

SISTEMA DE OUTORGA : aspectos técnicos e normativos

Ana Maria Gennari¹ & José Eduardo Campos²

RESUMO - Sendo a água essencial a todos os seres vivos, o seu uso, a princípio, não pode estar vinculado a nenhum dispositivo legal. Todavia, por tratar-se de um bem renovável, porém finito, merece atenção especial. Assim, é pacífico o entendimento de que a correta gestão desse recurso, refletirá na melhoria de qualidade de vida dos respectivos usuários. Vê-se, portanto, que a adequada gestão dos recursos hídricos é essencial. Neste sentido, a outorga de direito de uso da água é, especialmente, importante, por ser um instrumento de controle. Este estudo faz um cotejo entre as legislações da União e do Estado de São Paulo, que tratam da outorga em comento, destacando, inclusive, a responsabilidade dos Comitês de Bacia Hidrográfica neste processo. Faz-se, ainda, um breve exame acerca da atuação das respectivas entidades responsáveis pela emissão da outorga em foco. A análise da questão em tela é feita com base no estabelecido na Constituição Federal.

ABSTRACT - As water is essential to all human beings, its use, in principle, cannot be linked to any legal disposal. Nevertheless, as it is a renewable natural resource, yet not endless, special attention to this matter is needed. Thus, it is clear that the comprehension of the right management of this resource will reflect into the improvement of life quality of the respective users. Therefore, the adequate management of water resources is essential. Consequently, the grant of right of water use is, specially, important, as it is a control tool. This study makes a comparison between Union legislations and State of São Paulo, which deals about the grant in comment, distinguishing, the responsibility of the hydrological basin committee in this process. Still, a brief inquiry about the work of the respective entities responsible for the issue of this grant has been done. The analysis of this matter is done based on what is established by federal constitution.

Palavras-chave: água, outorga, gestão de recursos hídricos.

¹ Advogada, Diretora Técnica de Divisão na Diretoria de Recursos Hídricos, do Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo – DAEE.

² Geólogo, da Diretoria de Recursos Hídricos, do Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo – DAEE.

1 - INTRODUÇÃO

A água, por ser indispensável à sobrevivência, tornou-se de grande importância para os seres humanos, desde os primórdios da civilização.³ O Novo Dicionário Aurélio⁴ traduz o seguinte entendimento para o vocábulo água: “1. líquido incolor, sem cheiro ou sabor, essencial à vida; (...)”. (grifos nossos)

Sendo a água essencial à vida, o seu uso, a princípio, não pode estar vinculado a nenhum dispositivo legal. Contudo, por tratar-se de um bem renovável, porém finito, merece atenção especial. Assim, a correta gestão desse recurso, refletirá na qualidade de vida dos usuários. Vê-se, portanto, que é de primordial importância a gestão dos recursos hídricos e, respectiva outorga, que é um instrumento de controle de uso quali-quantitativo da água.

2 - MODELOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS ESTRANGEIROS

A legislação norte-americana de recursos hídricos é regional, cabendo aos Estados adotar suas próprias normas.⁵ Naquele país, assim como no Brasil, adota-se o sistema federativo, que pretende conceder maior autonomia aos entes federados.

A França⁶, que adota o modelo de gestão integrada-participativa, foi o referencial brasileiro. A Lei das Águas, de 1964, dividiu o território francês em seis regiões hidrográficas. É um sistema controlado pelo governo central, no que tange às grandes diretrizes, supervisionado regionalmente no âmbito das Regiões Hidrográficas pelos Comitês Colegiados, auxiliados técnica e financeiramente pelas Agências da Água e descentralizado pela atuação dos departamentos e comunas, que executam as ações de interesse local, diretamente ou por contrato. O Estado francês é guardião dos recursos e exprime-o por meio de um sistema geral de licenças. É encarregado pelas autorizações de captação e descarga (outorga de uso), assim como do controle da qualidade sanitária. As águas subterrâneas continuam sendo domínio dos proprietários dos solos, mas,

³ “A carência de alimentos pode levar um ser humano à morte no prazo de até vinte e um dias. A carência de água o levaria à morte em até três dias.” (Caubet, 2004, p. 147 *apud* DE FREITAS, FABIANA PASCHOAL, 2006, p. 138.)

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Eletrônico Aurélio Versão 5.11; 2004 by Regis Ltda., Editora Eletrônica Positivo Informática Ltda.

⁵ Nos Estados Unidos, o direito de uso da água em vinte e nove Estados está conexo à propriedade ribeirinha, também chamada *riparian*. Outra doutrina é a da propriedade prévia da água, ou *first in time is first in right*, onde entende-se que os primeiros usuários da água possuem prioridade de atendimento. Esta doutrina é adotada em nove Estados. E nos demais, adota-se um sistema híbrido. Existe, ainda, o instrumento da outorga comercializável, onde a água torna-se um bem economicamente valorável, podendo ser leiloada, alugada, vendida ou trocada, de acordo com as leis de mercado de procura e oferta. Isso tudo, sob a justificativa de promover o uso racional. Contudo, esse instrumento não trata o recurso de forma integrada, ignorando as prioridades de uso e as necessidades da bacia hidrográfica. No Estado do Texas, adota-se a outorga sob controle (*prior appropriation*), na qual o órgão gestor concede o direito de captar uma quota hídrica, baseando-se em análises prévias, que visam minimizar conflitos e desperdícios de água. Assim, nas referidas análises, considera-se o tipo de uso que será dado à água, sua prioridade no contexto geral da bacia e sua integração com os demais usos. A não obediência das especificações das derivações de água estabelecidas, ou o seu mau uso, implicará cancelamento ou não renovação da outorga. Trata-se de um modelo de outorga que traz a possibilidade de contemplar questões ambientais e sociais, combatendo a escassez e possibilitando o acesso de usuários de baixa renda. (VIANNA, F., 2006; pp. 119 e ss.)

⁶ VIANNA, F., 2006; *idem*.

submetem-se à autorização, à exceção das pequenas captações.

Na Europa, a discussão sobre tomou fôlego a partir de 1995, por meio da Diretiva para uma Política da água da Comunidade. Essa diretiva, atribui grande importância ao planejamento e gestão por bacia e estimula a criação de órgãos próprios para fazer a gestão da água à escala da bacia.⁷ A base é a gestão hídrica orientada pela compatibilização entre a necessidade e disponibilidade, levando-se em conta o espaço e tempo, a quantidade e a qualidade. Nesta linha de raciocínio, a outorga em foco, torna-se um instrumento-chave de resolução.⁸ Com a crise quali-quantitativa da água, os países têm incorporado à sua gestão os aspectos: *economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente justo*, integrando usuários e diversos órgãos gestores, na busca pelo êxito na implementação de um sistema racionalizado de seu uso.

3 - SURGIMENTO DO DIREITO DAS ÁGUAS NO BRASIL

No Brasil, vigoraram regimes distintos antes do Código de Águas. Antecedente à Constituição do Império,⁹ os rios navegáveis, que eram caudais e corriam o tempo todo, pertenciam aos direitos reais e a utilização das águas dependia de concessão régia. Por haver constantes reações a esta prerrogativa, surgiu o Alvará de 1.804, que consagrou a situação de fato existente, no sentido da livre derivação das águas dos rios e ribeiros, que podiam ser feitas por particulares, por canais ou levadas, em benefício da agricultura e da indústria. Assim, podia-se adquirir o direito ao uso das águas pela pré-ocupação, o que ocasionou grandes abusos. Com a promulgação da Constituição do Império, a Ordenação tornou-se inaplicável no Brasil. Os direitos reais foram transferidos para o domínio nacional. O Alvará de 1.804, todavia, vigorou até o advento do Código de Águas.¹⁰

A normatização e a institucionalização evoluíram de acordo com as necessidades, interesses e objetivos de cada época. Neste contexto, verificar-se-á que as primeiras constituições brasileiras tutelaram os recursos hídricos para assegurar os direitos de navegação e pesca, tendo em vista a relevância econômica destas atividades para o país.¹¹

⁷ BARRAQUÉ, Bernard, Políticas de Água na Europa. Tradução Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. I. Tradução de: *Lês politiques de l'eau en Europe apud* VIANNA, F., idem.

