



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**Marcos José Nogueira de Souza Filho**

**PRINCÍPIO FEDERATIVO E O  
DISCIPLINAMENTO CONSTITUCIONAL  
DOS RECURSOS HÍDRICOS**

**Fortaleza  
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**MARCOS JOSÉ NOGUEIRA DE SOUZA FILHO**

**PRINCÍPIO FEDERATIVO E O  
DISCIPLINAMENTO CONSTITUCIONAL  
DOS RECURSOS HÍDRICOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Germana de Oliveira Moraes

**Fortaleza  
2008**

**Universidade Federal do Ceará**  
**Curso de Mestrado Acadêmico em Direito**

Título do trabalho: Princípio Federativo e o Disciplinamento Constitucional dos Recursos Hídricos

AUTOR: MARCOS JOSÉ NOGUEIRA DE SOUZA FILHO

Defesa em: \_\_\_\_\_

Conceito Obtido: \_\_\_\_\_

Nota Obtida: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Germana de Oliveira Moraes  
Orientadora

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias  
Membro

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti  
Membro

Ao meu pai,  
Prof. Marcos José Nogueira de Souza,  
em cujos passos acadêmicos tento espelhar os meus próprios.

## AGRADECIMENTOS

À minha esposa, **Ana Patrícia Queiroz Façanha Nogueira**, e à minha filha, **Camila Façanha Nogueira de Souza**, pela compreensão nas minhas ausências e por se constituírem na razão de tudo.

A meus pais, **Marcos José Nogueira de Souza** e **Maria de Lourdes Nogueira de Souza**, pelo estímulo incansável, de toda ordem e desde meus primeiros passos.

Aos Professores **Dimas Macedo** e **Francisco Gérson Marques de Lima**, pela amizade e por se configurarem como meus legítimos mentores na área do Direito.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, especialmente ao **Departamento de Direito Privado**, a que fui honradamente vinculado na condição de Professor Substituto de Direito Previdenciário.

À Universidade Estadual do Ceará – UECE, especialmente ao **Centro de Estudos Sociais Aplicados**, onde sou Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Ambiental.

À **Faculdade Christus**, por me proporcionar crescimento profissional e aprimoramento na prática do magistério.

À **Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP**, pelo apoio profissional, pelo papel de destaque que mantém frente à comunidade acadêmica e pela importância no crescimento científico do Estado do Ceará.

Ao meu primo, **Régis Eduardo de Sousa**, pela disposição constante e pelo auxílio na digitação de textos.

À Professora **Germana de Oliveira Moraes**, pelo esforço, paciência e dedicação na orientação deste trabalho acadêmico.

Ao Coordenador, Professor **João Luís Nogueira Matias**, aos Professores, aos colegas e aos funcionários do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

“Canoa canoa desce  
No meio do rio Araguaia desce  
No meio da noite alta da floresta  
Levando a solidão e a coragem  
Dos homens que são  
Ava avacanoê  
Avacanoeiro prefere as águas  
Avacanoeiro prefere o rio  
Avacanoeiro prefere os peixes  
Avacanoeiro prefere remar  
Ava prefere pescar”  
Fernando Brant e Nelson Ângelo

“Com açudes, com irrigação, com energia hidráulica,  
com o aproveitamento das cachoeiras e  
a perfuração de poços na vale dos rios férteis, (...)  
é possível ao homem, pela ação organizada e inteligente,  
subjugar as causas que determinam o depauperamento do solo,  
a decadência da vida rural, a escassez de gêneros,  
a propagação da fome, a formação de desertos, a retirada, o flagelo.  
E é isto, simplesmente isto, o que pede e espera  
a nação dos seus homens de boa vontade”.  
Paulo Bonavides, *in* O Tempo e os Homens

## RESUMO

A Constituição Federal, ao disciplinar o princípio federativo, repartiu as competências legislativas em matéria de recursos hídricos de forma ambígua, deixando transparecer, a partir da capacidade privativa da União quanto a águas (art. 22, inc. IV), a impossibilidade jurídica de o Estado legislar sobre o assunto. Ocorre que tal conjuntura não se justifica, principalmente porque o próprio Texto Magno conferiu ao Estado a dominialidade dos recursos hídricos (art. 26, inc. I), a exemplo do que fez também em face da União (art. 20, inc. II). Outrossim, os recursos hídricos passaram a ostentar a condição de bens de uso comum do povo, que consistem naqueles que podem ser usufruídos por qualquer pessoa indistintamente, cabendo ao Poder Público – *in casu* aos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – a gerência, o controle e a fiscalização das atividades privadas que envolvem a utilização de águas. Tal utilização está, em regra, condicionada a prévia outorga pelo Poder Público, de caráter oneroso em função da qualidade das águas como bem dotado de valor econômico, em observância ao princípio do poluidor-pagador. Tudo isto indica que os recursos hídricos constituem bens públicos, não mais se admitindo juridicamente a hipótese de águas municipais e, muito menos, particulares. Ocorre que, doutrinariamente, a competência legislativa e a questão dominial não contam com unanimidade entre os autores do Direito Constitucional, Administrativo, Civil e, principalmente, Ambiental. O presente trabalho acadêmico, nestes termos, propõe-se a desvendar as respectivas soluções das problemáticas indicadas, a partir de uma tomada de posicionamento crítico, exaustivo e fundamentado, rechaçando peremptoriamente as teses favoráveis (a) à competência privativa da União para legislar sobre recursos hídricos e (b) à possibilidade constitucional de águas sujeitas a propriedade particular.

**Palavras-chave:** Princípio Federativo. Recursos Hídricos. Águas

## ABSTRACT

The Federal Constitution, when disciplining the federative principle, distributed the legislative abilities in substance of water resources of ambiguous form, attempt to be transparent, from the privative capacity of the Union to legislate about the waters (art. 22, IV), the legal impossibility of the State to legislate on the subject. The proper Constitutional Text occurs that such conjuncture if does not justify, mainly because conferred to the State the property of the water resources (art. 26, I), the example of what it also made in face of the Union (art. 20, II). However, the water resources had started to exhibit the condition of public easement of the people, that consists of that can indistinctly be usufructed by any person, fitting to the Public Power - in case to the agencies and component entities of the water Resources Management National System – the management, the control and the attention of the private activities that involve the water use. Such use is, in rule, conditional the previous grant for the Public Power, of onerous character in function of the quality of waters as endowed well with economic value, in observance the beginning of the polluter-payer agent. Everything this indicates more that the water resources constitute public goods, if not admitting the legally hypothesis of municipal water e, much less, particular. Doctrinal, the legislative ability and the dominical question do not count on unanimity enter the authors of the Constitutional law, Administrative law, Civil law e, mainly, Environment law. The present academic work, in these terms, considers to unmask it the respective indicated solutions of the problematic ones, from a taking of critical positioning, exhausting and based, rejecting fixedly the points of view favorable (a) to the privative ability of the Union to legislate on water resources and (b) to the constitutional possibility citizens the particular property on the water.

Keywords: Federative principle. Water resources. Water.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1 DO PRINCÍPIO FEDERATIVO</b> .....	<b>16</b>
1.1 Classificação Doutrinária e Traços Distintivos das Formas de Estado .....	17
1.2 A Origem Histórica Atribuída ao Federalismo Estadunidense e a Evolução do Modelo Federalista .....	23
1.3 Classificação dos Modelos Federativos Segundo a Relação Jurídica Entre os Entes Federados .....	32
1.4 Noções Básicas e A Diferenciação entre Soberania, Autonomia e Intervenção .....	35
1.5 Breves Considerações Sobre a Evolução Histórica e as Tendências do Federalismo no Brasil .....	39
1.6 A Condição da Federação no Direito Constitucional Positivo Brasileiro .....	46
1.7 Natureza Jurídica dos Entes Federativos Formadores da Estrutura Organizacional Política Brasileira .....	59
1.8 O Município e a Questão Ecológica: Competência Legislativa, “Interesse Local” e Meio Ambiente Artificial Urbano .....	64
<b>2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>83</b>
2.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais e a Condição dos Direitos Difusos .....	84
2.2 Direitos Fundamentais na Qualidade de Ações Positivas e de Ações Negativas .....	89
2.3 A Dificuldade na Busca pela Conceituação Doutrinária dos Direitos Fundamentais .....	92
2.4 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Privadas .....	96
2.5 A Abrangência da Titularidade dos Direitos Fundamentais e a Noção de Direitos Fundamentais Difusos no Âmbito do Direito Ambiental .....	102

<b>3 DOS RECURSOS HÍDRICOS .....</b>	<b>105</b>
3.1 Contribuição Para uma Possível Distinção Conceitual entre Águas e Recursos Hídricos .....	111
3.2 Fundamentos e Diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos .....	116
3.3 A Gestão das Águas, Descentralizada e Participativa, pelo Sistema Institucional de Gerenciamento de Recursos Hídricos .....	120
3.4 A Condição da Água como Bem Econômico, a Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos e seu Caráter Preventivo .....	124
3.5 A Cobrança pela Utilização dos Recursos Hídricos, Sua Natureza Jurídica e a Aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador .....	137
3.6 Os Recursos Hídricos como Fatores de Proteção em Áreas de Preservação Permanente (APP) .....	157
<b>4 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE RECURSOS HÍDRICOS .....</b>	<b>165</b>
4.1 Repartição Constitucional de Competências e sua Condição de Requisito do Princípio Federativo .....	166
4.2 O Princípio Teórico-Doutrinário da Predominância de Interesses e sua Ineficiência Prática .....	169
4.3 Classificação das Competências Federativas: Competência Material e Competência Legislativa em Matéria de Recursos Hídricos .....	174
4.4 As Formas de Manifestação das Competências Legislativas Estaduais: Delegação, Suplementação e Complementação .....	179
4.5 Competência Privativa da União para Legislar sobre Águas: O Alcance Normativo do art. 22, inc. IV, da Constituição .....	195
4.6 Competência Concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para Legislar sobre Defesa dos Recursos Naturais .....	203
4.7 Das Políticas Estaduais de Recursos Hídricos e a Condição do Estado do Ceará .....	208
<b>5 DA TITULARIDADE PATRIMONIAL DOS RECURSOS HÍDRICOS .....</b>	<b>212</b>
5.1 Divisão de Bens Públicos e a Condição dos Recursos Hídricos na Evolução Constitucional Brasileira .....	215
5.2 Bens Públicos, seu Disciplinamento pelo Código Civil e a Condição dos Recursos Hídricos .....	220

5.3 Divisão Constitucional de Bens Públicos e dos Recursos Hídricos na Federação Brasileira .....	234
5.4 O Domínio da Fauna Ictiológica e o Tratamento Jurídico da Pesca .....	252
5.5 Classificação dos Bens em Hídricos ou Terrestres e o Domínio dos Lençóis Freáticos e do Subsolo .....	260
5.6 A Subclassificação das Águas Superficiais em Internas e Externas .....	264
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>268</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>272</b>

## INTRODUÇÃO

O Brasil, na qualidade de Estado Federal, possui como uma de suas principais características a repartição constitucional de competências, imprescindível para o pleno funcionamento do modelo federativo e para a distribuição de autonomia entre os entes que o formam, na qualidade de atributo intrínseco do equilíbrio da Federação. A partir desta compreensão, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a repartição de competências fundamentada no chamado “princípio da predominância do interesse”, segundo o qual competem à União as questões de predominante interesse nacional, aos Estados, as de predominante interesse regional, e aos Municípios, as de predominante interesse local.

