricionário*, porque o Poder Público pode impor condições no ato de permitir, tendo presente o interesse público. Diz-se que é de caráter *precário*, porque o Poder Público tem a faculdade de revogar o ato, em razão de fatos supervenientes que aconselhem a resolução.

Na opinião autorizada de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 401), a *permissão* é classificada como ato administrativo *in specie*, por isso que a define como sendo “[...] o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público”.

Pelas características de que se reveste o instituto da permissão – à luz da definição dada – poder-se-ia admitir, num primeiro momento, que a *outorga* de direitos de uso de recursos hídricos guarda semelhança com o instituto da *permissão*, de acordo com a moldura doutrinária. Contudo, há aspectos que diferenciam um instituto de outro, valendo notar que nem mesmo o caráter negocial que se atribui à *permissão* tranqüiliza o enquadramento cogitado.

O primeiro aspecto diferenciador reside no caráter *discricionário* de que se reveste a permissão, que, a rigor, não se vislumbra na outorga – pelo menos com a amplitude que se imagina – em razão do seu atrelamento à cobrança, que a torna onerosa. Ao contrário, a outorga reúne mais consistência vinculativa do que discricionária, na medida em que o Poder Público pode apenas suspender – temporária ou definitivamente, no todo ou em parte – os efeitos da outorga, assim mesmo nas circunstâncias taxativamente prescritas em lei, quais sejam:

I – não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;

II – ausência de uso por três anos consecutivos;

III – necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;

IV – necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;

V – necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; e

VI – necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água¹⁰¹.

A exegese do preceptivo legal transcrito permite visualizar, em primeiro lugar, que a discricionariedade do Poder Público é demasiada tênue, dir-se-ia mesmo extremamente relativa, na medida em que tem, ele, apenas a *faculdade* de *suspender* os efeitos da outorga, mas fica vinculado às circunstâncias taxativamente previstas na lei. Em segundo lugar, verifica-se que as tais circunstâncias contêm elevado teor vinculativo que reduz substancialmente a discricionariedade do agente público. As tais hipóteses podem ser classificadas em três grupos, a saber: 1º - *inadimplência* (inciso I); 2º - *renúncia do direito* (inc. II); e 3º - *força maior e caso fortuito* (incs. III, IV e V).

Com efeito, se o outorgado (titular da outorga) não cumpre as obrigações explícita ou implicitamente clausuladas na outorga, ou previstas em regulamentos administrativos, sujeita-se a ter os efeitos dela suspensos. Impõe-se notar, por oportuno, que, sendo definitiva a suspensão, terá esta a configuração de *revogação*, com todos os seus consectários.

A *ausência* de uso – naturalmente dos recursos hídricos, e não da própria outorga, ontologicamente falando – implica renúncia ao direito, figura típica encontrada

¹⁰¹ Lei n. 9.433/97 – art. 15.

na disciplina jurídica das servidões prediais¹⁰². É evidente que essa hipótese é debitada na conta do outorgado, mas certamente não dispensará o Poder Público de um procedimento que o leve a uma cognição sumária, posto que envolve apuração de fatos. A *ausência de uso* – como quer a lei –, e pelo prazo de três anos consecutivos, seguramente não é um fato público e notório que forneça subsídios para o agente público motivar a decisão revocatória da outorga! Lembre-se de que todas decisões administrativas precisam ser motivadas.

Por fim, as outras três hipóteses são todas marcadas pelo estigma da *necessidade*, o que caracteriza, sem dúvida, situações de *força maior* ou de *caso fortuito*, circunstâncias que, evidentemente, reclamam apuração sumária, até porque pode exonerar o Poder Público da indenização por danos eventualmente ocorridos¹⁰³. Não se nega que, nessas causas, há uma certa dose de discricionariedade conferida ao agente público, mas não ao ponto de enquadrar a *outorga* na categoria de *permissão*, em função da discricionariedade relativa. A propósito, lembra Bandeira de Mello (2003, p. 3394), que “[...] não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fim* e *competência*, pelo menos”.

Restaria, nessa análise comparativa entre um instituto e outro, o exame do caráter *precário*, também peculiar à *permissão*. Nesse sentido, oportuniza-se a absorção das mesmas considerações feitas no tópico anterior, para se chegar à conclusão de que a faculdade atribuída ao órgão competente para revogar a outorga por fatos supervenientes não é suficiente, por si só, para o enquadramento conjecturado.

Ademais, não se deve abstrair que as duas primeiras hipóteses previstas para a suspensão – *inadimplência* e *ausência de uso* – dependem, inevitavelmente, do comportamento do outorgado, portanto, suscetíveis de apuração prévia. E isso, obviamente, é o quanto basta para descaracterizar o sentido da *precariedade* que a doutrina empresta ao instituto da *permissão*.

¹⁰² Código Civil, art. 1.389, inc. III – Extinção da servidão pelo não uso no prazo de 10 anos.

¹⁰³ Ignácio Carvalho de Mendonça (1939, p. 253), opinando sobre a extinção da autorização por caso fortuito, diz que a hipótese exclui o direito à indenização.

Como já se observou, alhures, a lei não fala em *revogação* da outorga, mas em *suspensão* (temporária ou definitiva). Supondo-se que a *suspensão definitiva* seja equiparada à *revogação*, nem por isso o agente público dispõe de discricionariedade suficiente para tornar totalmente sem efeito a outorga dada sem cautelas, pois, conforme adverte o mesmo publicista Bandeia de Mello (2003, p. 413)

[...] é fundamental salientar que deve tratar-se de uma competência *discricionária*, isto é, que confira ao agente poder jurídico para resolver, no momento em que revoga, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Não se pode olvidar que o tema em exame não dispensa consideração à lei, e esta, como já dito atrás, não conferiu expressamente o poder discricionário ao órgão competente para revogar a outorga, senão apenas previu as circunstâncias em que a mesma podia ser suspensa.

Na França¹⁰⁴, a hipótese de *revogação* da outorga (suspensão definitiva) por motivo de força maior ou caso fortuito, há que ser suficientemente motivada, porquanto implica exoneração do Poder Público pelos danos que vier a causar ao usuário. Daí a sugestão de extrema cautela na aplicação da medida. Na França também é assim. A autoridade competente para a tomada dessa decisão (o Prefeito) deve sopesar todas as circunstâncias, a fim de evitar que o usuário venha reclamar indenização por danos.¹⁰⁵

Ainda a propósito, dois argumentos podem ser agregados aos já expostos, na direção de um convencimento da impossibilidade de revogação da outorga, sem cautelas. O primeiro diz respeito à participação dos Comitês de Bacia Hidrográfica na gênese da vontade manifestada pelo Poder Público, ao deferir a outorga. Já se conjecturou, atrás, de classificar a votação colegiada nos referidos Comitês como *ato complexo*, figura jurídica admitida no Direito Administrativo.