⁸ Devido a adoção de diferentes formas de gestão, inclusive no tocante aos aspectos técnicos, sócio-jurídicos e institucionais, os procedimentos adotados, para obtenção de outorga, não são, necessariamente, idênticos, mas existem em, praticamente, todos os países da União Européia. (VIANNA, F., 2006; pp. 119 e ss.)

⁹ Ordenações do Reino, surgiu o Alvará de 1.804.

¹⁰ POMPEU, Cid Tomanik, Direito de Águas no Brasil, 2001, Office Aperfeiçoamento e Promoções S/C Ltda.. p. 49.

¹¹ Henkes, S. L., <http://jus.uol.com.br/index.html>

O Código Civil de 1916¹², hoje revogado¹³, já considerava a água como bem público.¹⁴ E classificava os bens públicos como de uso comum, de uso especial e dominicais.

3.1 Legislação brasileira aplicável às águas

Em meados do século XIX, surgiram as preocupações com o saneamento, em função do progresso econômico e conseqüente crescimento das cidades. Houve um aumento da população, urbanização e industrialização, sem o devido planejamento. Assim, no “período sanitaria”, de 1.890 a 1.934, deu-se ênfase às necessidades de salubridade ambiental das cidades.¹⁵ O Código de Águas, de 1934¹⁶, foi redigido nesta fase¹⁷. Este Decreto classificou as águas em públicas e particulares¹⁸. As águas públicas pertenceriam à União, aos Estados e aos Municípios e podiam ser de uso comum¹⁹ ou dominicais²⁰. O Código em foco disciplinava quais águas públicas pertenciam à União, aos Estados e aos Municípios.²¹ Não mencionando as águas subterrâneas. As várias alterações constitucionais tornaram muitos dispositivos do Código inaplicáveis. Outros, que não contrariavam o estabelecido na Carta Constitucional, permaneceram em vigor, pelo instituto da recepção. A outorga de direito de uso dos recursos hídricos, permanece em vigor.²² A Lei Maior disciplinou que compete a União definir critérios de outorga de direitos de seu uso.²³

O Código Penal de 1940²⁴ também trata das águas, ao prever o crime de usurpação de águas²⁵; causar inundação²⁶; remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação²⁷; envenenar água potável, de uso comum ou particular²⁸;

¹² Lei nº 3.071, de 01/01/16.

¹³ Lei nº 10.406, de 10/01/02, revoga a Lei nº 3.071/16.

¹⁴ Art. 66, I. Dá como exemplo de bens públicos de uso comum do povo os mares, rios, estradas, ruas e praças. O referido Código previa que a utilização dos bens públicos de uso comum, embora gratuita, poderia ser retribuída, conforme as leis da União, dos Estados e ou dos Municípios a cuja administração pertencessem (art. 68).

¹⁵ THAME, Antonio Carlos de Mendes, p. 249 e ss..

¹⁶ Decreto Federal nº 24.643, de 10/07/34, ato do Chefe do Governo Provisório, com base no Decreto nº 19.398, de 11/11/30, foi posteriormente mantido, com modificações, pelo Decreto-lei nº 852, de 11/11/38 e tem força de lei.

¹⁷ Granziera citando as lições de Hely L. Meirelles, ressalta que o Decreto Federal nº 24.643, de 10/07/34 ao regulamentar acerca do instituto da outorga, visava primordialmente, o controle das quantidades retiradas e devolvidas aos rios e lagos, ou seja, do balanço hídrico dos corpos de água, que indica as vazões, de quantidades retiradas e despejadas. Isto porque, o Código de Águas foi regulamentado de forma preponderantemente voltada à utilização da água para os aproveitamentos hidroelétricos – art. 43 e ss - não tratando do planejamento para os outros vários usos da água. E, porque, à época em que foi redigido, não existiam regras para o gerenciamento dos recursos hídricos. (MEIRELLES, Hely Lopes, Dominialidade de lagos e lagoas. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, IV, p. 250, *apud* GRANZIERA, M. L., 2001, p. 181).

¹⁸ Arts. 1º e 8º.

¹⁹ Art. 2º e 5º.

²⁰ Arts. 1º e 6º.

²¹ Art. 29 a 31.

²² Art. 43 e ss.

²³ Art. 21, XIX *in fine*.

²⁴ Dec-lei nº 2.848, de 07/12/40, com alterações posteriores.

²⁵ Art. 161, § 1º, I.

²⁶ Art. 254.

²⁷ Art. 255.

²⁸ Art. 270 e §§ 1º e 2º.

corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde²⁹.

A Lei nº 6.662, de 25/06/79, dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação, objetivando o aproveitamento racional de recursos de água e solos para implantação e desenvolvimento da agricultura irrigada, declarando que o uso das águas públicas, para irrigação e atividades decorrentes, depende de prévia concessão ou autorização.

Em 1981, foi editada a Lei nº 6.938, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente. O referido diploma legal já preconizava que o recurso hídrico (águas interiores, superficiais e subterrâneas) constitui um dos recursos ambientais.³⁰

A Constituição de 1988 demonstrando especial interesse pela matéria, inseriu um capítulo sobre proteção ambiental, prevendo a necessidade do uso adequado dos recursos naturais.³¹ A Magna Carta, ao tratar das águas, dividiu o domínio hídrico³² entre a União e os Estados.³³ O novo texto constitucional, ao considerar que a água é um bem ambiental, ou seja, de uso comum do povo³⁴, descartou, definitivamente, a possibilidade de pertencer ao particular. Houve, então, a publicização das águas no Brasil.

Inspirando-se na Lei paulista nº 7.663, de 1991, a União editou a Lei nº 9.433, de 1997, que dispõe acerca de matérias de interesse, exclusivo, da União e também sobre normas gerais, nos moldes previstos na Constituição. É, portanto, uma lei híbrida.

A Lei das Águas, quando trata de normas gerais, pode vir a alterar o Código de Águas. Como exemplo, cita-se o prazo máximo da outorga, que era fixado em até 30 anos e foi alterado para 35. O § 3º, do art. 43, do Código, previa que a concessão ficaria sem efeito, desde que, se deixasse de fazer uso privativo da água, durante três anos. A Lei 9.433 (art. 15, II), por sua vez, revogou este dispositivo, disciplinando que a suspensão da outorga de concessão, fica a critério da Administração outorgante.³⁵ O Código de Águas dispõe que, em qualquer hipótese, terá preferência a derivação para o abastecimento das populações.³⁶ Já a Lei nº 9.433, determina que o

²⁹ Art. 271.

³⁰ Art. 3º, V.

³¹ Art. 170 e 225.

³² No que tange a dominialidade, salienta-se que está relacionada à gestão e ao dever de zelar pelo referido bem.

³³ Art. 20, III e art. 26, I. A exceção a esta regra encontra-se registrada no texto constitucional (art. 21, XII, “b”, “d”, “f”), onde está disposto que, compete à União, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

³⁴ Art. 225.

³⁵ Nota-se que a referida suspensão não é mais obrigatória e taxativa como constava no Código.

³⁶ Art. 36, § 1º.

uso prioritário é o consumo humano e a dessedentação de animais, somente nas situações de escassez.³⁷ A lei federal citada, ratificou o estipulado no art. 46 do Código de Águas, ao estabelecer que as outorgas não implicam a alienação parcial das águas, que são *inalienáveis*, mas o simples direito de uso.³⁸ O disposto no art. 49 do Código, que estabelece que as águas destinadas a um fim não poderão ser aplicadas a outro diverso, sem nova concessão, permanece válido, mas deve ser interpretado levando-se em consideração, em especial, no caso de usos múltiplos, hoje bastante difundidos e expressamente previstos em lei (art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.433).³⁹

Após, conforme estabelecido na Lei Maior, a União, por meio do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, estabeleceu diretrizes gerais da outorga, conforme pode-se observar na Resolução nº 16 de 08/05/01. Ao interpretar esta norma, mister é observar que “devem ser consideradas as legislações específicas vigentes”.⁴⁰ (grifos nossos)

O Código Civil de 2002⁴¹, dispõe que os rios e mares são bens públicos de uso comum do povo⁴² e inalienáveis⁴³.