Desde sua promulgação até os dias hodiernos, entretanto, as entidades federativas têm-se mostrado, em não raras situações, incapazes de classificar determinada questão como de interesse local, regional ou local, de maneira harmônica com as pretensões dos demais entes federativos. Esta conjuntura se verifica não obstante a configuração dada pela Carta Magna à problemática da repartição de competências, que se delinea, no âmbito positivado, através (a) da competência material exclusiva da União (art. 21), (b) da competência legislativa privativa da União (art. 22), (c) da competência material comum (art. 23) e (d) da competência legislativa concorrente (art. 24).

A aplicação do Princípio Federativo e da repartição constitucional de competências tem, quanto a recursos hídricos, uma roupagem que não se revela de fácil apreciação. Sob o ponto de vista leigo, por exemplo, admite-se a possibilidade de domínio privado a corpos d’água quando inseridos em propriedades particulares, sendo que, em verdade, tal situação não contaria com qualquer amparo constitucional.

Outrossim, no que tange à competência legislativa, a redação do dispositivo constitucional pertinente deixa margens de dúvida quanto à constitucionalidade da legislação estadual e municipal acerca de recursos hídricos, em função da aparente dubiedade com que trata o tema. A problemática, apesar de contar com um aparente pacifismo, não é suficientemente detalhada nas obras de Direito Constitucional, tampouco nas de Direito Ambiental.

A aplicabilidade do tema proposto no âmbito prático do dia-a-dia, desvencilhada dos exames teóricos feitos pelas academias de Direito e órgãos jurisdicionais, é evidente e relevante, precipuamente quando se passa a admitir a existência de águas particulares. Destarte, não raras são as conjunturas verificadas principalmente em zona rural, nas quais o proprietário de determinada área, em que está contido um corpo d'água, utiliza-o como se seu exclusivo dono fosse, até mesmo cercando-o e impedindo o acesso à população circunvizinha.

Este contexto não deve contar com qualquer amparo jurídico-constitucional, em face do *status* de bem público a que alcançaram os recursos hídricos, nos termos da nova configuração do tema disciplinada na Carta Magna, e bem assim na legislação infraconstitucional que dela derivou.

Neste diapasão, o presente trabalho dissertativo terá duas vertentes bem definidas, ambas frente à aplicabilidade do princípio federativo: a titularidade patrimonial dos corpos d'água existentes em território nacional e a questão da competência legislativa acerca de recursos hídricos. Propõe-se, nestes termos, estudar pormenorizadamente a caracterização do direito ao equilíbrio ecológico como direito fundamental, bem como a aplicação do princípio federativo em face dos recursos hídricos, por meio de dois tópicos básicos, quais sejam a competência legislativa e a titularidade dominial.

Tal desiderato deverá ser alcançado partindo-se de uma análise introdutória e substancial do princípio federativo, enfocando sua origem histórica e aplicabilidade, fazendo-se uso do Direito Comparado e contextualizando-o frente ao tema proposto. Após, serão destinadas algumas considerações acerca do

direito ao equilíbrio ecológico na qualidade de direito fundamental, a fim de situar a questão ecológica dentro do quadro de dimensões ou gerações dos direitos fundamentais propostos pela Teoria Constitucional.

Em seguida, tentar-se-á captar o conceito legal e doutrinário de recursos hídricos, entendendo a evolução legislativa pertinente, diferenciando-os da definição de águas e lançando mão oportunamente dos entendimentos atribuídos ao assunto pelos demais campos do saber não-jurídico. deverá ser, a seguir, incrementado o estudo da repartição constitucional de competências ambientais, enfocando com minudência as competências legislativas, privativa e concorrente, em face do equilíbrio ecológico e dos bens ambientais.

Será dado um enfoque científico a questões reais vivenciadas no âmbito do Estado do Ceará, na condição de ente federativo cujos recursos hídricos alcançam um patamar de importância mais evidente, em função de sua própria escassez, a partir de uma análise sistêmica acerca da possibilidade ou não da existência de corpos d'água a que se atribui o domínio municipal e particular, partindo-se do pressuposto que a nova roupagem, atribuída pela Constituição ao tema, permitiria, em princípio, apenas o domínio federal e estadual.

Será dado destaque, ainda, ao estudo da vigência, aplicabilidade e eficácia dos dispositivos pertinentes constantes da legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, precipuamente os relativos ao Código de Águas, contrapondo-os à nova roupagem advinda do Texto Magno e da legislação específica de águas.

A metodologia a ser utilizada consistirá no exame das obras de autores disponíveis, que, apesar de variados, não se atém com minudência ao tema proposto, na análise crítica e responsável das mesmas e na produção da dissertação que indubitavelmente será a posteriori utilizada como complemento para o estudo do Direito Ambiental.

Reside justamente aqui a previsão de dificuldade maior do presente trabalho acadêmico, uma vez que, além de se configurar ainda como insuficiente o rol bibliográfico que trata da questão ambiental no Direito pátrio, muitas das obras acessíveis sequer fazem uma única citação ao tema proposto. A solução será o uso sistemático da doutrina de outros ramos do Direito, principalmente Direito Administrativo e Civil, bem como de ensinamentos da Hermenêutica Constitucional e da Teoria Geral do Estado.

## 1. DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

O modelo federativo adotado pelo Brasil, a partir da configuração adotada pela Constituição Federal de 1988, ainda não alcançou uma harmonia ideal entre os entes que o formam, na medida em que o próprio texto se apresenta com algumas limitações terminológicas que impedem a exegese tradicional na análise dos tópicos relacionados ao meio ambiente natural, especificamente em relação aos recursos hídricos.

Nestes termos, para se entender como efetivamente pretende o texto constitucional disciplinar este importante fator abiótico em qualquer ecossistema, é necessário o desvencilhamento de um método hermenêutico rústico, evitando a mera interpretação gramatical que se revela insuficiente para o pleno entendimento da matéria.

A partir desta compreensão, as problemáticas do domínio e da competência legislativa no que tange a águas ou a recursos hídricos não encontrarão solução a partir dos métodos hermenêuticos clássicos, mesmo os de âmbito estritamente constitucional. Tampouco a jurisprudência pátria tem contribuído na apresentação de uma solução para o problema gerado pela redação constitucional sobre o tema.

Para se entender e se firmar um entendimento plausível quanto às controvérsias que se apresentam ao longo do estudo do tema, convém um detalhamento acerca das inúmeras propostas oferecidas pela doutrina pertinente, especificadamente a constitucional, a ambiental e a administrativa, tanto no que se refere ao domínio público de que se revestem os recursos hídricos, como quanto à competência legislativa.

A partir desta compreensão, mostra-se oportuna a análise introdutória dos fundamentos que dão forma ao princípio federativo, desde uma análise histórica, direcionando-se ao modelo federativo adotado pelo Brasil, com



suas nuances e inovações ainda não de todo formadoras de teorias doutrinárias unânimes.

O princípio federativo, na qualidade de norma basilar da forma de Estado prescrita logo no art. 1º da Constituição Federal, pode ser estudado a partir dos sub-princípios que lhe dão fundamento, quais sejam (a) a diferenciação entre a soberania atribuída à União e a autonomia pertinente a todos os entes federativos; (b) a distribuição de competências em matéria executiva, legislativa e jurisdicional; e (c) a participação de todos os entes na formação da chamada “vontade nacional”.

Neste mesmo sentido se expressa Ubirajara Custódio Filho<sup>1</sup>, para quem

É lícito afirmar que Estado federal é aquele estruturado de forma descentralizada, cuja Constituição confere, expressamente, autonomia aos entes federados que cria, reparte entre eles competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, e garante a participação de representantes dos poderes locais no órgão legislativo do poder central.

Tais sub-princípios serão mais bem examinados ao longo do presente capítulo, assim como será dado destaque a outros elementos formadores da noção do princípio federativo, especificadamente o implementado pela República Federativa do Brasil.

### **1.1. Classificação Doutrinária e Traços Distintivos das Formas de Estado**

A problemática proposta neste trabalho acadêmico, acerca do tratamento constitucional que se fizeram merecer o domínio e a competência legislativa incidente sobre os recursos hídricos, tem por parâmetro intrínseco a forma federativa de Estado adotada pelo Brasil pós-Proclamação da República.

---

<sup>1</sup> CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 28.

Neste íterim, o sistema federativo tem-se passado por sobressaltos e inconstâncias, chegando-se hoje a um patamar relativamente evoluído em seu conceito. O princípio federativo, portanto, matem vinculação direta e relevância indubitável em face da conclusão a que pretende alcançar o polêmico tema proposto.

Nestes termos, mister se faz uma pesquisa propedêutica acerca da forma federativa de Estado, contrapondo-a com as demais concepções de organização político-administrativa do poder. Conseqüentemente, as modalidades de formas de Estado adotadas hodiernamente, quer na modalidade composta (Estado federal ou confederado), quer na modalidade simples (Estado unitário), implicam a existência ou não da divisão territorial do poder.

Não obstante a validade da classificação doutrinária das formas de Estado, é sabido que, hodiernamente, não se há de falar em distinção rígida entre unitarismo e federalismo ou na existência de regimes puros, na proporção em que a prática e a relação entre si dos princípios constitucionais e administrativos atribuem aos Estados uma formação de caráter misto. Em qualquer dos casos, critérios e peculiaridades geográficos, étnicos, culturais, econômicos e políticos são, invariavelmente, levados em consideração na adoção, em nível mais evidente ou não, da descentralização política do Estado, o que pode gerar – se for o caso – hierarquia entre os entes que lhe dão composição.

A forma de Estado, pois, adotada por determinado país se refere precipuamente à sua organização político-espacial, havendo ou não hierarquia entre os entes governamentais que o compõem. Forma de Estado é, aos olhos de Jorge Miranda<sup>2</sup>, “o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (em termos de coordenação e subordinação) e quanto ao povo e ao território (que ficam sujeitos a um ou a mais de um poder político)”.

O cerne, portanto, da discussão está enquadrado na centralização ou descentralização do poder, e não na extensão territorial do Estado que, apesar

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 298/299.

de coincidentemente manter vínculo com a matéria, não contribui para a roupagem científica com que esta se pretende revestir. Em outros termos, não é porque o Estado possui território de diminutas dimensões que deve ser adotada a forma unitária de Estado, tampouco em razão da larga extensão que se revela justificável a forma federada.

Apesar de esta relação ser cientificamente irrelevante, o que se verifica, na prática, é que os países dotados de grandes dimensões territoriais, a exemplo do Brasil, Argentina, Canadá, Estados Unidos, México, Alemanha e Austrália, adotam a modalidade federativa. Por outro lado, países como Uruguai, Paraguai, Chile, Espanha, Portugal, Itália, França, notadamente de reduzidas dimensões, optaram pela sistemática simples ou unitária da centralização do poder público.