Destarte, se os Comitês de Bacia Hidrográfica definem os critérios para o deferimento das outorgas de direito de uso de recursos hídricos, torna-se incompreensível que o órgão público competente – valendo-se da relativa *discricionariedade* que ornamenta

¹⁰⁴ L'ê préfet, em outre, peut prendre en temps de crise des mesures exceptionnelles. Tout spécialement limiter ou suspendre provisoirement les usages de l'eau, pour faire face à une menace ou aux conséquences d'accidents, de sécheresses, d'inondations ou à un risque de pénurie[...]Ces mesures doivent être proportionnées au but recherché, prises pour une période limitée, éventuellement renouvelable. Elles cessent lorsque les circonstances prennent fin, mais cela peut se faire graduellement. Les mesures ouvrent droit éventuellement à indemnité...". (GAZZANIGA, 1998, p. 4).

o ato revogatório –, possa extinguir totalmente os efeitos da outorga sem a audiência do mesmo Comitê de Bacia Hidrográfica, até porque cabe a este arbitrar os conflitos.¹⁰⁶

Como se vê, a discricionariedade peculiar à *permissão*, enquanto ato administrativo unilateral, não se faz claramente visível na outorga. Ao contrário, mostra-se reduzida, sobretudo com a participação colegiada dos Comitês de Bacia Hidrográfica a que o Poder Público se acha atrelado nas questões relacionadas com a política de recursos hídricos.

O segundo aspecto – aliás já realçado atrás – é o fato de que a outorga está legalmente atrelada à cobrança pelo uso de águas, o que a torna onerosa e, por via de consequência, incompatível com a unilateralidade peculiar ao ato administrativo designado por *permissão*.

4 A opção contratual como instrumento de formalização

Ao cabo das considerações teóricas tecidas no item anterior, sustenta-se o entendimento de que a opção do *contrato administrativo* como instrumento da outorga reúne consistência jurídica, sobretudo porque o atrelamento da *cobrança*¹⁰⁷, à outorga, pelos usos dos recursos hídricos por ela liberados ao usuário, confere um caráter negocial ao documento e, por óbvio, dá margem à inserção de cláusulas que flexibilizem o cumprimento de obrigações no tempo, modo e formas estabelecidos em cada caso concreto.

Não obstante a convicção manifestada, cabe examinar a opção legislativa pelo instituto da *autorização*, ditado no art. 4º, inciso IV, cuja transcrição merece ser feita, para a melhor compreensão da matéria em foco, *verbis*:

Art. 4º . A atuação da ANA [...] cabendo-lhe:

[...]

IV – outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o

¹⁰⁵ Lei n. 9.433/97, art. 38, inc. III.

¹⁰⁶ Lei n. 9.433/97, art. 38, inc. II

¹⁰⁷ Lei n. 9.433/97 – “Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei.”

disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º [...].

Os artigos a que o preceito legal transcrito faz remissão dizem respeito a prazos da outorga, e à necessidade de publicação do instrumento da outorga e dos atos administrativos de que ela resulta, além de disporem sobre a criação de nova figura jurídica, chamada de *outorga preventiva*¹⁰⁸. Esta nova modalidade de outorga tem por finalidade apenas declarar a disponibilidade de água para certos usos requeridos, não conferindo direito de uso. Limita-se a reservar vazão possível de outorga.

Como se vê, a ressalva contida no final do inc. IV, do art. 4º, da Lei n. 9.984/00 não contempla exceções à regra ali contida, qual seja a de que a formalização da outorga – ao menos para os corpos de água de domínio da União – dá-se pela *autorização*.

Apesar da clara opção do legislador por tal instituto, o sistema jurídico que disciplina a outorga de direitos de uso de águas permite sustentar a natureza contratual desse importante instrumento de controle da Política Nacional dos Recursos Hídricos. Aliás, a própria definição doutrinária do instituto da *autorização* mostra a sua inadequação prática, enquanto ato considerado unilateral do Poder Público. É o que se retira da opinião de Granziera (2001, p. 200), calcada na sua interpretação ao *Código de Águas*, manifestando-se assim:

Ato unilateral, por meio do qual o detentor do domínio do recurso hídrico – União ou Estados – com base nas prioridades fixadas no Plano de Bacia Hidrográfica, aprovado pelo Comitê de Bacia Hidrográfica, confere ao interessado o direito à utilização privativa do recurso, com o fim de atender a interesse público ou particular, devendo a precariedade ser dimensionada de acordo com a finalidade dessa utilização, em cada caso concreto.

Ora, se o ato é *unilateral* e a sua natureza precária é *relativa* (porque depende de cada caso concreto) não se compreende como pode ser compatibilizada a clausulação da cobrança pelo uso em ato unilateral, nem como viabilizar-se a *revogação* escorada em precariedade relativa. Ademais, a participação indireta do Comitê de Bacia Hidrográfica na gênese da manifestação volitiva do agente público reduz substancialmente a discricionariedade que cerca a *autorização*, enquanto ato unilateral, como tal definido.

Não se pode arredar, por outro ângulo, um aspecto importante que a própria lei oferece, qual seja o de que a exigência da outorga não é apenas para a derivação ou

¹⁰⁸ Lei n.9.984, de 17.07.00, art. 8 e §§ 1º e 2º

captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, mas também para abastecimento público ou como insumo de processo produtivo. Só essas finalidades já desaconselham a utilização da autorização como instrumento de formalização da outorga, porquanto o abastecimento público, ordinariamente, dá-se com a utilização do instrumento de *concessão administrativa*, cuja natureza é sabidamente contratual, consoante a consagrada opinião da doutrina. É o que, entre outros autores, preleciona Roberto Ribeiro Bazilli (1996, p. 53):

Em todas as modalidades de concessão, em que pese às características próprias de cada uma, resta clara, contudo, a natureza contratual administrativa, sujeitas a normas de direito público, derogatórias e exorbitantes do direito comum.

Se o abastecimento público de água é contratado por meio de concessão administrativa, também se faz prudente que a outorga de direitos de uso de águas para atividade produtiva - como as atividades agropecuárias, por exemplo - se instrumentalize por contrato administrativo de concessão de uso, até porque o implemento dessas atividades, na maioria das vezes, tem o suporte do crédito rural, cujas operações são cercadas por exigências contratuais rigorosas, inclusive pela constituição de garantias reais envolvendo o imóvel em que transitam ou se depositam os corpos de águas.

Não se pode olvidar, outrossim, que a outorga é exigida também para lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, em corpos de água, hipótese que até o bom senso reclama o estabelecimento de rigorosas regras tendentes à operacionalização da atividade.

Por fim, ainda há que se colocar, nesse contexto, a observação de que o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos também exige outorga, e foi justamente essa hipótese que inspirou a criação da chamada *outorga preventiva*, que passou a ser reclamada nos processos licitatórios promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que tenham por objeto o uso de potencial de energia elétrica.¹⁰⁹

5 O sentido pedagógico do contrato no viés da educação ambiental

¹⁰⁹ Lei n. 9.984/00, art. 7º

No contexto da normatização da tutela do meio ambiente, sem dúvida um dos instrumentos mais relevantes é a preconizada *educação ambiental*, agasalhada como um dos postulados constitucionais para a efetivação da regra básica insculpida no art. 225 da Carta Magna do País. Tão grande é a sua importância, que terminou merecendo uma sistematização legal consubstanciada na Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999.