4 - GESTÃO E OUTORGA

Devido as dimensões do território Nacional e visando uma gestão descentralizada, adotou-se no Brasil, a divisão hidrográfica por meio de Bacias Hidrográficas. Esta divisão está prevista na lei nacional e na paulista.⁴⁴ A CF/88, estabelece que os entes federativos têm o poder-dever de gerir seus bens. Cria-se, desta forma, uma situação peculiar, pois, a divisão hidrográfica adotada, não condiz com a divisão política do País. Portanto, a gestão articulada entre os entes federativos interessados, passa a ser de grande importância. Saliente-se que a gestão articulada deve ser feita com base na autonomia dos entes federativos, prevista na Lei Maior.

Ressalta-se que como a demanda e respectiva disponibilidade hídrica não são proporcionais, a outorga de direito de uso de recursos hídricos, assume uma posição de primordial importância no cenário nacional. Principalmente, em regiões com grandes núcleos populacionais, como o Estado de São Paulo, ou de escassez, como o semi-árido nordestino. Dentre os fatores que, motivam a necessidade de outorgar o de direito de uso das águas,

³⁷ POMPEU, C. T., “I Encontro Técnico Sobre Cadastro de usuários e Outorga de Direito de uso dos Recursos Hídricos”, 1997, Fortaleza-CE.

³⁸ Art. 18.

³⁹ POMPEU, C. T., *idem*.

⁴⁰ Art. 1º, “caput”, Resolução CNRH nº 16.

⁴¹ Lei nº 10.406.

⁴² Art. 99, I.

⁴³ Art. 100.

⁴⁴ Lei nº 9.433, de 1997, art. 1º, V e Lei nº 7.663, de 1991, art. 1º, V.

encontram-se: 1. a saúde pública; 2. a demanda e escassez; 3. a dominialidade hídrica e respectivo poder-dever de gestão.

5 - CONCEITO DE OUTORGA

Cid Tomanik Pompeu⁴⁵ leciona que o vocábulo outorga significa: *consentimento, aprovação, permissão*⁴⁶, *ação ou efeito de outorgar, beneplácito, concessão, doação, dádiva*⁴⁷, *ato ou efeito de outorgar*,⁴⁸ *concessão*.⁴⁹ Portanto, outorga de direito de uso da água é uma forma de anuência do Poder Público, acerca de seu bem.

Tomanik⁵⁰ elucida, ainda, que o vocabulário “outorga” não configura instituto específico do direito, e, portanto, pode ser utilizado como gênero dos atos de assentimento, abrangendo-os. Por essa razão, não assiste motivo para ser utilizado, no caso das águas ou outros recursos naturais, diferenciada da licença, ou seja: “outorgas” e “licenças”, como em alguns casos tem sido visto. Registre-se, por oportuno que, pode servir de predicado, se utilizado nas expressões: “outorgar licença”, “outorgar autorização”, “outorgar concessão”.

5.1 - Espécies de outorga

Ressalta, o mestre,⁵¹ que o termo outorga deve ser usado como gênero, do qual a “licença”⁵², a “autorização”⁵³, a “permissão”⁵⁴ e a “concessão”⁵⁵ são espécies.

Com relação à *autorização administrativa*, Pompeu⁵⁶ salienta que tem caráter precário⁵⁷. E

⁴⁵ POMPEU, C. T., 2007, *Direito de Águas no Brasil*, p. 58.

⁴⁶ E SILVA, Antonio de Moraes, 1813 *apud* POMPEU, C. T., 2007, *Autorização Administrativa*, p. 58.

⁴⁷ AULETE, F. J. Caldas, 1948 *apud* POMPEU, C. T., 2007, *idem*.

⁴⁸ FREIRE, Laudelino, 1939 *apud* POMPEU, C. T., *idem*.

⁴⁹ BUENO, Francisco da Silva, 1963 e 1966 *apud* POMPEU, C. T., *idem*.

⁵⁰ POMPEU, C. T., 1997 – “Aspectos Juríd. e Normat. da Outorga de Dir. de Uso dos Rec. Híd. – A Lei Nac. Ante as Leis Est.”, p. 03.

⁵¹ POMPEU, C. T., 1997, *idem*.

⁵² *licença*: “ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculte o desempenho de atividade ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular”. (MEIRELLES, H. L., 1987 *apud* POMPEU, C. T., 2006, p. 113.)

⁵³ *autorização*: “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” (POMPEU, C. T., 2006, p. 113 *apud* POMPEU.)

⁵⁴ *permissão*: ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a execução de serviços, ou o uso de bem público, no interesse geral, que sem tal outorga seriam proibidos. (POMPEU, C. T., 2006, p. 113 *apud* POMPEU.)

⁵⁵ *concessão*: contrato em que a “Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública, ou lhe cede o uso de um bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais” (MEIRELLES, H. L., 1987 *apud* POMPEU, C. T., 2006, p. 113).

⁵⁶ “Autorização Administrativa”, 1992, Ed. Revista dos Tribunais, p. 24.

⁵⁷ Com relação à precariedade, Pompeu citando José Cretella Júnior, elucida que: “No direito administrativo, a precariedade apresenta dois sentidos: 1. o de revogável a qualquer tempo, com ou sem indenização, desde que a Administração entenda conveniente ou oportuno fazer cessar a situação existente; e 2. de outorga sem prazo fixo, revogável, sem indenização. Nos primeiros são sempre precárias as concessões, permissões e autorizações, pois, “no campo do direito público todos os direitos do particular são precários, em maior ou menor grau.” No segundo, estão colocadas as permissões e autorização sem prazo fixo. (...) No tocante à precariedade dessas autorizações cabe uma ressalva, pois, se a Administração, ao outorgar o uso de bem público durante determinado período, ressaltar a possibilidade de, por motivo de ordem pública superveniente, decorrente da necessidade de compatibilizar o uso consentido com as necessidades da comunidade, revogar a autorização antes do término do prazo fixado, independentemente de indenização, e o autorizado aceitar tais condições, não poderá este, posteriormente, exigir qualquer indenização pelas despesas feitas. (Aut. Adm., 2007, p. 187, 2007).

visa atender *interesse* e não *direito* e, por isto, é ato discricionário”.⁵⁸

Com referência à forma jurídica da outorga de direito de uso da água, o mais interessante seria adotar o entendimento de Granziera (2001), que assim ensina: “(...) a denominação de autorização, para as outorgas, não é adequada. Tampouco seria a de concessão. Na verdade, trata-se de uma figura *sui generis* do direito administrativo, pelas suas especificidades e diversidade de natureza, em função da finalidade de usos. Mais útil e claro seria denominar o instituto simplesmente como “outorga de direito de uso de recursos hídricos”, sem a preocupação de enquadrá-lo em institutos outros que, de resto, já ensejam uma conceituação tormentosa, como é o caso, por exemplo, da licença ambiental.”