Destaca-se o Estado chinês como o exemplo único da adoção de um modelo unitário, não obstante sua extensa dimensão territorial. A opção pelo sistema unitário, feita pela Constituição sínica de 1982, revela a condição de um governo centralizador e adepto do autoritarismo inerente ao modo de produção socialista, mas que tem repercutido como causa da posição privilegiada que o país alcançou no mapa econômico do século XXI.

A relação entre a forma de Estado com sua dimensão revela-se como um tópico acerca do qual a doutrina especializada deixou de se arriscar com a discussão, restringindo-se ao disciplinamento da relação da classificação das formas de Estado com a centralização ou descentralização do poder estatal.

Nestes termos, constitui-se em Estado unitário aquele em que incide apenas uma única organização governamental, ao passo que, em havendo repartição espacial do Poder – a partir de dois ou mais entes governamentais – está-se diante de um Estado federal. No primeiro caso, há apenas o governo central; no segundo, a descentralização regional do poder implica a existência de mais de um organismo estatal a que se sujeita o cidadão.

Hans Kelsen<sup>3</sup>, sobre a matéria, disserta que

Em princípio, una comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento consiste única e exclusivamente em normas que valen para todo el territorio; mientras que, por el contrario, la idea de la comunidad jurídica descentralizada es aquella cuyo ordenamiento consta de normas que no valen sino para distintas partes del mismo.

O Estado unitário, portanto, se caracteriza fundamentalmente pela concentração de poder em um único órgão governamental central. Por outro lado, o Estado federal compõe-se de mais de um poder distribuídos regionalmente, a quem a Constituição atribui a autonomia em suas esferas básicas – autonomias política, administrativa, legislativa e financeira – não obstante a existência de um único órgão central, dotado ao mesmo tempo de autonomia e de soberania.

Ocorre que o Estado unitário, apesar de se caracterizar pela evidência da aglomeração dos poderes à competência de um único ente estatal central, pode ter dividido, desde que constitucionalmente admitido e para fins político-administrativos, seu rol de atribuições entre organizações estatais menores e a ele vinculados e subordinados. Nestes termos, a divisão político-administrativa, por si só, não descaracteriza o Estado unitário, vez que os entes inferiores são desprovidos de vontade por se acharem hierarquicamente subordinados ao poder central.

Corroborando este entendimento, André Ramos Tavares<sup>4</sup> aduz que

O vínculo de subordinação decorre da técnica pela qual se promove a divisão de atribuições: a delegação. O poder central tanto pode promover a desconcentração como regredir para a posição inicial de concentração absoluta, inclusive com a eliminação da entidade subordinada até então existente.

A descentralização do poder no unitarismo, entretanto, acaba gerando um distanciamento com o modelo clássico do Estado unitário, e bem assim aproximando-o das características básicas do modelo federativo, quais sejam a descentralização propriamente dita e a divisão espacial de poderes entre

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. México: Nacional, 1979, p. 215.

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 780.

a entidade central e os chamados Estados-membros, sendo estes dotados de autonomia no âmbito político, administrativo, financeiro e legislativo, na forma e gradação determinadas em sede constitucional.

Tanto que Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>5</sup> fez questão de dispensar algumas linhas para tratar do assunto:

A doutrina costumava fixar o critério de distinção entre o Estado unitário descentralizado e o Estado federal exatamente em ser, neste, a descentralização decorrente da Constituição. O Estado federal seria (...) o Estado constitucionalmente descentralizado. Dessa nova situação resulta a dificuldade de fixar a linha separadora entre a descentralização e o federalismo, separação esta que para muitos é arbitrária e artificial.

A autonomia atribuída aos Estados-membros, quer de natureza política, administrativa, financeira e legislativa, consiste portanto na característica intrínseca e marcante do federalismo. A autonomia, assim, implica a distribuição de competências entre os componentes da federação, quais sejam o poder central (União) e os Estados-membros, a quem se atribui uma margem de liberdade para se auto-organizarem, através de seus próprios agentes políticos e entidades governamentais administrativas, com recursos financeiros próprios e segundo normas jurídicas por eles mesmos editadas.

O elemento informador do princípio federativo é, nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>6</sup>, “a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas, submeter a um povo”.

A relação entre o poder central e as entidades estatais resultantes da divisão de poder deixa de se configurar como um vínculo de subordinação (vertical portanto) encontrado no Estado unitário descentralizado, e passa a se revestir de critérios de coordenação (ditos horizontais), em que os entes estatais

---

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 52.

<sup>6</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 171.

integrantes da federação relacionam-se num *status* de igualdade jurídico-constitucional e, portanto, sem hierarquia entre ambos.

Por conseqüência, o administrado passa a se submeter a dois poderes políticos distintos; a saber, o central, na figura da União, e o regional, pertinente ao Estado-membro. Destarte, cumpre o cidadão suas obrigações eleitorais e tributárias inerentes aos dois entes, assim como obedece a normas imperativas emanadas tanto de uma como de outra entidade federativa.

Trata-se da relação entre o “estado-total” e o “estado-membro” a que se refere Konrad Hesse<sup>7</sup>, utilizando-se de terminologia originariamente kelseniana:

O conceito jurídico-constitucional do estado federal compreende (...) uma união de várias organizações estatais e ordens jurídicas, e, precisamente, aquelas dos “estados-membros” e aquelas do “estado-total”, em que estado-total e estados-membros são coordenados mutuamente na forma que as competências estatais entre eles são repartidas, que aos estados-membros, por meio de um órgão especial, são concedidas determinadas possibilidades de influência sobre o estado-total, ao estado-total determinadas possibilidades de influência sobre os estados-membros e que uma certa homogeneidade das ordens do estado-total e dos estados-membros é produzida e garantida.

Assim, são também dois os ordenamentos jurídicos – federal e estadual – que incidem sobre o mesmo espaço territorial, observados os limites constitucionais disciplinadores da repartição de competência legislativa. Ressalte-se desde logo que não se há de falar em hierarquia entre tais ordenamentos pois ambos cumprem seu papel constitucional, não obstante a atribuição federal, geralmente adotada pelas Constituições vigentes, referente às normas gerais, ficando os Estados-membros com a competência suplementar.

## **1.2. A Origem Histórica Atribuída ao Federalismo Estadunidense e a Evolução do Modelo Federalista**

---

<sup>7</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* – Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 178/179.

A forma federativa de organização estatal consiste basicamente na justaposição de mais de um poder político-jurídico incidente sobre o mesmo território e a que indistintamente se sujeitam os indivíduos. Independentemente da proporção do grau de autonomia concedida constitucionalmente aos entes formadores da federação, não se configura entre ambos hierarquia de qualquer modalidade, pois a relação que se forma entre eles é horizontal, ou seja, se coordenação.

Trata-se das características básicas do federalismo moderno. Entretanto, destaca a doutrina que peculiaridades outras se revelaram quanto à implementação do modelo pelos diversos países. Costuma-se, acerca deste tópico, distinguir a instituição do modelo sob as formas de desagregação ou de agregação.

Desagregação consiste no critério de formação do Estado federal, originariamente unitário, a partir da decisão governamental de descentralizar espacialmente o poder por razões de índole política, econômica, étnica, lingüística etc. É o que alguns doutrinadores denominam de formação da federação “de dentro para fora”, através de um movimento centrífugo.

Já a agregação constitui a forma por intermédio da qual o Estado surge a partir da reunião, harmônica ou forçada, de Estados independentes menores originariamente dotados de soberania, mas que abrem mão desta em favor de uma melhor estruturação organizacional administrativa por motivos econômicos, culturais ou de segurança externa. Trata-se da formação do modelo federativo “de fora para dentro”, em movimento centrípeto.

Aliás, foi justamente este o primeiro exemplo de formação de um Estado adotante do modelo federal clássico, qual sejam os Estados Unidos da América, cuja Constituição de 1787 havia previsto a perda de parte da autonomia

das denominadas Treze Colônias Inglesas, anteriormente Estados legitimamente soberanos, em favor da implementação do *pactum foederis*.

Costumeiramente, são os Estados Unidos citados como país que, através do sistema federativo, alcançou um grau de democratização que serviu de base e de modelo para que outros Estados passassem a adotar a descentralização e o federalismo em suas respectivas organizações administrativas.

A relação intrínseca que se revela entre o federalismo, a descentralização e a democracia também é destacada por Paulo de Bessa Antunes<sup>8</sup>, para quem

Uma das principais características de um regime político democrático é o grau e autonomia que é atribuído às comunidades locais, permitindo que elas se expressem em suas próprias línguas, pratiquem suas crenças e vivam segundo os seus costumes. É muito difícil, talvez impossível, que se encontre um estado organizado democraticamente e que, ao mesmo tempo, seja centralizador. Com efeito, é na tensão entre centralização e descentralização que se desenvolve tudo o drama político da construção da democracia. A federação, tradicionalmente, é um arranjo político que permite estabelecer um equilíbrio entre as diferentes partes de um todo que se constitui no Estado Nacional. É indiscutível que é a força centrípeta que dirige a construção das federações, visto que as partes buscam estabelecer um eixo político comum ao redor do qual passam a girar.

A vinculação do modelo federativo com o regime democrático é ótica também destacada por Konrad Hesse<sup>9</sup>, cujas lições indicam que “a construção estatal-federal desenvolve um efeito protetor das minorias. Porque ela dificulta à maioria prejudicar minorias regionais; pelo menos no quadro mais estreito de um estado, é facilitado à minoria regional fazer-se valer no jogo das forças políticas”.

Tem-se por fase inicial do modelo federalista a organização do poder realizado pelos Estados Unidos, país formado a partir da conjugação de

---

<sup>8</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 32/33.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 185.



interesses de outros Estados, anteriormente independentes e soberanos, batizados historicamente de Treze Colônias Inglesas.

Consagra a Constituição norte-americana o princípio federativo desde o seu preâmbulo, quando faz referência à União na qualidade de ente federativo:

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

O fundamento do texto constitucional pavimentou a união política das Colônias, dotando-as de densa autonomia. O objetivo da recém-instituída república federativa era, segundo as palavras de Paulo Márcio Cruz<sup>10</sup>, “o de conservar as características de sua soberania anterior e, ao mesmo tempo, criar um poder superior, que englobasse os treze Estados numa união política”.

Tal união gerou uma peculiar repartição constitucional de competência legislativa, na medida em que os Estados-membros estão autorizados a legislar de forma ampla e pouco restrita, ficando o ente federal responsável pelas matérias mais relevantes e genéricas, segundo critérios do legislador constituinte de 1787.

Isto não quer dizer, entretanto, que as normas exaradas pelos Estados mantêm-se intactas quando conflitantes com o teor de normas federais. A Constituição estadunidense estabelece o princípio da supremacia das leis federais. Assim – diz André Ramos Tavares<sup>11</sup> – “os Estados não podem embaraçar ou impedir a execução de leis constitucionais federais, ainda que se trate de atuação estatal dentre de sua esfera de competências”.