O art. 1º dessa lei é bastante elucidativo, ao prescrever:

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Por sua amplitude, o texto legal permite, por si mesmo, conjecturar as mais variadas formas e meios para o alcance dos objetivos colimados, bastando que se tome como um desses meios a divulgação do conhecimento para toda coletividade, co-responsável pela implementação dos mecanismos de proteção ao meio ambiente. Bem por isso, o art. 2º da mesma lei recomenda a disseminação do conhecimento não apenas nas modalidades formais do processo de educação, mas também nos processos de caráter não formal.

Destarte, o engajamento da sociedade constitui mais do que um dever para, ao lado e em harmonia com o Poder Público, “[...] manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução dos problemas ambientais” (art. 3º, inc. VI, lei cit.).

A educação ambiental também é norteada por princípios, entre os quais se pode destacar “o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectivas da inter, multi e transdisciplinariedade” (art. 4º, inc. III, lei cit.).

Entre outros objetivos, a *Lei da Educação Ambiental* inclui a “garantia de democratização das informações ambientais” e o “fortalecimento da cidadania” (art. 5º, incs. II e VII).

Diante desses preceitos, é sustentável a idéia de transformar o *contrato administrativo de outorga de recursos hídricos* como valoroso instrumento no processo de educação ambiental. Com efeito, é cediço que um instrumento contratual – composto, evidentemente, por cláusulas minudentes e inteligíveis – produz um efeito muito mais

eloqüente, quanto aos direitos e obrigações das partes contratantes, do que uma simples portaria¹¹⁰ pela qual é dada a *autorização* para o uso de águas, na medida em que os poucos artigos de que se compõe se limitam a fazer remissão ao número do processo administrativo instaurado, da qual resultou a mesma como ato final. O outorgado, ordinariamente, não conhece o processo, nem a ele teve acesso, diante da tramitação sabidamente burocrática e quase sempre morosa.

Sendo a outorga liberada através de um instrumento contratual – ainda que saído de um processo tramitado – o outorgado terá condições concretas de conhecer os seus direitos e obrigações. O contrato ganha, assim, um sentido pedagógico de indiscutível valia.

A partir da premissa de que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos pode ser formalizada por *concessão administrativa*, o que se tem a investigar é qual deve ser a categoria contratual mais adequada para instrumentalizá-la, sabendo-se que a doutrina pacificou o entendimento de que há duas modalidades de contrato no âmbito da Administração Pública: *contrato de administração* e *contrato administrativo*. Vale, a propósito, o depoimento de Toshio Mukai (1998, p. 85), ao afirmar que “Na doutrina, é majoritária a corrente daqueles que entendem poder o Estado celebrar dois tipos de contratos: os administrativos e os de direito privado”.

Vale recordar que, em outro capítulo, foi enfatizada a pertinência da posição doutrinária dominante, quanto à aceitação da existência dos contratos no âmbito da Administração Pública – classificados nas duas categorias acima informadas –, ao tempo em que se fez uma incursão nos meandros das formulações teóricas sobre o assunto, visando a reunir suporte para justificar a tese de que a outorga deve ser formalizada através de contrato administrativo. Também foi realçado, na abordagem passada, que a manifestação de vontade produzida pelo Poder Público, através dos seus agentes, em atos administrativos unilaterais, em princípio, não se configura negócio jurídico unilateral, frente aos dogmas que marcam o Direito Administrativo. Mas foi admitido, na referida abordagem, o enquadramento dos *contratos administrativos* na categoria de *negócios jurídicos*, a despeito de uma certa corrente anticontratualista.

¹¹⁰ ANEXO I, ao final.

O que se quis demonstrar, com tal enfoque, foi a compreensão de que as duas categorias têm, em comum, como elemento estrutural, as declarações recíprocas de vontades direcionadas para um determinado fim, não importando se essas declarações foram produzidas entre o Poder Público e o particular ou entre pessoas jurídicas de direito público.

Ao se estabelecerem os traços diferenciais entre as duas categorias contratuais, buscou-se demonstrar que o principal deles residia no regime jurídico a que deviam se submeter. Assim, os contratos administrativos submetem-se ao regime jurídico público, enquanto os chamados *contratos de administração*, em princípio, submetem-se ao regime jurídico privado. Submetendo-se ao regime de direito público, os contratos administrativos colocam o Poder Público numa situação de preponderância em relação ao contratante particular, por lhe permitir modificar o contrato e alterar cláusulas, em nome da prerrogativa de inserir avenças exorbitantes. É o que a doutrina convencionou chamar de *instabilização* do contrato. Mas essa instabilização não chega ao ponto de prejudicar o contratado, por isso que as cláusulas econômicas se consideram intangíveis, segundo corrente majoritária da doutrina.

Mencionou-se, finalmente, na abordagem referenciada, a existência do contrato administrativo de *concessão de uso de bens públicos* entre as modalidades aceitas. Nesse sentido, mais uma vez comporta invocar Carvalho de Mendonça (1939, p. 245-6), para quem a concessão é um contrato que gera obrigações recíprocas, ligando o concessionário e o poder público de forma tal que a este jamais é livre a rescisão, sem o dever de indenização, se o concessionário cumprir integralmente suas obrigações estipuladas no contrato.

6 Concessão real de uso. Aplicação analógica possível

A *concessão de uso*, de caráter real e resolúvel, instituída pelo Dec.lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, conquanto tenha por objeto *imóveis* (urbanos ou rurais), tem inteira pertinência legal, não obstante o objeto da outorga ser água. A hipótese conjecturada sustenta-se na circunstância de que a água, além de ser considerada imóvel por natureza (seja fluente ou em depósito na superfície ou no subterrâneo), desde que esteja ocupando imóvel, serve de indispensável insumo no processo produtivo, quando empregada na

cultura da terra. E, se a sua utilização é para consumo final, inclusive abastecimento público, ou para fins hidrelétricos, o seu enquadramento legal mostra-se pertinente, na medida em que atende ao interesse social ali preconizado.

Cumpra ponderar, ademais, que a *concessão de uso real* de que se cuida pode ser efetivada pelo Poder Público, em caráter oneroso, por tempo determinado, instrumentalizando-se por *termo administrativo*, a mesma forma como vêm sendo feitas as *autorizações*. Aliás, as outorgas estão sendo concedidas em forma de *portarias* baixadas pelo agente público competente, sem dispensar a sua publicação na imprensa oficial.

7 A natureza jurídica do produto da cobrança

É certo que ainda não se estabeleceu um consenso sobre a natureza jurídica da contrapartida que será paga pelo usuário. Há os que a consideram uma *tarifa*, outros uma *taxa*, e outros, um *preço*.