6 - PODER DE POLÍCIA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O poder de polícia da Administração está revestido de discricionariedade. Isto porque, como enfatizado por Granziera, o artigo 78, do Código Tributário Nacional, que define o poder de polícia no campo legislativo, refere-se à “razão de interesse público”, expressão que denota poder discricionário da Administração, no exercício do poder de polícia.⁵⁹ (grifos nossos)

O ato administrativo discricionário deverá estar revestido dos princípios basilares constitucionais⁶⁰, que são a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Há que se atentar que o ato discricionário é uma prerrogativa da Administração. Não compete ao Judiciário, interferir no juízo de oportunidade e conveniência da Administração, pois se assim fizesse passaria a administrar, no lugar do Executivo.⁶¹ (grifos nossos)

Com relação às outorgas concedidas pela União, Pompeu⁶², faz uma observação relevante, ao elucidar que, a declaração de reserva hídrica, instituída pela Lei nº 9.984, de 2000, transformável, automaticamente, em autorização, passa a ser ato vinculado e não discricionário.⁶³

⁵⁸ POMPEU, C. T., Dir. de Águas no Brasil, p. 114. Sobre autorização administrativa, o mestre Pompeu citando Onofre Mendes Júnior, ensina que: “Como é sabido, a discricionariedade administrativa, encontra limites legais. Como no direito público, ao contrário do que ocorre no privado, o órgão só pode fazer aquilo que a lei autoriza, principalmente para a garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas, a autorização administrativa precisa estar sempre prevista em lei.” (POMPEU, C. T., Aut. Adm., 2007, p. 85).

⁵⁹ GRANZIERA, M. L. M., op. cit., p. 183.

⁶⁰ Art. 2º, *caput*.

⁶¹ POMPEU, C. T., 1997, “I Encontro Técnico sobre Cadastro de Usuários e Out. de Dir. de Uso dos Rec. Híd.”, Fortaleza-CE, p. 04.

⁶² Autorização Administrativa, 2007, p. 171.

⁶³ § 2º, art. 7º.

7 - OUTORGA NO ESTADO SÃO PAULO

Em 1951 foi criado, em São Paulo, o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE⁶⁴ e dentre outras atribuições, era competente para outorgar concessões, permissões e autorizações para uso ou derivação de águas do domínio estadual, nos termos previstos no Código de Águas e legislação subsequente, assim como, exercer as atribuições que forem delegadas ao Estado, em matérias relativas à sua competência.⁶⁵

Como a Constituição Cidadã⁶⁶ estatuiu que as águas subterrâneas incluem-se entre os bens dos Estados e não da União, São Paulo, em 1988, disciplinou acerca de suas águas subterrâneas, por meio da Lei nº 6.134, regulamentada pelo Decreto nº 32.955, de 1991.

Em 1989, ao editar a Constituição, o Estado Paulista, tratou dos recursos hídricos em uma Seção específica, onde ficou estabelecido que deveria ser instituído, por lei, o sistema integrado de gerenciamento dos recursos hídricos, congregando órgãos estaduais, municipais e a sociedade civil.⁶⁷ Assim, em 1991, a Lei nº 7.663, disciplinou acerca da outorga de direitos de uso dos recursos hídricos⁶⁸ e dos respectivos órgãos responsáveis pelo gerenciamento dos recursos hídricos⁶⁹, dentre eles, o DAEE.

Em 1994, a Lei nº 9.034 – Plano Estadual de Recursos Hídricos - estabeleceu as diretrizes para a outorga, conforme pode-se verificar no art. 13.

Após, foi editado o Decreto nº 41.258, de 1996⁷⁰, que aprovou o Regulamento dos artigos 9º a 13 da Lei nº 7.663, estabelecendo que as outorgas, no Estado de São Paulo, podem ser por meio de autorização, licença de execução ou concessão.⁷¹ A citada lei e respectivo Decreto regulamentador, trouxeram uma alteração no tocante às espécies de outorga. Hoje, estão previstos três tipos: autorização, licença e concessão.⁷² O DAEE, por meio da Portaria nº 717, de 12/12/96,

⁶⁴ Lei nº 1.350, de 12/12/1951 e respectivas legislações subsequentes.

⁶⁵ Art. 4º, I, II, VI, do Regulamento aprovado pelo Dec. nº 52.636, de 03/02/1971 e inciso VIII, do mesmo artigo, com redação dada pelo art. 1º, do Dec. nº 23.933, de 18/09/1985.

⁶⁶ CF/1988. Art. 26, I.

⁶⁷ Art. 205, *caput*.

⁶⁸ Arts. 9º e 10 – “art. 9º: “a implantação de qualquer empreendimento que demande a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, a execução de obras ou serviços que alterem seu regime, qualidade ou quantidade, depende de prévia manifestação, autorização ou licença dos órgãos e das entidades competentes.” Art. 10: “dependerá de cadastramento e da outorga de direito de uso a derivação de água de seu curso ou depósito, superficial ou subterrâneo, para fins de utilização no abastecimento urbano, industrial, agrícola e outros, bem como o lançamento de efluentes nos corpos de água, obedecida a legislação federal e estadual pertinentes e atendidos os critérios e normas estabelecidos no regulamento.”. (grifos nossos)

⁶⁹ Art. 30 e Art. 7º das Disposições Transitórias, hoje revogado o inciso III, pela Lei nº 12.183, de 2005.

⁷⁰ Art. 2º.

⁷¹ Arts. 1º e 2º: OUTORGA: 1. de autorização, que será emitida nos casos de: I - implantação de qualquer empreendimento que possa demandar a utilização de recursos hídricos, superficiais e subterrâneos; II – a execução de obras ou serviços que possa alterar o regime, a quantidade e a qualidade desses mesmos recursos. 2. de licença de execução, que será emitida nos casos de: execução de obras para extração de águas subterrâneas. 3. de autorização ou concessão, que será emitida nos casos de: I – derivação de água do seu curso ou depósito, superficial ou subterrâneo; II – o lançamento de efluentes nos corpos d’água. Sendo que, a concessão ocorrerá quando o fundamento da outorga for de utilidade pública.

⁷² Arts. 9º a 13 da Lei nº 7.663, de 1991 e arts. 2º e 3º do Dec. 41.258, de 1996.

normatiza acerca da matéria em foco.

Em 2005, o Estado de São Paulo editou a lei que dispõe sobre a cobrança pela utilização dos recursos hídricos⁷³. O referido diploma legal, prevê que determinados usos independem de outorga (art. 5º, § 1º). Em 30 de março de 2006, a lei em foco foi regulamentada, por meio do Decreto nº 50.667. Em atendimento ao preceito legal supra mencionado (§ 1º, art. 5º), o Decreto em tela, em seu artigo 36⁷⁴, dispõe acerca das condições em que a outorga de direito de uso dos recursos hídricos deverá ser dispensada⁷⁵. Portanto, hoje, no Estado Paulista, determinados usos, independem de outorga. Contudo, a obrigatoriedade de cadastrar todos os usos, permanece em vigor⁷⁶. A Portaria DAEE nº 2.292, de 2006, em seu artigo 5º especifica que: “Os usuários que em seus empreendimentos fizerem utilização de recursos hídricos como insignificantes e não sujeitos a outorga ficam obrigados a requerer ao DAEE a dispensa e o cadastramento (...)”.⁷⁷

Nos aspectos formais, as outorgas do DAEE⁷⁸ estão regulamentadas por Decreto do Executivo e Portaria do Superintendente da autarquia.⁷⁹ E são intransferíveis.⁸⁰

7.1 - Aspectos não considerados nos Planos paulistas

Outro ponto a destacar é que, consoante estabelecido na Lei nº 7.663, de 1991, os Comitês de Bacias, ao formalizarem seus respectivos Planos, participam de forma indireta, nas decisões do DAEE, relacionadas à emissão da outorga, pois o referido diploma legal prevê que o Plano Estadual de Recursos Hídricos deve ser instituído, com base nos Planos de Bacias Hidrográficas.⁸¹ E a outorga deverá ser emitida de acordo com as diretrizes estabelecidas nos referidos Planos.⁸² Contudo, a participação dos Comitês, nem sempre condiz com o especificado na legislação. Há, atualmente, uma lacuna entre os mandamentos legais e a realidade nos Colegiados. Talvez, por estarem ainda em fase de “crescimento”, não utilizam as ferramentas que possuem, por exemplo, os Planos de Bacias, da forma mais precisa e eficiente. E acabam por

⁷³ Lei nº 12.183, de 29/12/2005.