---

<sup>10</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, pp. 224 e 225.

<sup>11</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 944.

No que se refere especificamente à competência legislativa acerca de seus recursos naturais, a Constituição norte-americana data de época em que ao meio ambiente não era atribuída a importância que hoje se fez merecedor. Tanto que não há qualquer referência expressa, a não ser uma relação indireta com a chamada cláusula de comércio, por intermédio da qual o Congresso edita normas legais de modo a impedir o tratamento diferenciado ou a formação de barreiras comerciais entre os Estados-membros.

É justamente sob este aspecto, lembra Paulo de Bessa Antunes<sup>12</sup>, que “o Congresso tem legislado sobre temas ambientais, sob o argumento de que normas fixando parâmetros ambientais diferentes em cada um dos Estados podem afetar a atividade comercial”.

Assim rege a Constituição norte-americana sobre a temática:

Article 1. Section. 8. The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States. To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.<sup>13</sup>

Outro problema que se verifica a respeito da legislação ambiental dos Estados Unidos é quanto à diversidade dos atributos naturais decorrentes da extensão territorial do país, na medida em que a importância dos recursos varia de Estado-membro para Estado-membro em decorrência de fatores abióticos tais como solo, relevo e, principalmente, clima.

Aliás, tal questão é verificada em outros países de dimensões continentais que optaram pela organização federativa, uma vez que abre margem à execução de atividades ou obras poluidoras, porém economicamente

---

<sup>12</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 40.

<sup>13</sup> Artigo 1. Seção 8. Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos. Todos os deveres, impostos e direitos serão uniformes durante todo os Estados Unidos. Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os Estados, e com as tribos indígenas.

interessantes, permitidas em alguns Estados-membros mas proibidas em outros, o que evidentemente gera um desequilíbrio no sistema federativo.

Na adaptação do sistema federal às peculiaridades de cada país, merece destaque a opção alemã, por intermédio da qual Hitler impôs o modelo autoritário de governo, com centralização demasiada do poder estatal em suas mãos, o que evidentemente fere o cerne do modelo federativo e os principais fundamentos da social-democracia weimariana.

Com a derrocada do nazismo e a separação da Alemanha ao término da II Guerra, a aniquilada Constituição de Weimar cedeu espaço para a até hoje vigente Constituição de Bonn de 1949, que inicialmente se restringia à República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental) para, após a reunificação das Alemanhas com a tão alardeada demolição da chamada “cortina de ferro”, abranger todo o território germânico.

Com isto, os *Länder* originalmente orientais se integram aos demais componentes federativos da Alemanha Ocidental, mantendo-se a paridade na escolha dos senadores pelos gabinetes, para o fim de compor o *Bundesrat*, que constitui o Conselho Federal semelhante ao nosso Senado, tudo na conformidade com o disposto na Constituição de Bonn.

Sobre a adoção do sistema federativo e do princípio democrático dele decorrente, dispõe referida Carta:

Artikel 20 [Grundlagen staatlicher Ordnung, Widerstandsrecht] (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.<sup>14</sup>

Artikel 22 [Bundeshauptstadt, Bundesflagge] (1) Die Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland ist Berlin. Die Repräsentation des Gesamtstaates in der Hauptstadt ist Aufgabe des Bundes. Das Nähere

---

<sup>14</sup> Artigo 20. Fundamentos da Ordem Ética e do Direito de Resistência. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado Federal democrático e social. (2) Todo o poder do Estado emana do povo. O povo a exerce por meio de eleições e de votações para órgãos especialmente investidos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

wird durch Bundesgesetz geregelt. (2) Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.<sup>15</sup>

Dando ênfase ao princípio federativo, o texto da Constituição de Bonn reserva quase a metade dos seus dispositivos para o disciplinamento da repartição de competências e de outros tópicos com pertinência direta ao princípio. Aliás, o bojo do texto constitucional germânico relativo à repartição de competências serviu também de base ao disciplinamento da matéria pelo constituinte brasileiro de 1988, que atribui ao tema os artigos 21 ao 24, com seus respectivos inúmeros incisos.

Destaque também se faz merecedor o caso espanhol. Mesmo diante da relativa diminuta dimensão territorial espanhola, o país é possuidor de profundas diversidades culturais, históricas e lingüísticas, que geraram o reconhecimento do legislador constituinte de 1978. O caso espanhol é talvez dos mais sérios, pois passível, mesmo nos dias atuais, de inúmeros protestos revestidos com violência extrema. As lutas têm por fundamento o exercício da autonomia e, em não raras vezes, a própria independência de suas comunidades.

O território espanhol é dividido nos que a Constituição denominou de Comunidades Autônomas, dentre as quais se destacam Canárias, Castilha-Leon, Catalunha, Galícia, Madri e País Basco. Madri, na região central espanhola, Bilbao, no País Basco, e Barcelona, na Catalunha, são os centros urbano-industriais que merecem menção.

Tão evidente a heterogeneidade espanhola que a Constituição atribuiu-lhes “autonomia para a gestão de seus respectivos interesses” (art. 137), bem como atribuiu às regiões a condição de subdivisão do território espanhol, na seguinte seqüência: Comunidades Autônomas, subdivididas em províncias, e estas em municípios.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Artigo 22. Capital e Bandeira Federais. (1) A Capital da República Federal da Alemanha é Berlim. A representação conjunta do Estado na Capital compete à Federação. As modalidades de representação serão reguladas em lei federal. (2) A bandeira federal é preta, vermelha e amarela.

<sup>16</sup> Artículo 137. El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.- “O Estado organiza-se territorialmente em municípios, em províncias e nas Comunidades Autônomas que se constituírem. Todas estas entidades gozam de

A autonomia das regiões (Comunidades Autônomas, províncias e municípios) é princípio fundamental da Constituição espanhola, cujo art. 2º rege:

Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.<sup>17</sup>

A Constituição espanhola garante ainda o exercício do direito à autonomia, reconhecido no art. 2º, às províncias limítrofes com características históricas, culturais e econômicas comuns, os territórios insulares e as províncias com entidade regional histórica, que poderão aceder a seu autogoverno e constituir-se em novas Comunidades Autônomas.

Acerca da opção portuguesa de organização político-territorial, passou-se a vislumbrar a descentralização a partir da necessidade de redemocratização do país, em idos dos anos 70, no século passado. Tal descentralização, entretanto, não foi capaz de alterar a forma unitária de Estado portuguesa, conforme rege o art. 6º de sua Constituição de 1976:

Artigo 6º. (Estado unitário)

1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública.

Assim, a Constituição fez referência expressa ao princípio da subsidiariedade, característico dos sistemas federativos, mesmo adotando o sistema oposto. Pelo princípio entende-se, resumidamente, que o poder central deve se responsabilizar pelos assuntos não resolvidos em nível local.

Para José Joaquim Gomes Canotilho<sup>18</sup>, segundo o princípio da subsidiariedade, “as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores

---

autonomia para a gestão de seus respectivos interesses”.

<sup>17</sup> “A Constituição fundamenta-se na indissolúvel unidade da Nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre todas elas”.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1997, p. 357.

só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente”.

Ainda segundo o transcrito preceito constitucional, a base da descentralização do Estado unitário português é a denominada autarquia local, dotada de autonomia constitucionalmente garantida e constituindo, ainda segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>19</sup>, “um princípio estruturante da organização política e da organização territorial do Estado”.

Nestes termos, a descentralização do Estado português aponta para a organização administrativa das autonomias locais, disciplinadas pelo art. 235º da Carta lusitana, que assim reza:

Artigo 235.º (Autarquias locais)

1. A organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais.
2. As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas.

As autarquias locais, segundo o que rege o art. 236º da Constituição portuguesa, podem ser continentais ou insulares. As continentais subdividem-se em freguesias, municípios e regiões administrativas. As autarquias insulares, especificamente os arquipélagos dos Açores e da Madeira, são formadas por freguesias e municípios<sup>20</sup>.

Na América do Sul, é na Argentina que se encontra a fase embrionária do princípio federativo. Os historiadores apontam como marco relativo à independência argentina em relação à Espanha o Congresso de Tucumán, em 1816, que gerou após algumas décadas a promulgação de uma das mais antigas Constituições das Américas. Trata-se da Constituição de 1º de Maio de 1853, cujo art. 1º, desde logo, estabeleceu o princípio federativo:

---

<sup>19</sup> Ob. Cit., p. 355.

<sup>20</sup> Artigo 236º (Categorias de autarquias locais e divisão administrativa) 1. No continente as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas. 2. As regiões autónomas dos Açores e da Madeira compreendem freguesias e municípios.

Art. 1º.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

A forma federativa argentina também se baseia no agrupamento de províncias autônomas, regidas por suas próprias constituições. As matérias a serem regidas pelas constituições provincianas se formam num contexto residual, ou seja, o que a Constituição Federal não delegar ao governo federal pode ser objeto de regulamentação pelas províncias. É o que reza o art. 121:

Art. 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.<sup>21</sup>

De todo o exposto, chega-se à conclusão que a classificação das formas de Estado, doutrinariamente fixadas entre unitarismo e federalismo com características definidas, encontra uma conotação diferenciada quando verificadas as condições de implementação de país para país.

Assim, a Espanha, a exemplo da França, da Itália e de Portugal adotou, não obstante a descentralização de poder e a divisão do território em regiões, províncias ou departamentos, o modelo de Estado Unitário. Outros países, como os Estados Unidos, pioneiro na experiência federalista, o Canadá, a Argentina, a Alemanha e a Bélgica, optaram pelo modelo federativo, variando entre eles o grau de autonomia concedida aos Estados-membros.

Neste contexto, disserta Uadi Lammêgo Bulos<sup>22</sup> que, “na realidade, a federação tornou-se uma figura estatal bastante complexa, variando à luz das peculiaridades de cada Estado. Nisso, transcende o seu perfil clássico, idealizado pelos constituintes da Filadélfia, que o previram na Carta americana de 1787”.

Assim, conforme já mencionado anteriormente, os modelos adotados de unitarismo e federalismo mantêm peculiaridades inerentes à

---

<sup>21</sup> “As provincias conservan todo o poder não delegado por esta Constituição ao Governo federal, e aquele que expressamente se tenha reservado por pactos especiais ao tempo de sua incorporação”.

<sup>22</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 715.

formação de cada Estado, inexistindo padrão puro em qualquer de suas modalidades.

O modelo federativo adotado pelo Brasil, por exemplo, destaca-se por ser o primeiro a atribuir ao Município a condição de ente federativo. Das experiências federativas vistas há pouco, nenhuma tratou a municipalidade com a qualidade de componente da federação, reduzida ao governo central e aos Estados-membros, quer na condição dos *Länder* germânicos, das regiões políticas belgas ou das províncias argentinas.

Assim, ao Município não foi atribuída, nos modelos federativos estudados, a autonomia plena em suas modalidades intrínsecas (política, financeira e administrativa). Somente no Brasil, conforme será verificado oportunamente, os Estados-membros – que antes de 1988 se encarregavam de disciplinar a política municipal – perderam parte de suas atribuições em razão da autonomia cedida constitucionalmente aos Municípios brasileiros, caracterizando-os como verdadeiros entes federativos ao lado dos próprios Estados-membros e da União.