No direito francês, a idéia de *tarifa* não vingou, conforme se pode extrair de uma decisão do Conselho Constitucional, em 23 de junho de 1982, por considerá-la um tributo, cuja base de cálculo somente o legislador ordinário podia fixar, e não a agência financeira da bacia.¹¹¹

A tendência, porém, é de qualificar o objeto do pagamento pelo uso da água como *preço*, o que reforça a idéia de que a outorga deve ser instrumentalizado através de um contrato administrativo de caráter oneroso.

Em percuciente artigo, Leda Maria Gerber (2002, p. 214-8) traz a lume a judiciosa opinião de Eugênio Cânepa sobre o assunto, para quem o produto da cobrança pelo uso d'água não passa de um preço público, destinado a remunerar o Estado pelo uso de um patrimônio de propriedade estatal. Di-lo, com efeito:

[...] No RS, dada a definição constitucional (estadual) da cobrança pelo uso da água como “tarifa”, não parece haver dúvida quanto ao

¹¹¹ “Ce caractère sui generis des redevances a cependant été expreément rejeté par lê Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 23 juin 1982, a considéré que les redevances perçues par les agences financières de bassin “doivent être rangées parmi les impositions de toute nature dont l'article 34 de la Constituion réserve au législateur le soin de fixer l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement”.GAZZANIGA, Jean-Louis, OURLIAC, Jean-Paul e CASTERA, Xavier Larrouy.. *L'eau: usages et gestion*. Paris; Librairie de la Cour de cassation, 1998, p. 35.

enquadramento do PUP (princípio do usuário pagador) como preço público. Porém, ao nível federal e de outros estados, bem como nas discussões correntes entre pessoas interessadas, freqüentemente ocorre uma discussão sobre o fato de o pagamento pelo uso da água ser tributo (fala-se em 'taxa) ou preço. Parece-nos conveniente, pois, fazer uma pequena digressão sobre o assunto, a título de esclarecimento. Sob nosso ponto de vista, o PUP dá origem a um preço. De fato, não estamos diante de um tributo (imposto, taxa ou contribuição de melhoria), destinado a financiar serviços públicos. Estamos, mais precisamente – destinando a remunerar o Estado pelo uso de um patrimônio de propriedade estatal que se tornou escasso relativamente às necessidades (um rio ou aquífero, no caso) e para o qual não cabe mais o 'livre acesso', sob pena de degradação do recurso.

CONCLUSÃO

1. Os direitos reais traduzem relações entre pessoas, tendo por objeto coisa ou coisas. Essas relações entre pessoas conferem um conteúdo intersubjetivo, referente às titularidades. É justamente no campo das titularidades que se assentam as preocupações da civilística contemporânea na busca da superação das concepções clássicas do caráter absoluto das titularidades, procurando compatibilizá-las com o princípio da função social. Esse desiderato passa pela manutenção das regras codificadas, mas alinhadas axiologicamente com os valores e princípios constitucionais voltados para a funcionalidade da propriedade, sem prejuízo da titularidade imanente.

2. A intervenção do Estado nas relações privadas não significa a mutilação ou eliminação da propriedade privada, mas apenas a sua democratização, permitindo que os excluídos também a ela tenham acesso, por via da integração dos interesses juridicamente considerados. De igual sorte, a intervenção do Estado no âmbito legislativo, conformada em parâmetros constitucionais, tem por escopo conferir realce ao princípio do respeito à dignidade humana, a partir da compreensão de que o homem é o verdadeiro destinatário de todas normas. Nessa linha de compreensão, a titularidade enfeixada no direito de propriedade relativiza-se e perde o sentido patrimonialista, para acomodar uma nova concepção voltada mais para o ser humano

3. O novo Código Civil Brasileiro, ao admitir a propriedade privada de nascentes, afronta a nova ordem constitucional que passou para o domínio público todos os recursos hídricos. Em decorrência disso, o direito atribuído ao proprietário de imóvel rural de poder construir barragens, açudes ou outras obras destinadas ao represamento de águas em seu prédio está condicionado à obtenção da outorga junto ao Poder Público.

4. É comum a negociação de imóveis rurais com pagamento do preço em prestações diferidas no tempo, hipótese em que os vendedores preferem não outorgar a escritura definitiva da venda, celebrando pré-contratos, na maioria das vezes por instrumentos particulares, com ou sem cláusulas de arrependimento e estipulação de multas contratuais. Na zona rural, geralmente esses imóveis são dotados de águas correntes ou em depósito (represas, açudes, lagos e lagoas etc). O caráter real que a lei confere a esses negócios jurídicos não decorre da posse dos imóveis, mas do próprio instrumento contratual, cuja eficácia contra terceiros se impõe pelo seu registro no cartório imobiliário da situação do terreno, independentemente da posse.

5. A função social da propriedade da terra somente se viabiliza com o exercício de atividades agrárias pelo proprietário ou por terceiros a quem seja cedido o uso e o gozo do imóvel. Mas as atividades agrárias somente podem ser desenvolvidas com a utilização de águas. A utilização dos recursos hídricos, à sua vez, depende da outorga de direitos de uso, tornando-se complexa a relação proprietário-imóvel-água, interferindo na moderna concepção do direito individual de propriedade. Na verdade, a partir do momento em que a garantia do direito de propriedade pelo Estado passou a ser condicionado ao cumprimento da função social, fragilizou-se o antigo conceito do direito de propriedade que inspirou os códigos do século XIX.

6. O domínio instrumentaliza-se na propriedade, na medida em que se impõe perante terceiros, tratando-se, como se trata de um direito real, incluído entre os direitos subjetivos. Portanto, é a propriedade que obrigacionaliza, porque é ela que cria a relação entre o titular do domínio e os demais indivíduos, a coletividade dos indivíduos, que tem o dever da abstenção. Daí dizer-se que *domínio e propriedade* não se confundem, mas coexistem.

7. Embora o novo Código Civil Brasileiro insista em caracterizar o direito real de uso pela necessidade pessoal do usuário ou de sua família, conferindo-lhe caráter personalíssimo, essa característica comporta temperamento quando o bem a ser objeto de uso pertence ao domínio público. As águas – que, por força de lei, são do domínio público –, podem ter diversas utilidades, dependendo dos fins a que servem, e, por isso, não se resumem às necessidades pessoais do usuário ou de sua família. O uso de águas para atividades agropecuárias tem um grau de necessidades que vão além das necessidades pessoais ou da família do usuário, já que se destinam a uma atividade econômica. Destarte,

as regras ditadas nos parágrafos 1º. e 2º., do artigo 1.412 do novo Código Civil brasileiro – que repetem, *mutatis mutandis*, as mesmas que se achavam nos arts. 743 e 744 do estatuto civil revogado –, não podem ser aplicadas quando o bem é do domínio público.

8. A regra que se contém no art. 1.406 do novo Código Civil pertinente ao usufruto – os interditos possessórios podem ser utilizados nas hipóteses de turbação ou esbulho, também se estende ao direito real de uso, por aplicação subsidiária, já que também embute o exercício da posse.