⁷⁴ Altera o artigo 1º, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 41.258/96. Conforme estabelecido no referido regulamento, independem de outorga: I - o uso de recursos hídricos destinados às necessidades domésticas de propriedades e de pequenos núcleos populacionais localizados no meio rural; II – as acumulações de volumes de água, as vazões derivadas, captadas ou extraídas e os lançamentos de efluentes que, isolados ou em conjunto, por seu pequeno impacto na quantidade de água dos corpos hídricos, possam ser considerados insignificantes.

⁷⁵ § 2º, do artigo 1º, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 41.258, de 1996 com redação dada pelo art. 36, do Decreto nº 50.667, de 2006. Estabelece que “os critérios específicos de vazões ou acumulações de volume de água considerados insignificantes, serão estabelecidos nos planos de recursos hídricos, devidamente aprovados pelos CBHs ou na inexistência destes pelo DAEE”.

⁷⁶ Art. 10, da Lei nº 7.663, de 1991.

⁷⁷ Lei nº 7.663, art. 10, determina que dependerá de cadastramento e da outorga a derivação de água de seu curso ou depósito, superficial ou subterrâneo, para fins de utilização no abastecimento urbano, industrial, agrícola e outros, bem como lançamento de efluentes nos corpos d'água.

⁷⁸ Art. 4º, do Regulamento aprovado pelo Dec. nº 52.636, de 03/02/1971, com redação dada pelo art. 1º, do Dec. nº 23.933, de 18/09/1985.

⁷⁹ Decreto nº 41.258, de 31/10/1996 e Portaria DAEE nº 717, de 12/12/1996.

⁸⁰ A Resolução CNRH nº 16, de 2001, prevê a transferência do ato de outorga, que deverá conservar as mesmas características e condições da outorga original e poderá ser feita total ou parcialmente quando aprovada pela autoridade outorgante e será objeto de novo ato administrativo indicando os titulares.

⁸¹ Art. 16.

⁸² § 1º, art. 30. Registre-se que, a Lei Federal nº 9.433, de 1997, disciplina acerca da mesma matéria, nos arts. 7º, VIII, 12, § 2º e 13.

perder uma excelente oportunidade, que, antes e acima de tudo é um direito oferecido para todos os participantes dos Comitês.

Corroborando com esta afirmação, no resumo do Plano Estadual de Recursos Hídricos 2004-2007, página 55, está consignado: “Fica evidente que, para além dos esforços já empreendidos pelo DAEE no sentido de cumprir com suas responsabilidades, um amplo programa de cadastramento e outorga de uso dos recursos hídricos deve ser levado a cabo, sendo desejável que essas iniciativas sejam conduzidas em articulação com associações de classe. Cabe destacar que embora o número de outorgas emitido pelo Estado tenha crescido expressivamente nos últimos anos, nenhum dos Planos de Bacia indicou as prioridades das intervenções que compõem tais Planos. Essas prioridades são fundamentais para direcionar as outorgas.” (grifos nossos)

Depreende-se, pois, que, neste sentido, deu-se um passo importantíssimo para a efetiva participação dos Comitês de Bacias Hidrográficas. Em São Paulo, a participação dos segmentos nos CBHs é tripartite e igualitária, entre Estado, Municípios e Sociedade Civil. Basta, agora, que os interessados, tomem parte, de forma efetiva, nas ações e decisões, em todos os Comitês.

Em suma, verifica-se, que o poder de polícia para conceder outorgas de direito de uso dos recursos hídricos é competência do DAEE. Contudo, a discricionariedade administrativa está atrelada ao estabelecimento das prioridades para outorga, que deverão ser definidas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas. Exemplo de uma gestão descentralizada e participativa.

7.2 - Modelo de participação do CBH no Sistema Paulista

O Comitê de Bacia Hidrográfica do Pardo, de forma pioneira, normatizou, por meio da Deliberação nº 004, de 2006, acerca de áreas de restrição e controle temporários para a captação e uso das águas subterrâneas, no Município de Ribeirão Preto. Destaca-se que, a proposta de Deliberação foi formulada pela Câmara Técnica de Saneamento e Água Subterrânea do Comitê. Após, foi encaminhada à reunião plenária do referido Colegiado, para discussão e deliberação.

Em 2006, o Conselho Estadual de Recursos Hídricos, homologou a referida norma (Del. CRH nº 065).

Observa-se, pois, que a participação da comunidade local, por meio do Comitê, neste processo, é de fundamental importância, garantindo uma gestão democrática e descentralizada.

7.3 - Modelo institucional paulista e a integração das entidades interessadas

Destaca-se que, a Política Estadual de Recursos Hídricos, nos termos estabelecidos em lei, deverá ter como uma de suas diretrizes, a compatibilização do gerenciamento dos recursos hídricos com o desenvolvimento regional e com a proteção ao meio ambiente.⁸³

Nota-se, contudo, que determinadas ações previstas na legislação paulista, visando a descentralização do sistema, ainda não estão sendo aplicadas. É o caso do termo do Convênio a ser firmado entre o Estado e os Municípios, onde o primeiro delega ao segundo o gerenciamento de recursos hídricos de interesse exclusivamente local.⁸⁴ Neste instrumento, pode-se, incluir a participação dos Municípios no processo de outorga. Obviamente, o poder de polícia permanece com a autoridade outorgante, que terá como auxiliar, naquela determinada região, o Município interessado.⁸⁵ Outro exemplo é o das bacias ou sub-bacias com grande concentração de usuários de águas e conflitos potenciais, onde poderão ser criadas associações de usuários, como entidades auxiliares no gerenciamento dos recursos hídricos e na implantação, operação e manutenção de serviços e obras. Podendo, receber outorgas ou com atuar, mediante convênios ou consórcios.⁸⁶ A Lei nº 9.034, no seu artigo 17, prevê também que, em bacias ou sub-bacias, onde a densidade de irrigação atingir a 5 ha/km² (cinco hectares por quilômetro quadrado), as associações de irrigantes, terão preferência na outorga de direitos de uso dos recursos hídricos para irrigação, sendo-lhes facultado sub-rogar cotas de água aos seus associados.⁸⁷ As previsões legais, supra mencionadas, possibilitam desafogar e desonerar a autoridade outorgante, sem retirar da Administração o poder de polícia, que lhe é peculiar.⁸⁸

A Lei nº 7.663, de 1991, estabelece ainda, que a execução das atividades dos Órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado, responsáveis pelo gerenciamento dos recursos hídricos, deverá ser feita mediante compatibilização e integração dos procedimentos técnicos e administrativos dos órgãos e entidades intervenientes.⁸⁹ No que tange ao instituto da outorga de uso dos recursos hídricos, a lei paulista disciplina que a implantação de qualquer empreendimento que demande a utilização de recursos hídricos, que altere sua qualidade ou quantidade, dependerá de prévia manifestação, autorização ou licença dos órgãos e entidades

⁸³ Art. 3º, VII.

⁸⁴ Lei nº 7.663, de 1991, art. 32.

⁸⁵ Com relação aos Municípios, o DAEE firmou Termos de Cooperação Técnica, com objetivo de promover o cadastro de usuários.

⁸⁶ Lei nº 9.034, de 1994, art. 16.

⁸⁷ Neste sentido, atualmente, o DAEE trata a questão de forma um pouco diversa, pois concede uma “outorga coletiva”, que é emitida em nome da Associação e do interessado. Portanto, as cotas não são decididas pela Associação e respectivos associados.

⁸⁸ Destaca-se que a Lei Federal nº 9.433, de 1997, visando a descentralização do sistema, estabelece que O Poder Exec. Federal poderá delegar aos Estados e ao DF competência para conceder outorga de domínio da União (art. 14, § 1º). Destaca-se que, a União prevê que os Estados podem conceder outorga em rios de seu domínio. E, por meio da Resolução ANA nº 429, de 2004, delegou aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, competência para outorgar o uso dos recursos hídricos no âmbito das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá.