### **1.3. Classificação dos Modelos Federativos Segundo a Relação Jurídica Entre os Entes Federados**

Costumam os constitucionalistas classificar os modelos de organização federal, segundo a relação mantida entre os entes que compõem a federação, em dualismo e cooperativismo. Não obstante, reconhecem os autores que tal classificação não é formada a partir de nítida separação de características, pois cada país adota ambas as modalidades, em maior ou menor medida, segundo a evolução histórica e suas peculiaridades culturais, políticas, econômicas, lingüísticas etc.



No federalismo dual, verifica-se uma patente bifurcação entre as atribuições federais e estaduais, em que a repartição de competências é nítida e não sujeita à atuação concomitante dos dois entes. Ademais, o Estado federal é dotado de soberania e personalidade jurídica de direito interno e internacional, ao passo que ao Estado-membro se atribui a mera personalidade jurídica de direito interno, e bem assim a autonomia em graus e condições que variam de país para país.

Konrad Hesse, sobre o tema, professa:

Administração federal e administração estadual são, segundo isso, fundamentalmente separadas uma da outra, embora em múltiplas formas unidas a uma estrutura. Essa separação opõe-se a uma “administração mista”, isto é, uma organização administrativa, na qual uma autoridade federal está sobreposta a uma autoridade estadual ou na qual resulta uma colaboração entre autoridades federais e estaduais por requisitos de aprovação.

Trata-se de modelo clássico e originário, mas posto à prova pelos modelos federativos mais modernos. Mesmo no caso estadunidense, cuja Constituição adotou o federalismo dual, tem-se diagnosticado conflitos entre as competências federais e estaduais.

O desenvolvimento histórico do princípio federativo fez gerar o nascimento do sistema cooperativo. Para Clèmerson Merlin Clève<sup>23</sup>

Passamos de uma federação de caráter dualista, na qual as esferas de governo comportam-se como mônadas isoladas, detendo os Estados-Membros uma ampla autonomia política, para outra de caráter cooperativo, sem que o método de distribuição de competências fosse radicalmente modificado.

Sem embargo, foi como alternativa ao federalismo dual que, principalmente na Europa, viu-se surgir um gênero de organização estatal seguindo critérios de cooperação entre os entes, ou seja, o que rege o modelo é a colaboração que constitucionalmente se estabelece entre eles. O principal tópico de caracterização do cooperativismo é, nestes termos, a repartição de competências mais aquilatada.

---

<sup>23</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 61.

No cooperativismo entre os entes que compõe a federação não há uma divisão rígida de atribuições e competências, na medida em que, a rigor, ambos são co-responsáveis pela prestação da ampla maioria dos serviços públicos executados a favor dos administrados. Pode haver, mesmo no modelo cooperativo, atribuições privativas de um ou de outro ente, apesar de que tal conjuntura se verifica em menor proporção.

Sobre o modelo, leciona Paulo José Leite Farias<sup>24</sup>:

Na medida em que há coordenação e cooperação na Federação, temos várias formas de interdependência entre os agentes nos diversos âmbitos e nos diferentes planos de ação. Assim, o moderno conceito de “federalismo cooperativo” mostrar-se-ia de certo modo redundante, pois, está implícito no conceito de federalismo.

Ubirajara Custódio Filho<sup>25</sup> também dispensa algumas linhas para o trato da questão:

Ao invés de discriminar, de maneira absoluta, as competências do poder central e as dos poderes locais, como faz o federalismo clássico, o federalismo cooperativo ou comete ao poder central a tarefa de elaboração das normas gerais, que traçam diretrizes a serem observadas em toda a Federação, e encarrega os entes locais de suplementar tais regras gerais, conformando-as às respectivas particularidades regionais (competência concorrente), ou defere ao poder central competência legislativa e aos poderes locais competência executiva.

De fato, reconhecendo-se que o cooperativismo encontra-se presente com mais evidência em todos os Estados federados modernos, já passa a se constituir elemento caracterizador intrínseco da própria noção de federação.

Destarte, o federalismo – que nunca deixou de evoluir historicamente – já passa a ganhar nova roupagem a partir da condição do Município como ente dotado de ampla autonomia e, no caso brasileiro, como integrante mesmo da federação, juntamente com a União e os Estados-membros.

---

<sup>24</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 305.

<sup>25</sup> CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 54.

#### **1.4. Noções Básicas e A Diferenciação entre Soberania, Autonomia e Intervenção**

São conceitos indissociáveis do estudo do princípio federativo, na medida em que o configuram e disciplinam as relações jurídicas que se estabelecem entre os entes que formam a federação. Assim, mesmo sem se configurar uma conexão de índole hierárquica, entre tais entes deve existir uma afinidade constitucional com atribuições recíprocas ou concomitantes que mantêm estreita pertinência com as respectivas noções de soberania, autonomia e intervenção.

A soberania tem um aspecto internacional, mas também se revela no plano interno; a autonomia se refere à margem de liberdade para gerir seus próprios negócios jurídicos, atribuída constitucionalmente a cada um dos entes federativos; e a intervenção é o instrumento jurídico posto à disposição do ente superior para interferir no inferior com vistas à permanência do equilíbrio federativo. A seguir, serão destinadas algumas linhas para a análise de cada um destes conceitos, de forma um pouco mais minuciosa.

No que tange à soberania, destacam-se duas características que a fundamentam, uma no plano internacional, que se constitui na capacidade de reconhecimento, independência e respeito frente aos demais países, outra no âmbito interno, consistente na hegemonia e destaque que, a rigor, mantêm o ente soberano frente aos demais entes que integram a federação. Assim, somente a União é dotada de soberania.

Miguel Reale<sup>26</sup> introduz, na discussão, a concepção política e a jurídica de soberania. Para ele, a concepção política de soberania consiste

na idéia conjunta de independência e de supremacia, abrangendo a faculdade de ordenar juridicamente de maneira originária e exclusiva. Daí a noção geral que damos de Soberania, do ponto de vista Político, como

---

<sup>26</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 154.

poder que tem uma Nação de se constituir em Estado, declarando, de maneira originária e exclusiva, o seu Direito.

Já quanto ao aspecto jurídico do tema, Miguel Reale<sup>27</sup> destaca que o mesmo se aproxima da própria personalidade jurídica do Estado, na medida em que “a soberania significa o Direito do Estado como pessoa jurídica de Direito público, e resolve-se, em última análise, no poder originário e exclusivo que tem o Estado de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu Direito e de resolver, em última instância, sobre a validade de todos os ordenamentos jurídicos internos”.

Destarte, é a soberania o elemento diferenciador quanto à classificação dos modelos federativos quanto à situação do Estado no panorama internacional. Nestas condições, são modalidades a federação propriamente dita, ou *stricto sensu*, e a confederação<sup>28</sup>, sendo que, em ambas, coexistem duas ordens jurídicas a que se submete o cidadão. Trata-se do cenário formado a partir do “estado-total” e do “estado-membro” a que se referiu Konrad Hesse a partir da terminologia kelseniana.

É na soberania que se focaliza a distinção entre os dois modelos federativos. Na federação propriamente dita, a soberania é atributo privativo da União, ao passo que, na confederação, os Estados-membros que a formam possuem reconhecimento internacional e, por isso mesmo, também são soberanos, nas mesmas condições do poder central.

É neste mesmo sentido que se expressa Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>29</sup>, para quem,

na Confederação, tanto a entidade nacional, quanto as entidades confederadas, gozam de soberania. Assim, a soberania decompõe-se para

---

<sup>27</sup> Ob. Cit., p. 157.

<sup>28</sup> Trata-se de modelo federativo obsoleto, que não encontra exemplo prático hodierno em nenhum Estado. Não obstante, a doutrina costuma indicar a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS como optante por este modelo de organização do poder, sendo certo, porém, que a soberania atribuída aos Estados periféricos da Rússia, dada a centralização do poder em Moscou, era aparente e comedida.

<sup>29</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 175.

voltar a compor-se na Confederação. No Estado Federal, entretanto, apenas a ordem nacional é soberana, gozando as entidades federadas tão-somente de autonomia, limitada sua ação aos princípios postos pelo poder constituinte nacional – pelo qual a soberania é apenas do Estado nacional, mantendo-se limitadas e despojadas dessa qualidade as entidades autônomicas locais.

Outro não é o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos<sup>30</sup>: “Na atualidade, não se pode falar em federação, mas em federações, oriundas da aliança entre entes autônomos, jamais soberanos. Soberano só o é o próprio Estado Federal, e mais nenhuma outra pessoa política de Direito Público”.

De fato, a soberania é característica, nas federações tomadas em seu *stricto sensu*, intrínseca da União. Os demais entes são dotados somente de autonomia, já que restringem seu campo de atuação política ao âmbito interno. Ocorre que a autonomia não é atributo exclusivo dos demais entes que formam a federação, pois também a União lhe ostenta. Em outros termos, a União possui, concomitantemente, soberania e autonomia, ao passo que os Estados-membros são detentores tão-somente desta segunda. A autonomia, neste cenário, pode ser federal, estadual e, em alguns casos, também municipal.

Sobre a diferença entre autonomia e soberania, opta-se mais uma vez por colher as lições de Uadi Lammêgo Bulos<sup>31</sup>, segundo as quais “a autonomia dos Estados-membros é algo diverso da soberania do Estado Federal. A autonomia insere-se na própria soberania. Esta última, por seu turno, é a qualidade máxima do poder, que não aceita concorrências, nem gradações a ponto de aceitar outra forma que lhe seja superior”.

Autonomia, do grego *autos* (próprio) e *nomos* (norma), consiste na competência, constitucionalmente prevista, de editar normas próprias com vistas a disciplinar a convivência social e a organização político-administrativa em seu respectivo território, bem como a forma de angariar recursos financeiros para o cumprimento de seus desideratos básicos.

---

<sup>30</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 715.

<sup>31</sup> Ob. Cit., p. 723.

Nestes termos, a autonomia tem por modalidades a autonomia política, a autonomia administrativa, a autonomia legislativa e a autonomia financeira, todas limitadas pelos princípios estatuídos em nível constitucional. A primeira modalidade atribui aos entes federativos a capacidade de organizar-se politicamente por meio de seus próprios representantes, independentemente da vontade do poder central. A autonomia administrativa consiste no aparelhamento institucional formado a partir de órgãos, entidades e servidores vinculados ao próprio ente federativo. A autonomia legislativa aduz que o ente deve-se organizar segundo suas próprias normas jurídicas, emanadas por quem seja competente. Já a autonomia financeira significa que o ente tem a capacidade de coletar e empregar os recursos financeiros suficientes para a consecução de seus serviços públicos.

Destaca-se ainda que a noção de autonomia não se confunde com a de delegação de poderes. Aquela tem índole constitucional e faz parte dos elementos formadores da essência do princípio federativo, ao passo que a mera delegação constitui em situação contingencial e atípica, em que, por motivos de caráter em tese transitórios, um ente federativo atribui a outro – de maneira limitada, condicionada e sujeita a controle posterior – a capacidade de lhe fazer às vezes, quer em atos de âmbito administrativo, quer legislativo.