9. Posto que as águas, ordinariamente, ocupam, razoável extensão de áreas de terras pertencentes a particulares – que lhes servem de leito –, a propriedade e o domínio de umas e outras colocam-se frente à frente, cada qual desempenhando o seu papel, estabelecendo uma dialética na linha das titularidades. De um lado, o proprietário das terras onde se situa o álveo, e, do outro, o Poder Público, a cujo domínio pertencem as águas. Para usá-las, o proprietário do imóvel necessita de outorga, que somente é obtida junto ao Poder Público, de conformidade com o sistema jurídico vigente.

10. Todas as teorias construídas a respeito da posse não deixam dúvida quanto a que a posse consubstancia um direito, a partir do fato. Tem *status* de direito e, por isso mesmo, merece a proteção contra as ofensas factíveis: turbação ou esbulho, ou ameaça de qualquer uma dessas ofensas. É, portanto, um instituto jurídico independente, tanto quanto o são a propriedade e o domínio.

11. O direito de uso de recursos hídricos situa-se entre os que pressupõem o exercício da posse justa, legítima e de boa fé e por justo título (a outorga), embora não possa gerar a aquisição por usucapião. A posse configura a eficácia real do uso que constitui uma das faculdades inerentes ao domínio.

12. Quando o legislador brasileiro fez inserir a regra segundo a qual “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”, não quis dizer outra coisa, senão que o Poder Público pode, sim, ser proprietário de bens. O domínio público é o conjunto de bens possuídos pelo Estado. Portanto, há um *direito de propriedade*, cuja titularidade é do Estado, densificando a *dominialidade pública*. Neste sentido amplo e genérico, o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno, como as demais coisas que, por sua utilidade

coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas. Essa noção de *pertencialidade*, aliás, também está embutida no art. 99 do Código Civil Brasileiro.

13. As propriedades privada e pública existem autonomamente. O que distingue a *propriedade pública* da *propriedade privada* é que, enquanto nesta o domínio se compõe das faculdades de uso, gozo e disposição, naquela o que predomina como atributo é a finalidade. Entende-se, no entanto, que qualquer que seja essa finalidade, o domínio público pode sofrer os mesmos desdobramentos do domínio privado. A outorga de direitos de uso de águas, por exemplo, não se viabilizaria se não fosse o desdobramento de um dos seus atributos – o *jus utendi* – para o outorgado, posto que o uso dos recursos hídricos presta-se a uma finalidade.

14. Se se admite o direito de propriedade de bens públicos em favor das pessoas jurídicas de direito público interno, também se há de admitir a existência do domínio com a mesma concepção do domínio privado, com possibilidade de desdobramento das faculdades que lhe são inerentes. O que distingue o domínio público do domínio privado é apenas o regime que cada um adota. O domínio privado é regulado por normas de direito comum, enquanto o domínio público tem a sua regulação nas normas do Direito Administrativo.

15. Os bens de uso comum, embora sejam – por sua própria natureza –, inalienáveis, podem ser utilizados privativamente pelo particular, por diferentes formas e meios, que se submetem a regimes jurídicos específicos, dependendo dos fins a que se destinem. As águas – que se classificam como bens de uso comum –, podem ser objeto de utilização pelo particular, mediante outorga do Poder Público competente. Mas cabe salientar que os bens hídricos se submetem, hoje, no Brasil, a um regime jurídico especial, inspirado nas circunstâncias que recomendam não apenas a simples advertência de “não abusar”, mas também uma rigorosa sistematização que reduz substancialmente o livre acesso, embora sejam bens classificados como bens públicos de uso comum.

16. A *finalidade* do ato administrativo é o interesse público, o interesse da coletividade. Inexiste ato administrativo que não tenha por fim um interesse tutelado no ordenamento jurídico. Há quem confunda a finalidade com o próprio *objeto* do ato administrativo. A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é um exemplo típico de

finalidade. Se for considerada como objeto, qualifica-se este como lícito, possível e revestido de princípios éticos.

17. O enquadramento dos *contratos administrativos* como *negócios jurídicos* tem sido admitido pela doutrina, a despeito da existência de correntes contrárias a essa idéia. A aceitação da tese contratualista não implica dizer que os contratos administrativos dispensam o bafejo da legalidade para respaldar-lhes a sua efetividade e os respectivos efeitos jurídicos. Ademais, essa modalidade contratual não dispensa a instauração de procedimentos prévios, através dos quais a vontade do Estado se manifesta. A outorga de direitos de uso de recursos hídricos é um contrato que emerge de um procedimento administrativo.

18. O *ato coletivo* – também chamado “ato colegiado” – consiste no resultado de uma votação feita por várias pessoas, da qual resulta uma vontade única. É o caso dos Comitês de Bacias Hidrográficas. Destarte, se a outorga de direitos de uso de recursos hídricos depende dos Comitês de Bacias Hidrográficas, pode-se inferir que esse instrumento não é um mero ato administrativo, como preconiza a lei, na medida em que incorpora um ato coletivo. É por isso que se tem sustentado que a outorga tem, em sua gênese, a expressão da vontade da comunidade, reduzindo substancialmente a discricionariedade do agente público.

19. A Carta Magna brasileira, em disposições espalhadas em todo o seu texto, cria mecanismos de proteção do meio ambiente, inserindo-o na ordem econômica como um dos princípios. Ao condicionar o exercício de qualquer atividade econômica – mesmo sob o pálio da “livre iniciativa” como fundamento da ordem econômica –, à proteção do meio ambiente ressaí como um imperativo impostergável. Além disso, o texto constitucional também realça o princípio da função social da propriedade na ordem econômica, e, ao fazê-lo, também está protegendo o meio ambiente, na medida em que um dos requisitos da função social é justamente a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Segue-se, daí, que a tutela ambiental se assegura em dois dos princípios norteadores da ordem econômica, ao condicionar o exercício de atividade econômica e do direito de propriedade à proteção do meio ambiente.

20. O legislador constituinte alçou o meio ambiente à categoria de um bem juridicamente protegido, à configuração de um *direito público subjetivo*, o que significa

que qualquer cidadão tem legitimidade para reclamar a tutela ambiental, inclusive contra o próprio Estado. Quando a norma dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, coloca-o na esteira da *indisponibilidade*, ao mesmo tempo em que embute um dever implícito atribuído a todos os cidadãos – e não apenas ao Estado –, para garantir a sobrevivência das gerações futuras.

21. É possível afirmar-se que os licenciamentos ambientais estão inseridos entre os principais instrumentos para a política de proteção ambiental preconizada no texto constitucional, até porque, nessa empreitada, se envolvem, a um só tempo, a Administração Pública e o administrado, impondo-se a ambos o dever legal de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, consoante o mandamento constitucional consubstanciado no art. 225 da Lei Magna.

22. No que concerne ao controle do uso das águas, o Poder Público há de preocupar-se não apenas com os danos que o mau uso possa gerar, mas também com a limitação qualitativa e quantitativa desse uso e com a poluição. Afinal, o exercício do direito de propriedade assegurado na Carta Magna está condicionado ao cumprimento de sua função social. E, embora não mais existam águas de propriedade particular, o seu uso é garantido, desde que não prejudique o interesse geral.