⁸⁹ Art. 30.

competentes.⁹⁰ Em 2006, com base no disciplinado no art. 7º, do Decreto nº 50.667, de 2006⁹¹, as Secretarias de Estado de Energia, Recursos Hídricos e Saneamento⁹² e a do Meio Ambiente, normatizaram, por meio de Resolução Conjunta, acerca dos procedimentos integrados, para a expedição de retificações ou ratificações dos atos administrativos, relacionados aos usos dos recursos hídricos do DAEE e do licenciamento da CETESB.⁹³ A norma em tela, é um passo importantíssimo para atingir os objetivos preconizados nos arts. 3º, I e 30, § 1º, da lei que estatui a Política Estadual de Recursos Hídricos.⁹⁴

8 - LEGISLAÇÃO DE OUTORGA - UNIÃO

Inspirando-se na Lei paulista nº 7.663, de 1991, a União, tratou do instituto da outorga, em 1997, por meio da Lei nº 9.433⁹⁵ e em cumprimento ao estabelecido na Carta Constitucional⁹⁶, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Dentre os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, encontra-se a outorga de direito de uso de recursos hídricos⁹⁷.

A Instrução Normativa nº 04, de 21/06/00, do Ministério do Meio Ambiente, definiu “outorga de direito de uso de recursos hídricos como ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público outorgante⁹⁸ faculta ao outorgado⁹⁹ o direito de uso do recurso hídrico¹⁰⁰, por prazo determinado, nos termos e condições expressas no respectivo ato.” (grifos nossos)

Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Águas – ANA¹⁰¹, entidade federal autárquica, de regime especial, que tem como atribuição a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e a coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A lei de

⁹⁰ Lei nº 7.663, de 1991, art. 9º. Neste sentido, o Dec. nº 41.248, de 1996 dispõe que: Os atos de outorga não eximem o usuário da responsabilidade pelo cumprimento das exigências da CETESB, no campo de suas atribuições, bem como das que venham a ser feitas por órgãos e entidades aos quais esteja afeta a matéria.

⁹¹ Art. 7º, § 2º: Resolução Conjunta a ser publicada pelas Secretarias de Energia, Recursos Hídricos e Saneamento e de Meio Ambiente, estabelecerá procedimentos para a expedição de retificações ou ratificações dos atos administrativos das outorgas e do licenciamento.

⁹² Atualmente denominada Secretaria de Saneamento e Energia.

⁹³ Resolução SMA/SERHS nº 01, 23/02/05. As Sec. da Saúde, SMA e SERHS, por meio da Res. Conjunta nº 03, de 21/06/06, disciplinaram acerca de procedimentos integrados para controle de vigilância de soluções alternativas coletivas de abastecimento de água para o consumo humano proveniente de mananciais subterrâneos.

⁹⁴ As entidades interessadas, com a finalidade de compatibilizar e integrar os procedimentos técnicos e administrativos, podem ainda: criar centros regionais de atendimento integrado; capacitar os técnicos para o atendimento ao usuário; habilitar associações técnicas, empresas e técnicos, para a instrução de projetos sujeitos à outorga e licenças; simplificar os procedimentos administrativos/operacionais dos órgãos envolvidos, com suporte e sistema integrado e informatizado para obtenção das licenças e outorgas. Depreende-se, pois, que o referido sistema integrado entre os órgãos da Administração, em tese, beneficia, o usuário e a Administração.

⁹⁵ Art. 12.

⁹⁶ Art. 21, XIX – “Compete à União: (...) XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; (...)”

⁹⁷ Art. 5º, inciso III e Seção III, arts. 11 a 18, da Lei nº 9.433, de 1997.

⁹⁸ União (art. 29, I, da Lei nº 9.433, de 1997), Estados ou Distrito Federal (art. 30, I, da Lei nº 9.433, de 1997).

⁹⁹ Usuário da água, seja público ou privado.

¹⁰⁰ Isto é, direito de utilizar privativamente o recurso hídrico.

¹⁰¹ Lei nº 9.984, de 17/07/00.

criação estabelece também, que cabe a ANA, outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União.¹⁰² (grifos nossos)

Com relação ao preceito legal mencionado¹⁰³, pode-se observar, que é diferente da legislação paulista, pois a outorga emitida pela ANA é denominada “autorização administrativa”.

A Lei das Águas disciplina que compete ao CNRH estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, nos termos previstos na CF/88.¹⁰⁴ Assim o Conselho Nacional de Recursos Hídricos¹⁰⁵ normatizou acerca da matéria, por meio da Resolução nº 16, de 08/05/01. Contudo, ao interpretá-la, mister é observar o previsto no “caput”, do artigo 1º, onde consta que devem ser “consideradas as legislações específicas vigentes”.

9 - AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS E OUTORGA

A dos entes federativos, consagrada no texto Constitucional,¹⁰⁶ não pode ser ignorada, cabendo a União editar normas gerais e aos Estados-Membros, disciplinar sobre matérias de natureza suplementar.

Ao tratar da questão da autonomia dos entes federativos, Cid Tomanik Pompeu¹⁰⁷, cita o artigo 14 da Lei das Águas. Isto porque, o referido artigo ao prever que a outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal, tornou-se inconstitucional, na parte que se refere aos Estados e ao Distrito Federal, pois em sua organização administrativa, os Estados regem-se apenas por suas Constituições e leis.¹⁰⁸

Com relação à lei citada, o referido mestre destaca ainda que, o § 1º, do art. 14 aplica-se em parte, pois as outorgas de aproveitamento dos potenciais hidrelétricos, previstas no inciso IV, do artigo 12 são indelegáveis, por força do previsto no art. 176, § 1º da CF.¹⁰⁹

A Resolução CNRH nº16, não trata apenas de diretrizes gerais, conforme indicação constitucional. Pelo contrário, a mencionada norma, desce a minúcias, disciplinando, inclusive, sobre determinadas obrigações e competências atribuídas às autoridades outorgantes. Não pretende-se neste estudo, analisar a pertinência dos mandamentos ali estabelecidos. O que se

¹⁰² Art. 4º, inciso IV, da Lei nº 9.984/00.

¹⁰³ Lei nº 9.984, de 2000, art. 4º, IV.

¹⁰⁴ Lei nº 9.433, de 1991, art. 35, inciso X e CF, art. 21, XIX *in fine*.

¹⁰⁵ A título de registro, aponta-se que a Resolução CNRH nº 29, de 11/12/02, define diretrizes para a outorga de uso dos recursos hídricos para o aproveitamento dos recursos minerais. E, nos termos previstos no texto constitucional, a competência para legislar sobre esta matéria é, exclusiva, da União.

¹⁰⁶ Art. 18, CF: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹⁰⁷ POMPEU, C. T., “I Encontro Técnico Sobre Cadastro de Usuários e Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos”, 1997, Fortaleza-CE, p. 15.

¹⁰⁸ Art. 25, da Constituição Federal.

¹⁰⁹ POMPEU, Cid Tomanik, *idem*.

deseja é demonstrar que, a Resolução em foco, não condiz com o estabelecido na Lei Maior.¹¹⁰

Para elucidar a questão, cita-se a definição do vocábulo critério: “(...) Aquilo que serve de base para comparação, julgamento ou apreciação.”¹¹¹ Portanto, os referidos critérios, deveriam, em tese, tratar da matéria de forma geral (diretriz básica).

Neste sentido, ressalta-se que, havendo conflito entre quaisquer normas infraconstitucionais e um mandamento constitucional, deve prevalecer, obviamente, o que dispuser a Lei Maior.

As águas subterrâneas, incluem-se entre os bens dos Estados, nos termos estabelecidos no texto constitucional. Assim, estes entes federativos têm o poder-dever de gestão sobre o referido bem. Contudo, o CNRH, por meio da Resolução nº 15, de 11 de janeiro de 2001, alegando a interdependência das águas superficiais, subterrâneas e meteóricas, acabou por abordar as águas subterrâneas, de tal forma, que adentra em questões de interesse, exclusivo, dos Estados. Todavia, frisa-se que, este bem é dos Estados-Membros. Portanto, toda e qualquer decisão acerca das outorgas de direito de uso das águas subterrâneas e respectivos aquíferos é de competência dos Estados detentores do(s) referido(s) bem(ns) público(s).