Por fim, a intervenção também constitui instrumento com conexão intrínseca com o princípio federativo. Trata-se de medida utilizada em circunstâncias de caráter extraordinárias que possam comprometer os chamados princípios sensíveis da Constituição, precipuamente aqueles pertinentes ao equilíbrio da federação.

A intervenção tem o condão de limitar a autonomia constitucional plena que gozava o ente a que se lhe submete, promovida pelo ente federativo de maior relevância na estrutura federativa. Assim, a União pode intervir no Estado, e este no Município, desde que tal conduta seja absolutamente indispensável para a manutenção da harmonia federativa.

Todas as modalidades de autonomia estão sujeitas a restrição enquanto perdurar a intervenção, mas é na autonomia política que são gerados efeitos mais patentes e graves, na medida em que o dirigente máximo do ente que se submete à intervenção cede espaço a interventor indicado diretamente pelo ente que a promove.

Destarte, a medida, por seu caráter de excepcionalidade, exige justificativas fundamentadas em critérios de natureza jurídica, mas nunca aleatórias ou por motivos de perseguição política. Assim, visando à preservação da estabilidade federativa, a União, ao intervir num Estado-membro, fá-lo em nome dos demais Estados-membros, ao passo que este, ao intervir no Município, também o faz em nome dos demais Municípios.

### **1.5. Breves Considerações Sobre a Evolução Histórica e as Tendências do Federalismo no Brasil**

Dentre as modalidades de formação do Estado federal há pouco estudadas, provenientes de agregação ou desagregação, o Brasil sofreu esta segunda modalidade, na medida em que o princípio federativo foi instituído a partir da descentralização do Estado, originariamente imperial e unitário<sup>32</sup>, em unidades dotadas de autonomia, num movimento “de dentro para fora”, ou centrífugo, promovido pela proclamação da República recém-implantada, pela transformação das províncias imperiais em Estados e pela Constituição Federal de 1891, cujos arts. 1º e 2º assim regiam:

Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

---

<sup>32</sup> Assim regia a Constituição Imperial de 1824, acerca da forma de Estado: “Art. 1. O Império do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independência”.

Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

A evolução constitucional brasileira mostrou o desnivelamento que o modelo federativo tem sofrido ao longo dos anos, em que a alternância de momentos autoritários e democráticos se equiparava, respectivamente, à centralização e a descentralização do poder. Na vigência daquele, a federação brasileira era mantida apenas aparente e formalmente, ao passo que a descentralização atingia o fundamento básico do princípio federativo.

Nesta conjuntura, tanto a ditadura de Getúlio Vargas, regida pela Constituição de 1937<sup>33</sup> disciplinadora do Estado Novo, quanto o regime militar fundamentado na Constituição Federal de 1967<sup>34</sup>, previam formalmente o modelo federativo mas adotaram, em termos práticos, a centralização na política de tomadas de decisões nacionais.

Ocorre que os períodos em que a democratização era fundamento básico e primordial dos atos de governo, principalmente a partir das Constituições de 1934<sup>35</sup> e de 1946<sup>36</sup>, a descentralização do poder melhor se amoldou ao princípio federativo. Mas foi na Constituição Federal de 1988, também funcionando como instrumento jurídico fundador de novo período democrático, que o modelo federativo alcançou um patamar de modernização e aplicação nunca antes verificado.

A peculiaridade de destaque na federação brasileira pós-1988, que inclusive a diferencia dos demais países optantes por tal modelo de organização do Estado, consiste na qualidade do Município como integrante do pacto

---

<sup>33</sup> Art. 3º. O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

<sup>34</sup> Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

<sup>35</sup> Art. 1º. A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

<sup>36</sup> Art. 1º. Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.

§1º. A União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios.



federativo. E isto, por si só, já constitui a consumação de antigas reivindicações, principalmente a cargo do movimento municipalista que galgou destaque nas últimas décadas da História brasileira.

Mas passa a ser a regionalização do modelo federativo a nova requisição dos constitucionalistas, direcionados pelas idéias de Paulo Bonavides. O tópico central da discussão reside na evidente disparidade mantida pelas cinco Regiões Administrativas que compõem o país. Trata-se da remodelação do sistema federativo e a criação de um novo conceito, qual seja o de federalismo assimétrico, por intermédio do qual o poder central reconhece a heterogeneidade econômica entre as Regiões e passa a buscar soluções para a problemática.

A questão é vislumbrada de forma patente, levando Clèmerson Merlin Clève<sup>37</sup> a considerar que

A distribuição de riquezas não se efetiva de modo equilibrado em nosso país. Estados economicamente fortes, como os da região Centro-Sul, situam-se ao lado de outros, dotados de infra-estrutura econômica mais frágil, como os do Nordeste e os do Norte. Esse dado tem influenciado a arquitetura da Federação. (...) Não foram poucas as vezes em que, sob a forma de "socorros", o governo central transferiu recursos para as administrações estaduais em momento de conjuntura desfavorável. Embora os Estados detivessem autonomia financeira, a economia de alguns deles não permitia que se bastassem a si mesmos.

Há décadas que se tem notícia da questão dos movimentos migratórios para a Região Sudeste, já que se sobressai economicamente em relação às demais. A maior parte do contingencial humano que se desloca até lá é proveniente do Nordeste, Região de condições econômicas e climáticas insatisfatórias. Esse cenário, segundo Paulo José Leite Farias<sup>38</sup>, ressalta que "a competição entre as unidades federadas de um Estado Federal pode muitas vezes ocasionar fluxos migratórios desordenados que comprometem a própria distribuição espacial urbana gerando graves desequilíbrios urbanísticos".

---

<sup>37</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 79.

<sup>38</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 379.

Apesar da patente diferença em termos econômicos, culturais, climáticos, urbanísticos etc. entre as Regiões, não busca a proposta de regionalização qualquer mecanismo de promoção de desigualdade jurídica, pois o tratamento diferenciado sequer é autorizado constitucionalmente. Por igualdade jurídica, entende-se o tratamento idêntico entre os Estados concedido pelo poder central. Igualdade jurídica dos Estados federados, no pensar de Jorge Miranda<sup>39</sup>, é “traduzida em igualdade de direitos dos seus cidadãos, em reconhecimento do valor dos actos jurídicos neles celebrados e em participação por igual (ou em base proporcional) nos órgãos federais ou em alguns deles”.

Destarte, a Constituição veda que o Poder Público, inclusive em âmbito federal, estabeleça qualquer forma de tratamento diferenciado entre cidadãos brasileiros, quando proíbe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si” (art. 19, inc. III).

A reivindicação dos constitucionalistas se refere à regionalização das tomadas de decisões governamentais e administrativas, visando à redução das discrepâncias, precipuamente econômicas, entre as Regiões. Trata-se de por em prática o disposto no art. 43 da Constituição Federal:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Ademais, o federalismo assimétrico não conta com previsão somente no dispositivo transcrito, mas de forma diluída em todo o texto magno, inclusive os preceitos de Direito Tributário. Destacam-se, neste sentido, o art. 21, inc. IX, o art. 151, inc. I, e o art. 170, inc. VII<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 309.

<sup>40</sup> Art. 21. Compete à União: IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Assim, a tradicional tripartição de entes federativos entre União, Estados e, no caso do Brasil, Municípios, garantiria uma nova roupagem a partir da inclusão das Regiões como espaço territorial dotado de relevância para a tomada de decisões pelo Governo Federal.

As Regiões alcançariam um *status* de ente federativo, merecedoras de autonomia constitucional e, principalmente, com participação ativa na formação da vontade geral da nação. Manteriam, nestes termos, seu aspecto administrativo, mas se revestiriam também de competências de índole política.

É em Paulo Bonavides<sup>41</sup> que se encontra a voz que se sobressai na discussão:

O grande e recente passo a esse respeito se deu pois com aquela Carta que constitucionalizou a Região no art. 43, onde esta encabeça uma das Secções do Cap. VII sobre Administração Pública. (...) Esse quadro propiciará uma ampliação considerável do papel das Regiões na moldura econômica do País, por impulso administrativo, com eventuais repercussões políticas, tendentes, sem dúvida, a alargar-se em consonância com a grande realidade que elas já significavam na vida da nação. O caminho portanto se descortina para o emergir de uma nova e futura instância federativa – a das Regiões. Será ela um sopro renovador na comunhão dos seres autônomos que compõem a organização político-administrativo propriamente dita do Estado brasileiro.

Clèmerson Merlin Clève<sup>42</sup>, por sua vez, cita o próprio Paulo Bonavides como mentor da tese da regionalização. Segundo ele, a tendência é “transformar os entes administrativos federais de atuação regional em verdadeiras Coletividades regionais autônomas, dotadas de capacidade política, constituindo um quarto nível governativo do Estado federal”.

Outros autores destacam ainda a condição da Região Metropolitana<sup>43</sup> como espaço de destaque no Estado-membro, datado de força

---

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: VII - redução das desigualdades regionais e sociais.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 324.

<sup>42</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 81.

<sup>43</sup> A respeito das Regiões Metropolitanas, rege a Constituição, no art. 25, § 3º: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e

política e econômica. Os Estados-membros, segundo as idéias de Raul Machado Horta<sup>44</sup>, passariam “a contar com outra unidade de governo, diversificando a organização intra-estatal, que ultrapassaria o Município, para incluir na estrutura administrativa e política do Estado-membro a Região Metropolitana, sede do Governo Regional deste nível”.

Assim, o modelo federativo brasileiro passaria por uma reformulação em que as Regiões Administrativas, disciplinadas pelo art. 43 da Constituição Federal, e as Regiões Metropolitanas ganhariam destaque. Ao invés da relação coordenada entre União, Estados-membros e Municípios, no sistema federativo atual, submergiria a relação coordenada entre União, Regiões Administrativas, Estados-membros, Regiões Metropolitanas e Municípios.

Em termos ecológicos, é também fácil vislumbrar a diferenciação entre as Regiões. Assim, a tomada de decisões no que tange à biodiversidade brasileira deve se nortear também pelo regionalismo constitucional.

Lança-se à tona a questão da vinculação que a preservação ambiental mantém com o desenvolvimento econômico<sup>45</sup>, em face das disparidades regionais existentes no país. O crescimento industrial e tecnológico não pode ser pretexto para a utilização indiscriminada dos recursos naturais. Deve haver a conciliação entre os dois elementos, que devem conjuntamente ser observados nas políticas públicas e nas autorizações de obras ou atividades dos particulares.

No que tange especificamente aos recursos hídricos e à situação deficitária em que se encontra a Região Nordeste, mesmo quando comparadas com as demais Regiões, a regionalização também deve pautar a tomada de decisões do Governo Federal. Lembra, a respeito, Dimas Macedo<sup>46</sup> que, com o

---

microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

<sup>44</sup> HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995, p. 361.