23. O *poder de polícia* exercido pela Administração Pública, visando ao controle do uso das águas, pode ser utilizado em diferentes atividades, tais como: na elaboração de normas regulamentares, na concessão de outorga do direito de uso, nos licenciamentos ambientais para despejos nos corpos hídricos, na proteção das matas ciliares, na fiscalização, na aplicação das penalidades a infratores e outras.

24. A importância dos recursos hídricos como *bem ambiental* reside no fato de que a água é essencial à *vida*, ao *desenvolvimento econômico* e ao *bem-estar social*. São valores que ultrapassam todos os limites axiológicos. Daí que a legislação emergente justifica-se, inteiramente, até porque a escassez e a poluição das águas são fatores preocupantes. A escassez decorre do aumento do consumo pelo aumento da população e do desperdício perdulário, e a poluição criminosa compromete a qualidade dos mananciais disponíveis.

25. O princípio do *valor econômico* certamente inspirou o legislador brasileiro na elaboração do art. 1º, da Lei n.9.433/97, que, entre outros *fundamentos*, coloca a água como recurso natural de *valor econômico*. E é justamente esse valor econômico que abre caminho para a *cobrança* pelo uso da água, o que já vem acontecendo em alguns Estados. A previsão de cobrança, aliás, está concebida como um dos *instrumentos* da Política Nacional dos Recursos Hídricos.

26. A Constituição de 5 de outubro de 1988, ao destacar um capítulo inteiro sobre o MEIO AMBIENTE (art. 225) e em diversas outras disposições, deu justificável destaque à questão dos recursos hídricos. Em primeiro lugar, consagrou a tendência de *publicização* das águas, definindo a dualidade dominial, ao prescrever que todas as águas pertencem à União ou aos Estados, incluído também o Distrito Federal, consoante a localização. Se a CF/46 já havia banido os Municípios da titularidade dominial sobre as águas, mantendo, porém, o particular como titular desse direito, agora não mais o é, assegurando-se-lhe apenas o direito de *uso*.

27. Embora caiba ao Poder Público disciplinar o uso dos recursos hídricos, o seu poder *discricionário*, hoje, se acha minimizado, porquanto a gestão desses recursos passou a ser compartilhada, cometendo-se uma parcela do poder decisório aos usuários da água e à sociedade civil, através dos Comitês de Bacias Hidrográficas. É esta uma das mais significativas inovações introduzidas no sistema jurídico vigente, atento ao *princípio da cooperação* que norteia a normatização dos recursos hídricos.

28. A outorga do direito de uso dos recursos hídricos emerge do poder de polícia administrativa exercido por autoridade competente.

29. A melhor concepção é a de a água que ocupa o solo – seja corrente ou depositada –, constitui imóvel. E, sendo imóvel, separam-se duas titularidades dominiais: a do proprietário do solo – que tanto pode ser um particular como o Poder Público – e a do Poder Público, detentor do domínio das águas. Destarte, se a água é considerada um bem imóvel – mesmo não sendo objeto de registro no cartório imobiliário competente – e se a sua titularidade não se confunde com a do imóvel que lhe serve de álveo, pode-se concluir que a outorga de direito de uso de recursos hídricos – qualquer que seja a forma que a instrumentalize – embute um direito real com eficácia *erga omnes* – até porque é exigência da lei a sua publicação no órgão oficial de imprensa. A publicidade determinada em lei

constitui um dos pressupostos de validade e, portanto, a eficácia contra terceiros resulta da publicação da outorga.

30. A natureza real da outorga de direitos de usos de recursos hídricos também pode ser explicada com a interpretação do inc.II do art. 15, da Lei n. 9.433/97, que coloca o *não uso* por três (3) anos como causa de extinção dos direitos, à semelhança do direito real da *servidão* que pode ser extinta pelo *não uso* pelo prazo de dez (10) anos, conforme o artigo 1.389, inciso III do novo Código Civil brasileiro. O *não uso* a que se refere o texto legal não é do instrumento pelo qual se constituiu a servidão, mas do direito que o documento incorporou. Tanto é certo que a lei civil exige a comprovação do não uso. Evidentemente, não é o instrumento que se prestará como prova do não uso. A extinção desse direito real pelo não uso não se opera *ipso facto*, pois a regra apenas faculta ao dono do prédio serviente o direito de providenciar o cancelamento do ônus, “mediante prova da extinção”, o que quer dizer, em outras palavras, que o cancelamento não dispensa um procedimento prévio de cognição sumária, viabilizada em a *ação negatória*.

31. A suspensão de direitos implica a impossibilidade temporária de seu exercício. E, em sendo definitiva a suspensão – como está no texto da lei –, não é mais suspensão, mas *extinção*. Por outro lado, não há falar em *ausência de uso*, mas no não exercício do direito conferido na outorga. O bom senso reclama que o legislador não quis dizer o “não uso” do instrumento da outorga, porquanto o objeto do direito é o uso que, à sua vez, tem como objeto os recursos hídricos, e não o documento que instrumentaliza o direito.

32. A configuração de um direito real sobre coisa alheia reflete-se na outorga do mesmo modo como se constituem outros direitos reais sobre coisas alheias. A diferença entre a outorga e os outros direitos reais é que o sistema jurídico não a submete a registro para valer contra terceiros, mesmo tendo por objeto corpos d’água, que a doutrina classifica como bem imóvel, enquanto tem curso pelo seu leito ou se acha em depósito em terreno alheio. Mas a publicação da outorga na imprensa oficial serve de sucedâneo, porquanto sua eficácia somente se inicia com essa publicação, como de resto todos os atos e contratos administrativos. Na verdade, a outorga cria um vínculo entre o seu titular e a água, que perdura durante o prazo e as condições nela estabelecidos. Guarda, assim, perfeita similitude com a constituição dos demais direitos reais sobre coisas alheias. Enfim, se se atribui à outorga o caráter real – porque incorpora direito real sobre os corpos de

águas – há que se admitir a ocorrência de titularidades que se distinguem entre si: a do titular do direito real limitado e a do proprietário em que os corpos de águas transitam ou se acham depositados.

33. Se a *derivação* é considerada um direito real, na linguagem do vetusto “Código de Águas”, com maior razão se pode considerar a outorga requerida não apenas para derivação de parcela de água, mas também para outras finalidades, inclusive abastecimento público e aproveitamento de potenciais hidrelétricos, necessariamente formalizada por contratos de concessão administrativa.