Da mesma forma, a Resolução nº 37, de 26 de março de 2004, do referido Colegiado, ao estabelecer diretrizes para a outorga de recursos hídricos para a implantação de barragens, desce a minúcias, determinando, inclusive, as obrigações e deveres para a autoridade outorgante estadual.

Pelo exposto, verifica-se que determinados preceitos contidos nas Resoluções retro mencionadas, extrapolam a competência conferida ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos e à União, já que tratam de matérias de interesse, exclusivo, dos Estados. Por esta razão, as referidas normas, em tese, devem ser cumpridas, naquilo que couber.

10 – COTEJO ENTRE A LEGISLAÇÃO DA UNIÃO E DO ESTADO

As Leis nº 9.433, de 1997 e nº 7.663, de 1991, da União e do Estado Paulista, respectivamente, consideram “a água um bem de domínio público”¹¹². (grifos nossos)

¹¹⁰ Neste sentido, cita-se Cid T. Pompeu¹¹⁰, que em seu livro *Direito de Águas no Brasil* (P. 314), destaca: “A Constituição Federal declara competir à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, evidentemente que respeitando a autonomia dos Estados, em especial no que compete à sua auto-organização. Os Estados podem até seguir os modelos administrativos preconizados pela União, desde que os entendam oportunos e convenientes e que atendam às suas peculiaridades e aos seus interesses. Quando a Constituição determina a instituição daquele sistema está implicitamente afirmado que a autonomia dos Estados, em sua auto-organização, deve ser respeitada.”¹¹⁰ Em termos de auto-organização estadual, é importante ter presente que, se nem aos respectivos Poderes Legislativos é dada competência para *alterar a estrutura administrativa dos Poderes Executivos* estaduais,¹¹⁰ esta faculdade jamais poderia ser exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo federais.”¹¹⁰ Em termos de auto-organização estadual, é importante ter presente que, se nem aos respectivos Poderes Legislativos é dada competência para *alterar a estrutura administrativa dos Poderes Executivos* estaduais,¹¹⁰ esta faculdade jamais poderia ser exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo federais.” (apud POMPEU, C. T., *Águas Públicas e Autonomia Estadual*, O Estado de São Paulo, p. 55, São Paulo, 4 out. 1987, Suplemento Jurídico da Procuradoria do DER-AP 129/10-13, São Paulo, out.-dez. 1967 apud STF, ADIn 2.654-2/Alagoas, Deferimento medida cautelar, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 26.06.2002 (auto-organização estadual)).

¹¹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *idem*.

¹¹² Lei nº 7.663, art. 3º, III, e Lei nº 9.433, art. 1º, I. Contrário a esse entendimento, o Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo destaca: “(...) todavia, aludida lei, no seu art. 1º, ao estabelecer os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, refletiu uma impropriedade. No inciso I desse artigo,

As supramencionadas leis preconizam que “a água é dotada de valor econômico”.¹¹³ Registre-se, por oportuno, que o valor econômico dado a este recurso natural, não pode suplantiar outras necessidades de maior importância, como por exemplo, a saúde pública. Pelo contrário, deve-se ter em mente que, o interesse econômico do referido bem está atrelado ao valor que representa, na qualidade de vida dos cidadãos.¹¹⁴

A Lei das Águas enfatiza que a água é um recurso natural limitado.¹¹⁵ A Constituição do Estado de São Paulo¹¹⁶, por sua vez, determina que deverá ser editada lei que institua o sistema integrado de gerenciamento de recursos hídricos, visando, a utilização racional das águas superficiais e subterrâneas; o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos; a proteção das águas contra ações que possam comprometer o seu uso atual e futuro. Estabelecendo, ainda que, as águas subterrâneas, reservas estratégicas para o desenvolvimento econômico-social e valiosas para o suprimento de água às populações, deverão ter programa permanente de conservação e proteção contra poluição e superexploração. Assim, com base no disciplinado na sua Constituição, o Estado instituiu a lei que trata da matéria em foco. Observa-se que o diploma legal em comento, não declara, textualmente, ser a água um recurso limitado. Contudo, a lei em referência, salienta que o uso irregular no tocante à quantidade e à qualidade, poderá degradar o meio ambiente, ocasionando a escassez.¹¹⁷

Desta forma, dada a importância da água, os entes Federal e Estaduais, detentores do domínio hídrico, outorgam a utilização de seus recursos hídricos, visando controlar o uso e incentivar o aproveitamento. Neste sentido, observa-se que as legislações destacam que o regime de outorga tem como objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água.¹¹⁸

Aos particulares, interessados em utilizar os recursos hídricos, os novos disciplinamentos jurídicos, em harmonia com o estabelecido no Código de Águas, preceituam que o instituto da

preceituou-se que a água é um bem de domínio público. Tal assertiva padece de inconstitucionalidade, porquanto, conforme foi demonstrado, a água é um bem tipicamente ambiental, sendo, portanto, de uso comum do povo e, em conformidade com a Lei nº 8.078/90 (art. 81, parágrafo único, I), bem difuso. Dessa forma, o art. 1º, I, encontra-se em total desarmonia com o Texto Constitucional, não encontrando neste qualquer suporte de validade”. (grifos nossos) (Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 109 *apud* Vianna, Fabíola, p.124.) A título ilustrativo cita-se a Lei nº 8.078, de 1990, também conhecida como Código de Proteção ao Consumidor, dispõe no I, do art. 81 que: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” Por sua vez, Cid T. Pompeu ressalta que, as águas, têm titular constitucionalmente definido e seriam, portanto, bens não difusos, mas concretos, cabendo aos respectivos titulares geri-los. Destaca, ainda que, embora os bens públicos de uso comum sejam insuscetíveis de direito de propriedade, a tradição permite empregar o termo para designar o titular da relação jurídica ao qual se confia a guarda e gestão. (Direito de Águas no Brasil, 2006, p. 69)

¹¹³ Lei nº 7.663, de 1991, art. 3º, III e Lei nº 9.433, de 1997, art. 1º, II.

¹¹⁴ Lei nº 7.663, de 1991, art.4º, I e Lei nº 9.433, de 1997, art. 1º, III.

¹¹⁵ Art. 1º, II.

¹¹⁶ Arts. 205 e ss.

¹¹⁷ Arts. 2º, Art. 3º, I, III; art. 4º, I, III, IV, VI, VII; art. 9º.

¹¹⁸ Art. 9º da Lei nº 7.663, de 1991; art. 1º, II, do Dec. Estadual nº 41.258, de 1996 e art. 11, da Lei nº 9.433, de 1997.

outorga, não implica alienação daquele bem, que é inalienável, mas o simples direito de uso.¹¹⁹

Ressalte-se que a implantação de empreendimento, prevista na legislação paulista, equivale à outorga preventiva prevista na legislação federal.¹²⁰ No tocante a outorga preventiva, Cid Tomanik Pompeu, ensina que tem a finalidade de declarar a disponibilidade de água para usos requeridos. Salientando que, esta outorga não confere direito de uso e se destina a *reservar* a vazão passível de outorga, para possibilitar a investidores planejamento dos empreendimentos. O seu prazo deve levar em conta a complexidade das ações que dela necessitam.¹²¹ O referido autor¹²² elucida que: “A expressão *outorga preventiva*, com a devida vênia, é imprópria, pois, além de por si nada dizer, é aquilo que, no direito de águas, se denomina *reserva de águas*, como, aliás, foi utilizado pela lei no tocante a serviços públicos”.