<sup>45</sup> A noção de desenvolvimento sustentável, na condição de conceito que concilia a proteção dos recursos naturais como o avanço econômico, será mais detalhadamente analisado adiante, quando for discutido o caráter econômico da água (Capítulo III).

<sup>46</sup> MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 81.

disciplinamento que as Regiões Administrativas alcançaram em nível constitucional,

abre-se uma janela para minorar as desigualdades hídricas no Nordeste em relação a outras regiões do País, mas não se resolve, em definitivo, o desequilíbrio federativo brasileiro nesse setor, uma vez que apenas de forma problemática o constituinte buscou atacar a essência da questão, sem uma preocupação maior com o processo de afirmação da autonomia política da região em apreço.

Nestes termos, tem-se que a Lei nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, estabelece, em seu art. 3º, inc. II, que a questão das diversidades regionais nos programas públicos de gestão dos recursos hídricos deve atentar para “a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País”.

Analisando a recomendação deste dispositivo da Lei nº 9.433/97, Christian Guy Caubet<sup>47</sup> disserta que a mesma

parece óbvia, para quem lida com as questões ambientais e o desenvolvimento sustentável. O que vale para uma região como a Amazônia não tem validade no Cerrado ou na Caatinga. Soluções adequadas têm de ser encontradas em cada ecossistema e considerada como toda prudência em ecossistema diferente. As particularidades culturais têm a maior importância, mas não costumam receber a devida atenção.

Exemplo de destaque é a chamada “transposição” do leito do rio São Francisco, com repercussões em Minas Gerais e em todos os Estados do Nordeste. A obra, não obstante sua importância, tem sido objeto de ações judiciais e alvo de inúmeras retaliações de alguns insignificantes setores sociais<sup>48</sup>. Mas é

---

<sup>47</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 154.

<sup>48</sup> O Supremo Tribunal Federal é hoje responsável pelo conhecimento e julgamento de uma série de recursos e ações diretas, contestando a validade jurídica do projeto de integração do Rio São Francisco com a Bacia do Nordeste Setentrional. Neste cenário, ganhou ainda intensa notoriedade a bizarra e injustificável “greve de fome” promovida pelo Bispo de Barra (BA), Dom Luiz Flávio Cappio. A tendência que se visualiza, felizmente, é a do Tribunal se pronunciando favorável à obra.

em função da histórica deficiência hídrica da Região que se encontra o fundamento lógico da obra.

### **1.6. A Condição da Federação no Direito Constitucional Positivo Brasileiro**

A opção pela forma de Estado, seja de caráter unitarista ou seja de índole federalista, cabe ao instrumento maior que regulamenta a organização do Estado, *in casu* a Constituição. Nestes termos, ao poder constituinte compete a preferência pelo modelo, seguindo critérios das mais altas complexidades, tais como dimensão territorial, diversidade cultural, diferenças econômicas etc.

Escolhido o sistema, passa a ser responsabilidade do legislador constituinte a adoção de critérios que vão determinar o modo de ser do modelo eleito. Não se resume a adotar o princípio federativo; deve-se regulá-lo de forma a resolver questões relativas à competência administrativa e legislativa, ao grau de autonomia a ser atribuído a todos os entes integrantes da federação, à repartição das receitas tributárias, ao domínio dos bens públicos etc.

No que se refere ao tema, Clèmerson Merlin Clève<sup>49</sup> faz severa crítica à organização formal do texto magno:

Um simples perpassar de olhos sobre o texto constitucional de 1988 lembrará a sentença de Marx a respeito das declarações burguesas de direitos humanos: cada direito expresso ou reconhecido por um artigo é desmentido, logo a seguir, por outro. Assim é com a Carta Constitucional brasileira no que se refere à Federação. Cada afirmação da autonomia do Estado-Membro implica outra que a limita, a restringe, a desmente.

Com a devida vênia, verifica-se em verdade que o constituinte brasileiro de 1988, propositadamente, adotou o modelo federativo com ampla descentralização do poder, distribuindo autonomia e, taxativamente, competência para todos os entes federativos: à União compete as matérias constantes dos arts.

---

<sup>49</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 56 e 57.

21, 22, 23 e 24; aos Estados e Distrito Federal, os assuntos descritos *numerus clausus* nos arts. 23 e 24 e de maneira residual no art. 25; e aos Municípios, os tópicos elencados nos arts. 23 e 30.

Por sua vez, os arts. 1º e 18 consagram o princípio da indissolubilidade do pacto federativo, segundo o qual os entes componentes da República Federativa do Brasil, a saber União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, lançam mão de suas respectivas autonomias constitucionais e relacionam-se entre si de maneira harmônica e pacífica, na medida em que, entre eles, não se há de falar em relação hierárquica. É o que se depreende da leitura dos citados preceitos constitucionais, apontados como os que inauguraram o princípio federativo no texto magno:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

Art. 18. 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.

A doutrina tem se preocupado em analisar comparativamente o termo “união” nos preceitos constitucionais transcritos, pois, no primeiro, o vocábulo possui inicial minúscula, ao passo que, no segundo dispositivo, a inicial é maiúscula. Talvez a discussão seja supérflua, na medida em que não se consegue visualizar o motivo para tamanha polêmica.

Destaca-se desde já que, invariavelmente, os dispositivos iniciais de cada Constituição republicana<sup>50</sup> destacaram a forma federativa de Estado, a maioria delas logo em seu art. 1º. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 manteve a regra tradicionalista.

Outrossim, não se consegue visualizar diferença entre as expressões “união” nos dois dispositivos, não obstante a condição da letra inicial. Ambas se referem ao ente que compõe a federação, formada por meio do princípio da indissolubilidade através da relação jurídica entre a própria União, os

---

<sup>50</sup> Vide item 2.5.

Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. No mesmo sentido entende José Afonso da Silva<sup>51</sup>, para quem

Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º) não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque união indissolúvel (embora com inicial minúscula) do art. 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18.

Destarte, reconhece-se que a expressão utilizada com inicial minúscula no art. 1º tende levar o leitor desatento a entender equivocadamente que a união se resumiria à conjugação de Estados, Distrito Federal e de Municípios. A União, em verdade, é componente da estrutura federativa juntamente com os demais, daí porque se constata que a redação ideal é a contida no art. 18.

O princípio da indissolubilidade do pacto federativo, previsto expressamente no art. 1º e implicitamente em outros dispositivos constitucionais, aduz que a nenhum dos entes federativos é atribuído o direito de secessão. Se, não obstante o princípio, algum Estado ou Município rebelar-se contra o poder central e invocar a si o direito de secessão, o próprio texto magno reserva instrumentos para a solução, quais sejam a intervenção – da União no Estado ou deste no Município – e a declaração de guerra externa, quando eventualmente outro país tenha por interesse a anexação de parte do território nacional.

Note-se, ainda, que o princípio federativo alcançou o *status* de “cláusula pétrea”, o que garante aos dispositivos constitucionais que o regulamentam a qualidade de super-rigidez, de forma que o poder constituído, responsável pela reforma do texto magno, está impedido de suprimi-lo ou de alterá-lo em sua essência. É o que rege o §4º do art. 60 da Constituição Federal, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”.

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 471/472.



Tal condição, entretanto, não deve ser entendida como de imutabilidade absoluta, como querem alguns autores, dentre eles Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>52</sup>. A forma federativa é garantida constitucionalmente, mas algumas alterações são possíveis<sup>53</sup>, desde que não tenham por finalidade, direta ou indireta, a secessão, a independência de algum dos entes, a relação hierarquizada, o tratamento diferenciado, a concessão aos entes federativos de autonomia não atribuída pela redação original do texto magno, a separação de poderes etc.

Então, propostas que tenham por fim dar uma nova roupagem ao princípio, aprimorando-o ou modernizando-o, não afrontam a condição de cláusula pétrea e, por isso, podem ser implementadas, o que desfiguraria a noção de “imutabilidade absoluta” do princípio, como querem alguns.

Este entendimento também não quer dizer que, no futuro, seja impossível a opção pela forma unitária de Estado. Mas somente com uma nova Constituição, a partir do poder constituinte originário – juridicamente ilimitado – que revogue o texto de 1988. Neste mesmo sentido entende Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>54</sup>, para quem “somente por uma nova decisão fundamental do povo, tomada em sua contingência originária e formada de uma nova ordem constitucional, pode-se abolir o princípio federativo”.

Geograficamente, o território nacional é dividido nos Estados-membros. São vinte e seis Estados que compõe a federação, sendo que o Distrito Federal, em determinadas situações constitucionalmente previstas, lhes é

---

<sup>52</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 178.

<sup>53</sup> Discute-se hoje, por exemplo, se uma eventual proposta de eliminação do Senado Federal, por meio de emenda constitucional, afetaria o princípio da separação de poderes e, de forma indireta, o princípio federativo. Parece que ambos os princípios mantêm conexão com a matéria proposta, na medida em que o desiderato do Senado Federal importa a representação igualitária de todos os vinte e seis Estados, além do Distrito Federal. Portanto, se um das características essenciais da forma federativa é a formação da vontade nacional por meio de representação dos Estados-membros, parece juridicamente impossível tal proposta, por afronta ao disposto no art. 60 da Constituição.

<sup>54</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 178.

equiparado, como por exemplo na representação no Senado Federal e na forma de organização do Poder Executivo. Não obstante, o texto constitucional não se preocupou em enumerar cada um dos Estados-membros, mantendo a tradição, neste sentido, formada pelas Constituições anteriores.

Destarte, o número, a denominação e a configuração os Estados-membros, na medida em que constituem a divisão político-administrativa da República Federativa do Brasil (art. 18), estão sujeitas a alterações. Isto porque a Constituição admite a incorporação, a fusão, a transformação, o desmembramento e a subdivisão de Estados-membros, desde que se permita a manifestação da população diretamente interessada, via plebiscito (art. 18, §3º).

Reza ainda o art. 18 que todos os entes que formam a federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – são dotados de autonomia constitucional. Por autonomia entende-se, conforme já verificado<sup>55</sup>, a capacidade de, segundo suas próprias leis, estabelecer as diretrizes políticas e administrativas que regem o Poder Público.

Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>56</sup> entende que a autonomia possui quatro aspectos essenciais: a capacidade de auto-organização, a capacidade de autogoverno, a capacidade de autolegislação e a capacidade de auto-administração. Parece, entretanto, que tal classificação não se mostra suficiente para configurar por completo a autonomia constitucional, na medida em que a capacidade de autogoverno está inserida na noção de auto-organização. Além disto, não fez a autora referência à organização financeira e tributária dos entes autônomos.

A autonomia deve ser visualizada nos contextos político, administrativo, legislativo e financeiro. Somente com a conjugação destas quatro modalidades é que efetivamente a autonomia constitucionalmente prevista para

---

<sup>55</sup> Vide item 2.4.

<sup>56</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-Membro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 54.

cada ente federativo se concretiza. A falta de qualquer destas modalidades é bastante para aniquilar a qualidade de ente federativo.