34. A *concessão de uso*, de caráter real e resolúvel, instituída pelo Dec.lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967 – conquanto tenha por objeto *imóveis* (urbanos ou rurais) –, pode ser utilizada como instrumento de outorga de direitos de uso de recursos hídricos. Primeiro, porque a água – seja fluente ou esteja em depósito na superfície ou no subterrâneo –, é considerada, por sua natureza, como imóvel. Em segundo lugar, desde que esteja ocupando imóvel, serve de indispensável insumo no processo produtivo, quando empregada na cultura da terra. Em terceiro lugar, se a sua utilização é para consumo final – inclusive para abastecimento público –, ou se é empregada para fins hidrelétricos, o seu enquadramento legal mostra-se pertinente, na medida em que atende ao interesse social ali preconizado. Só essas finalidades justificam a via contratual como instrumento formalizador da outorga. Como é sabido, o abastecimento público dá-se, ordinariamente, por meio de *concessão administrativa*, cuja natureza é sabidamente contratual. Assim, se o abastecimento público de água é contratado por meio de concessão administrativa, também se faz prudente que a outorga de direitos de uso de águas para atividade produtiva – como as atividades agropecuárias, por exemplo – se instrumentalize por contrato administrativo de concessão de uso, até porque o implemento dessas atividades, na maioria das vezes, tem o suporte do crédito rural, cujas operações são cercadas por exigências contratuais rigorosas, inclusive com a constituição de garantias hipotecárias sobre o imóvel em que transitam ou se depositam os corpos de águas.

35. A opção do *contrato administrativo* como instrumento da outorga reúne consistência jurídica, sobretudo porque o atrelamento da *cobrança*, à outorga, pelos usos dos recursos hídricos por ela liberados ao usuário, confere um caráter negocial ao documento e, por óbvio, dá margem à inserção de cláusulas que flexibilizem o cumprimento de obrigações no tempo, modo e formas estabelecidos em cada caso

concreto. Não se pode olvidar, outrossim, que a outorga é exigida também para lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, em corpos de água, hipótese que até o bom senso reclama o estabelecimento de rigorosas regras tendentes à operacionalização da atividade.

36. O aproveitamento dos potenciais hidrelétricos também exige outorga, e foi justamente essa hipótese que inspirou a criação da chamada *outorga preventiva*, que passou a ser reclamada nos processos licitatórios promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que tenham por objeto o uso de potencial de energia elétrica.

37. A revogação da outorga, sem a audiência dos Comitês de Bacias Hidrográficas, constitui abuso do poder discricionário, uma vez que tais comitês têm atribuição legalmente estabelecida para arbitrar conflitos. Ademais, a participação indireta do Comitê de Bacia Hidrográfica na gênese da manifestação volitiva do agente público reduz substancialmente a discricionariedade.

38. O objeto do pagamento pelo uso da água classifica-se na categoria de *preço*, o que reforça a idéia que a outorga deve ser instrumentalizada através de um contrato administrativo de caráter oneroso.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

ALVARENGA, Otávio Melo. *Política e Direito Agroambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 346 p.

_____. *Direito Agrário e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 229 p.

ALVARENGA, Paulo. *O Inquérito Civil e a Proteção Ambiental*. Leme-SP: BH Editora e Distr. de Livros, 2001, 341p.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 627 p.

ANDRADE, Nuno Pinheiro. *O contencioso administrativo no Império e o julgamento dos actos administrativos na República*. Rio de Janeiro: Topografia do Jornal do Comércio, 1915, 90 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, 592 p.

APARICIO, Enrique Gonzales. *El Problema Agrario y el Credito Rural*. México: Imprenta Mundial, 1937, 64 p.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 213 p.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Gráfica e Editora Pallotti, 1998, 254 p.

ARAÚJO, Telga de. *Função social da propriedade*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 39, São Paulo: Saraiva.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 226 p.

AZEVEDO, Renan Falcão. *Posse: efeitos e Proteção*. 2 ed. Educas/Revista dos Tribunais, 1987, 169 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. in Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador-BA: 1986.

BARCELLONA, Mario. *Proprietá Privata e Intervento Statale*. Napolei (Itália): Jovene Editore, 1980, 376 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 320 p.

BARTH, Flávio Terra. *Fundamentos para a gestão de recursos hídricos*. In: Modelos para gerenciamento de recursos hídricos. São Paulo: Nobel/ABRH, 1987, p. 12.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIDART, Adolfo Celsi. *Estudio del Derecho Agrário. Parte General*. v. 1. Montevideo: Acali Editorial, 1977, 245 p.

_____. *Estudio del Derecho Agrario*. v. 2 . Montevideo, 1977, 274 p.

_____. *Arrendamientos Rurales*. 2 ed. rev. y ampaliada. Montevideo: Ediciones Jurídicas, 1980, 600 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1998*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, 237p.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1997, p.194

BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 304 p.

_____. *O imóvel rural e seus problemas jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1981, 175p.

BREBBIA, Roberto H. *Derecho Agrário y Recursos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, 224 p.

_____. *Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, 495 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, 128p.

BUSTAMANTE, Lino Rodrigues Arias. *De la Propriedad Privada a la Propriedad Comunitaria*. Caracas-Venezuela: Monte Ávila Editores, 1971, 255 p.

CALDAS, Gilberto. *Propriedade Imóvel à luz da Jurisprudência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1981, 536p.

- CANOTILHO, J. J.Gomes. *Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade*. Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 1995, 109p.
- CARRERA, Rodolfo R. *El Problema de la Tierra en el Derecho Agrario*. La Plata (Argentina): Editorial Lex, 1991, 199 p.
- CASANOVA, Ramon Vicente. *Derecho Agrario*. Merida (Venezuela): Tallers Graficos Universitarios, 1967, 324 p.
- CODICE CIVILE E LEGGI D'ITALIA*, Trento-Italy. Legoprint S.r.I.,1996.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 316p.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1997, 194p.
- CORREDOR, Roman J. Duque. *Derecho Agrario-Estudios Seleccionados*. Tomo II. Caracas (Venezuela): Ediciones Magon, 1978, p. 465.
- CORSARO, Luigi. *La Prelazione Agraria - Repertório di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. Milano (Itália): Dott. A Giuffrè Editore, 1982, 246 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. v. I. Rio: Forense, p. 259
- _____. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 274 p.
- _____. *Tratado do Domínio Público*. 1ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 10.
- CRUZ, Fernando Castro. *Código de Águas Anotado*. Belo Horizonte: Palpite Editora Ltda., 1998, 160p.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *O Procedimento Administrativo*. Coimbra-Portugal:Livraria Almedina, 1987, 206p.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito das Coisas*. Rio: Forense, 1973, 451p.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, v. 3.
- DAWALIBI, Marcelo. *O Poder de Polícia em Matéria Ambiental (artigo) in Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio: Forense Universitária, 2000, p.82.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro-Direito das Coisas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 420p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo, Atlas, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988.
- FERNANDES, Bernardo Mançano. *A questão agrária e a Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 487p.
- FIGALLO, Guillermo. *Tierra y Constitucion*. Lima (Peru): Campus Editores, 1990, 183 p.

- FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio: Forense Universitária, 2000, 195 p.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, 1051p.
- FREIRE, William. *Comentários ao Código de Mineração*, 2ed. Rio: AIDE Editora, 1996, 294p.
- FREITAS, Vladimir Passos. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, 390p.
- _____. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá Editora, 2000, 333p.
- _____. *Água s- Aspectos Jurídicos Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2000, 363p.
- _____. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 246p.
- GAMA, A. Dionysio. *Das águas no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1928, 229 p.
- GANEN, Nadir. *A irrigação e a lei*. Brasília: Editerra, 1987, 173 p.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, 651p.
- GAZZANIGA, Jean-Louis. *L'eau: usages et gestion*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1998, 316p.
- GERBER, Leda Maria Dummer. *Outorga do Direito de Uso da Água*. Pelotas-RS. Revista da Escola de Direito. V.3, n.1, Jan-Dez./2002, p. 214-218
- GIL, Antonio Hernandez. *La funcion social de la possession*. Madrid (Espanha): Alianza Editorial, 1969, 200 p.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da Propriedade e da Posse*. Lisboa-Portugal. Edições Ática, 1952.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- _____. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo: Ícone Editora, 1993, 135p.
- _____. *Direito de Águas*. São Paulo: Editora Atlas, 2001, 245p.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 316p.
- JARQUE, Juan Jose Sanz. *Derecho Agrário*. V.1. Madrid: Réus, S.^a, 1985, 256p.
- JHERING, Rudolf Von. *A Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S., *Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, 67p.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Terras Particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes*. São Paulo.: Saraiva, 1992, 576p.

_____. *Posse e Propriedade. Jurisprudência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985, 336p.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio: Editora Lúmen Júris, 2000, 40 p.

LEITE, José Rubens Morato. *Revista dos Tribunais*, 2000, 344 p.

LIMA, Ruy Cirne. *A relação jurídica no Direito Administrativo*. Goiânia: Intellectus, 1952, 71p.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*, artigo publicado na *Revista de Informação Legislativa*, nº 141, ano 36, jan./mar. 1999, pp. 100-109.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio der Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 281, v. 6.

LORENZETTI. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 613p.

LUSTOSA, Oton. *Da Propriedade Imóvel: Aquisição e Perda. Meios de Defesa*. São Paulo: Livr. e Ed. Universitária de Direito, 1996, 231p.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, 72p.

MALÉZIEUX, Raymond. *Droit Rural*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978, 356 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, 288 p.

MARCIAL, A. Ballarin. *Derecho Agrario*. Madrid (Espanha): Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, 476 p.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2001.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

MASSART, Alfredo. *Síntesis de Derecho Agrario*. San José, Costa Rica: Editorial Sapiência, 1991, 188p.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 494p.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª. ed. São Paulo: 2001.
- MEGRET, Jean. *Droit Agrarie*. v. I. Paris: Libraries Techniques, 1973, 260 p.
- _____. *Droit Agrarie*. v. II. Paris: Libraries Techniques, 1973, 357 p.
- _____. *Droit Agrarie*. v. III. Paris: Libraries Techniques, 1973, 618 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 24.ed. São Paulo:Malheiros Editores, 1990, 749p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.132.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, 105p.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho. *Rios e Águas Correntes em suas relações jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, 414 p.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2001, p.231.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *Posse e Propriedade em Proudhon*. Cadernos das Pós- Graduação da Faculdade de Direito da UERJ. Ano I. abril/1996, n. 2.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, 207p.
- MORAES, José Diniz. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 159p.
- MORAES, Luís Carlos Silva. *Código Florestal Comentado*. São Paulo: Atlas, 1999, 158p.
- MORAIS, José Luís de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 177.
- MUCCILLO, Jorge A M. *Propriedade Imóvel e Direitos Reais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, 422p.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva,1998, p. 245.
- MULLER, Días. *La Propiedad en la Ley de Reforma Agraria*. Santiago (Chile): Editorial Andres Bello, 1972, 108 p.
- NALINI, Jose Renato. *Ética Ambiental*. Campinas-SP: Millennium Editora, 2001, 347p.
- NAQUETE, Lenine. *Da passagem Forçada*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria Editora, 1985, 224 p.
- NETO, Nicolao Dino de Castro. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 416p.

NETO, Sulaiman Miguel. *A questão agrária*. Campinas-SP: Bookseller Editora e Distribuidora., 1997, 348p.

NICOLINI, Giovanni. *Diritto Agrario*. 3 ed. Padova: Edizioni Cedam, 1976, 303 p.

NUÑEZ, Lucio Mendieta y. *El sistema agrario constitucional*. México: Editorial Porrúa S.A., 1966, 199 P.

_____. *Introducción al Estudio del Derecho Agrario*. México: Editorial Porrúa S.A., 1966, 253 p.

OLIVEIRA, José Marcos Domínguez. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Rio: Livraria e Editora Renovar, 1999, 168 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direitos Reais*. Rio: Forense, 2003.

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Reforma Agrária. Um estudo jurídico*. Belém-PA: Edições CEJUP.

PETRELLA, Ricardo. *O Manifesto da Água. Argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis: Vozes, 2002, p.132.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem Ambiental*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000, 179p.

POIREL, Robert. *Baux Rurales - Manuel Dallos de Droit usuel*. Paris: Librairie Dalloz, 1971, 322 p.

PROUDHON, J. P. *Que é a Propriedade?* Trad. de Raul Vieira. São Paulo: Edições Cultura Brasileira.

PUGLIESE, Roberto. *Suma da Posse*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992, 576p.

REGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade Administrativa – Significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, 189p.

RIBEIRO, José. *Propriedade das Águas e o registro de imóveis*. (artigo). FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.) *Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2000.

RIBEIRO, José. *Propriedade das águas e o registro de imóveis*. Cap. II. *Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

RIVERO, Jean (Tradução de J. Cretella Jr.). *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 167p.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*. São Paulo: Saraiva 5ed., 1998, 260p.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, 88p.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. .v.II Direitos de Família Direitos Reais e Posse*. Tradução da 6ª. edição por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

RUSCH, Augusto. *Agroecologia*. Brasília: Horizonte Editora, 1978, 140p.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos Reais Limitados*. Brasília-DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1993.

SANTOS, Ozéias J. *Código de Mineração. Código de Águas Minerais*. São Paulo.: Iglu Editora, 2000, 499p.

SCHERER, Ana Maria. *Rescisão da Promessa de Compra e Venda*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1978, 189p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6 ed., 1990, 755p.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 306p.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998, 159p.

STEFANINI, L. Lima. *A propriedade no Direito Agrário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, 294p.

TELLES, Antonio A Queiroz, *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 156p.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Direito Real de Superfície*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 1993, 121p.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOSTES, André. *Sistema de Legislação Ambiental*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994, 230p.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, 351p.

VELASQUEZ, Martha Chaves P. *El Proceso Social Agrario y sus Procedimientos*. México: Editorial Possua, 1971, 319 p.

VALLE, Christino Almeida do. *Contratos*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1993, p. 27

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. São Paulo. Atlas, 1995, 409p.

WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 10. Ed. São Paulo: RT, 1995.

ZELEDON, Ricardo. *El Renacimiento Del Derecho Agrario*. San José – Costa Rica: Editorial Guayacán Centroamericana, 1998, 270p.