Mister é salientar que, no tocante às outorgas, é atribuição da União normatizar: i. definindo os critérios gerais; ii. de forma específica, quando tratar dos recursos hídricos de seu domínio. Já aos Estados compete: i. seguir as diretrizes gerais, definidas pela União; ii. observar o disposto na Lei das Águas, no tocante às normas gerais; iii. continuar cumprindo o estabelecido na norma nacional, que é o Código de Águas e que ainda não foi revogado.¹²³

O dever de gestão sobre seus bens faz com que Estados e União tratem das questões atinentes à matéria, por meio de legislação específica. Contudo, conforme ressalta Cid Tomanik Pompeu (2001) as disposições divergentes entre as normas federais e estaduais e sobre a atribuição de seus organismos devem ser estudadas, sobre os aspectos práticos administrativos, para que se chegue a uma forma de convergência, que permita a atuação conjunta nas bacias hidrográficas compartilhadas. Registre-se, por oportuno que, embora a Carta Constitucional estabeleça que compete a União definir os critérios da outorga, deve-se entender que é no tocante aos aspectos jurídicos e não técnicos. Isto porque, as peculiaridades de cada região, exigem um exame técnico diferenciado.¹²⁴

¹¹⁹ Lei nº 9.433, de 1997, art. 18; Art. 1º, § 1º, da Resolução nº 16, de 2001. O Código de Águas já tratava da questão ao indicar em seu art. 46 que as águas públicas são inalienáveis, estabelecendo que a concessão importa apenas no direito de uso das águas.

¹²⁰ Art. 6º, da Lei nº 9.984, de 2000.

¹²¹ Surgimento da Outorga Preventiva: Com referência a reserva de água, registre-se que é um dos instrumentos utilizados pela Administração, na gestão dos recursos hídricos. Aplicável em todas as situações que o Poder Público entender conveniente, a sua adoção tem sido mais comum no campo da produção de energia hidrelétrica. O fato dessa utilização da água concorrer com inúmeras outras, fez surgir, com características próprias, o instituto da *reserva de água*, determinada quando da concessão ou autorização para a produção de energia hidráulica. (POMPEU, C. T., “Direito de Águas no Brasil”, 2006, p. 120/12).

¹²² “Direito de Águas no Brasil”, 2006, p. 120/121.

¹²³ Art. 43.

¹²⁴ POMPEU, C. T., “I Encontro Técnico sobre Cadastro de Usuários e Out. de Dir. de Uso dos Rec. Hídricos”, Fortaleza- CE, 1997, p.04.

11. CONCLUSÃO

1. a outorga de direito de uso de recursos hídrico é ato administrativo mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado o direito de uso da água, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, consideradas as legislações específicas vigentes. O vocábulo outorga é gênero e suas espécies podem ser: autorização, permissão concessão e licença.
2. a Constituição Federal de 1988 estabelece o domínio das Águas da União, dos Estados e por analogia do Distrito Federal. E, garante a autonomia aos entes federativos no tocante à sua organização administrativa. Com relação às outorgas, compete a União definir, especificamente, sobre critérios gerais, além de normatizar, especificamente, acerca dos recursos hídricos de seu domínio. Já os Estados-membros têm o poder-dever de decidir acerca da outorga sobre as águas de seu domínio. Assim, os dispositivos legais editados pela União, deverão cumprir ao previsto na Lei Maior. Caso contrário, as unidades federadas não estarão obrigadas a segui-los, a não ser que entendam oportuno e conveniente.
3. a CF dispõe que compete a União definir os critérios da outorga. Contudo, tendo em vista as peculiaridades de cada região, que exigem um exame técnico diferenciado, deve-se entender que a atribuição dada à União é no tocante aos aspectos jurídicos e não técnicos.
4. a Lei nº 9.433/97, prevê a outorga preventiva, que significa reservar a vazão passível de outorga, para possibilitar a investidores planejamento dos empreendimentos. Portanto, a expressão correta no caso, seria reserva de águas.
5. a implantação de empreendimento, prevista na legislação paulista, equivale à outorga preventiva prevista na legislação federal.
6. uma das formas de descentralização, prevista na legislação paulista é a participação dos usuários e do poder municipal, como auxiliares da autoridade outorgante, que deveria ser firmada por meio de Convênio (arts. 16 e 17, L. 9.034/94). Contudo, esta forma de descentralização ainda não foi efetivada. Por outro lado, a legislação federal prevê que os Estados podem conceder outorga em rios de domínio da União, desde que haja delegação. E, por meio da Resolução ANA nº 429, de 2004, delegou aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, competência para outorgar o uso dos recursos hídricos no âmbito das Bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí.
7. a Resolução Conjunta SMA/SERHS nº 01, de 2005, normatizou acerca de procedimentos integrados entre o DAEE e a CETESB, no tocante a expedição de retificações ou ratificações dos atos administrativos de outorga e licenciamento. Esta norma procurou atingir os objetivos

preconizados nos artigos 3º, I e 30 da Lei nº 7.663 (integração e compatibilização entre as entidades interessadas). Outros procedimentos podem ser adotados, para dar continuidade ao estabelecido no diploma legal em comento.

8. a legislação do Estado de São Paulo e da União, determinam que a outorga deverá ser emitida de acordo com as diretrizes estabelecidas nos seus respectivos Planos. Contudo, conforme registrado no PERH 2004-2007, no Estado de São Paulo, nenhum dos Planos de Bacia indicou as prioridades das intervenções.

9. as outorgas concedidas pelo DAEE são intransferíveis. Já a Resolução do CNRH prevê a transferência do ato de outorga a terceiros.

10. as legislações da União e do Estado de São Paulo, determinam que determinados usos, considerados insignificantes, independem de outorga.

AGRADECIMENTOS

Aos colegas da Diretoria de Recursos Hídricos do DAEE, em especial, Antônio Carlos Coronato, Eliseu Itiro Ayabe e Luiz Fernando Carneseca, pela disponibilidade irrestrita sempre que procurados para opinar, apresentando críticas criativas e relevantes, fator importante, que deu norte a este trabalho.

BIBLIOGRAFIA

a) Livro

GRANZIERA, M. L. M. (2001). *Direito de Águas – Disciplina Jurídica das Águas Doces*. Ed. ATLAS São Paulo-SP.

POMPEU, C. T. (2006). *Direito de Águas no Brasil*. Ed. Revista dos Tribunais São Paulo-SP.

POMPEU, C.T. (2007). *Autorização Administrativa*. Ed. Revista dos Tribunais São Paulo-SP. 2º edição.

b) Capítulo de livro

THAME, A. C. M. (2000). “*Os Desafios do Terceiro Milênio – O Uso Sustentável da Água*”, in *A Cobrança Pelo Uso da Água. Org. por Thame*. Impressão Melhoramentos São Paulo-SP, pp.249-254.

c) Artigo em anais de congresso e simpósio

DE FREITAS, F. P. (2006). “*A Dominialidade das Águas Subterrâneas no Brasil à Luz da Constituição Federal de 1988 e o Caso do Aquífero Guarani*”, São Paulo-SP, Junho 2006, p. 138.

POMPEU, C. T. (1997). “*Aspectos Jurídicos e Normativos da Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos – A Lei Nacional e as Leis Estaduais*” in I Encontro Técnico Sobre Cadastro de Usuários e Outorga de Direito de uso dos Recursos Hídricos , Fortaleza-CE, Agosto 1997, pp. 01-26.

VIANNA, F. (2006). “*Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos Ambiental Brasileiro*” in 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo-SP, Junho 2006, pp. 119-136.

d) Parecer

POMPEU, C. T. (2001). “*Avaliação dos aspectos jurídico-institucionais da outorga do direito de uso das águas e fiscalização*”, São Paulo-SP, Fevereiro 2001, pp. 01-35.

e) Dicionário Eletrônico

FERREIRA, A. B. de H.. (2004). *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. versão 5.11. Positivo Informática Ltda, Ed. Positivo, 3ª edição, revista e atualizada do *Aurélio Século XXI*.

f) Publicação “internet”

HENKES, S. L. (2007). *Histórico legal e institucional dos recursos hídricos no Brasil*. <http://jus.uol.com.br/index.html>