Sem embargo, a autonomia, em todas as suas modalidades, caracteriza-se essencialmente pela descentralização política que, por sua vez, coaduna-se diretamente com o contexto federativo. Paulo Márcio Cruz<sup>57</sup>, sobre tal relação, explica que “existe descentralização política quando as entidades regionais e locais integradas no Estado não só podem executar, com governo e administração própria, mas também elaborar, elas mesmas, suas próprias leis, com a mesma capacidade normativa e força vinculante das leis estatais centrais”.

A autonomia política é a capacidade de cada ente em se fazer representar por agentes políticos eleitos para tanto, observados os limites e as condições estabelecidas pela Constituição Federal, como, por exemplo, a data de eleições, o critério proporcional para os cargos do Poder Legislativo, a duração dos mandatos, os parâmetros para a remuneração dos agentes políticos etc.

Tais limites devem ser irrestritamente observados por todos os entes federativos, indistintamente. Assim, segundo André Ramos Tavares<sup>58</sup>, o Estado-membro “pode-se organizar, administrar e governar por si mesmo, sem precisar recorrer à União ou obter-lhe vênua. Evidentemente, contudo, a autonomia em seus diversos elementos jamais pode desgarrar-se dos contornos traçados pela Constituição Federal”.

A matéria é regulada basicamente, para a União, nos arts. 45 (composição da Câmara dos Deputados), 46 (Composição do Senado Federal), 77 (eleição do Presidente e Vice-Presidente da República), 92 e seguintes (composição dos Tribunais); para os Estados, nos arts. 27, 28 e 125; para o Distrito Federal, no art. 32, precipuamente os §§ 2º e 3º; e para os Municípios, no art. 29.

---

<sup>57</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 222.

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 977.

No que se refere à autonomia administrativa, todos os entes federativos estão autorizados a criar sua própria estrutura governamental, observados também os limites impostos constitucionalmente. Nestes termos, a Administração federal, estadual ou municipal deve atentar para os preceitos contidos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

A Administração indireta de cada ente deverá observar a necessidade de previsão legal para a criação de autarquias e para a autorização de instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, nos termos do art. 37, inc. XIX.

Os entes federativos poderão ainda firmar e manter seus próprios contratos administrativos, desde que precedidos, se for o caso, de procedimento licitatório próprio, observados os limites e condições estabelecidos em legislação federal, *in casu* a Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Acerca das licitações, aliás, rege a Constituição que normas gerais sobre a matéria somente poderão ser legisladas em nível federal<sup>59</sup>.

Os servidores públicos, por sua vez, de cada um dos entes federativos, contarão como um estatuto próprio – Regime Jurídico Único – a regulamentar seus direitos, obrigações e atribuições administrativas. O estatuto, por sua vez, terá por base os preceitos contidos nos incisos dos arts. 37 e seguintes da Constituição Federal, tais como tópicos referentes à necessidade de prévia aprovação em concurso público para os servidores efetivos, aos limites remuneratórios, à acumulação de cargos públicos, sistema previdenciário, estabilidade, disponibilidade, hipóteses de demissão etc.

Acerca da autonomia legislativa, consistente na possibilidade de formação do seu ordenamento jurídico próprio, a Constituição Federal também

---

<sup>59</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

estabelece condições para seu exercício. Assim, os Estados devem reger-se por Constituição própria (art. 25), e o Distrito Federal e Municípios, por leis orgânicas, segundo o que reza respectivamente os *caputs* dos arts. 32 e 29.

As matérias sobre as quais somente a União pode legislar estão elencadas taxativamente no art. 22 da Constituição Federal, com a possibilidade de delegação aos Estados-membros via lei complementar. Outrossim, compete à União, neste caso juntamente com os Estados e o Distrito Federal, legislar sobre os assuntos constantes do art. 24.

Aos Estados-membros e ao Distrito Federal cabe legislar, além das matérias discriminadas no art. 24, sobre qualquer outro assunto que não previsto no art. 22 (competência privativa da União) nem que constitua interesse local, porque, neste último caso, a competência é municipal.<sup>60</sup> Já aos Municípios compete legislar privativamente sobre os referidos assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, segundo o que dispõe o art. 30, incs. I e II, da Constituição Federal.

Por fim, no que concerne à autonomia financeira, a Constituição a atribui a cada um dos entes federativos para que lhes sejam disponibilizados recursos para a estruturação de seus órgãos e entidades, e bem assim para consecução de seus fins constitucionais. Por esta razão, todos os entes federativos podem legislar sobre Direito Tributário e Direito Financeiro, *ex vi* o que rezam o art. 24, inc. I, e o art. 30, inc. III, da Constituição Federal.

Ademais, a Carta de 1988 discrimina também as modalidades tributárias pertinentes a cada um dos entes federativos. Assim, cabe à União, aos Estados e aos Municípios o disciplinamento e a cobrança de impostos, taxas, contribuições de melhorias e contribuições sociais. Compete ainda à União, de forma privativa, a instituição do empréstimo compulsório e da contribuição de

---

<sup>60</sup> Sobre o assunto, rege a Constituição Federal, em seu art. 25, § 1º: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

intervenção do domínio econômico. Ao Distrito Federal cabem os mesmos tributos atribuídos constitucionalmente aos Estados e Municípios.

Constituem impostos federais: Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros (II); Imposto sobre Exportação (IE); Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro (IOF); Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR); e o Imposto sobre Grandes Fortunas.

Os impostos implementados pelos Estados e Distrito Federal são: Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCM); Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA); e Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS). Já os impostos dos Municípios e, ainda, do Distrito Federal são os seguintes: Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* (ITBI); Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU); e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Uma vez arrecadas os tributos pertinentes, todos os entes federativos se sujeitam aos limites impostos constitucionalmente para a consecução de seus gastos, tais como as respectivas leis orçamentárias anuais, os planos plurianuais e as leis de diretrizes orçamentárias. Observados tais limites, cabe a cada um dos entes federativos, no exercício de sua autonomia financeira, utilizar da melhor forma que entender os recursos arrecadados constitucionalmente, gastos estes que estão, ainda, sujeitos a controle pelo Judiciário e pelo Legislativo, diretamente ou através de Tribunais de Contas.

Feitas estas breves considerações acerca das modalidades de autonomias atribuídas constitucionalmente a cada um dos entes federativos, revisitar-se-ão a seguir algumas considerações acerca da qualidade do Município como ente federativo, já que tal inovação constante da estrutura federativa do Brasil pós-1988 não conta com unanimidade doutrinária.

A valorização do Município no Brasil fica cada vez mais evidente ao passar dos anos. Evoluiu da simples referência feita pela Constituição Imperial de 1824<sup>61</sup> até a condição de verdadeiro ente federativo, dotado de ampla autonomia, nos mesmos moldes atribuídos à União e aos Estados-membros. Reitera-se ainda que a qualidade do Município como ente federativo não encontra situação similar em nenhuma outra organização federativa no mundo, sendo peculiar ao Brasil.

No mesmo sentido, destacam Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>62</sup>:

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição de 1988, os Municípios alcançaram uma posição inédita na estrutura federativa brasileira, formando, ao lado da União e dos Estados, uma terceira esfera de autonomia, com a conseqüente ampliação de seu âmbito de atuação no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, nos termos dos artigos 1º e 18 da Carta Federal.

Outro não é o pensamento de Paulo Bonavides<sup>63</sup>:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no país com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.

Nestes termos, não se há mais de falar em estrutura federal binária, restrita à relação entre União e Estados-membros. Agora, é tríplice o poder que incide sobre o território nacional, gerando para o cidadão a sujeição concomitante a três organizações político-jurídicas: a federal, a estadual e a municipal.

---

<sup>61</sup> Os Municípios foram expressamente referidos somente no art. 169 da Constituição Imperial, que assim regia: "O exercício de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar".

<sup>62</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento, LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental** in **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 46.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 314.

A elevação do Município à condição efetiva de ente federativo, dotado de autonomia, consiste numa reivindicação antiga de constitucionalistas e municipalistas pátrios. Para eles – afirma Andreas J. Krell<sup>64</sup> – “o levantamento oficial dos entes locais significa apenas o reconhecimento jurídico-formal de uma situação fática existente há muito tempo”.

Ocorre que, não obstante a clareza com que o texto constitucional atribuiu a qualidade de ente federativo aos Municípios, inúmeras vezes de relevo no Direito Constitucional pátrio ressurgem contra a conjuntura. Aliás, longe está o tema de alcançar uma solução como quer Pinto Ferreira<sup>65</sup>, para quem, após a promulgação da Carta de 1988, estaria “finalizada a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que não era entendido como entidade federativa pela sua omissão no texto do art. 1º da Emenda Constitucional nº 1/69”.

Muito pelo contrário, não só persiste a polêmica como ganha força, a partir do surgimento de novas obras doutrinárias que contestam a condição do Município como ente federativo, seguindo o entendimento de José Afonso da Silva<sup>66</sup>, cujas críticas prevaleceram ao longo das edições de sua obra:

*Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. (...) Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos Municípios. A intervenção neles é da competência dos Estados, o que mostra serem ainda vinculados a estes. (...) Outro aspecto que mostra que os Municípios continuam a ser divisões dos Estados acha-se no fato de que sua criação, incorporação, fusão e desmembramento far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal (art. 18, §4º), e dependerão de plebiscito (que é sempre consulta prévia) das

<sup>64</sup> KRELL, Andreas J. **Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 170.

<sup>65</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 269.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 474/475.



populações diretamente interessadas. A Constituição, aqui, diferentemente do que fez em relação aos Estados, usou “populações” no plural, a querer dizer que será consultada a população da área a ser desmembrada e da área de que se desmembra, ao contrário do que ocorreu sempre, quando o plebiscito importava apenas na consulta da população da área cuja emancipação se pleiteava.

Outros nomes de peso no Direito Público demonstram ter o mesmo entendimento esposado por José Afonso da Silva, dentre eles Uadi Lammêgo Bulos, Rosah Russomano<sup>67</sup>, José Nilo de Castro, Nelson Oscar de Souza<sup>68</sup> e Walber de Moura Agra<sup>69</sup>. O primeiro taxa de “exagerada” a redação constitucional ao incluir o Município no pacto federativo, corroborando-se com o posicionamento acima transcrito no que diz respeito à noção da Federação como conjunto de Estados, e não de Municípios<sup>70</sup>.

Destaca Uadi Lammêgo Bulos<sup>71</sup> ainda o seguinte:

A anomalia reside no fato de o Município não possuir representatividade no poder central, porque o nosso sistema é o bicameralista, ou seja, a Câmara dos Deputados, formada pelos eleitos proporcionalmente, representa o povo, ficando o Senado incumbido de representar os Estados e o Distrito Federal. O Município, portanto, não logra tal representação, ainda que, para alguns, o ato representativo se afigure implícito.

Este tópico – de que falta a representação municipal na formação da vontade nacional, vez que o Senado compõe-se de representantes dos Estados-membros, e somente destes – é reforçado por Rosah Russomano<sup>72</sup>, para quem existe um “tendão de Aquiles” na argumentação de que o Município é ente federativo.

---

<sup>67</sup> RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997, p. 319.

<sup>68</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 75.

<sup>69</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 254.

<sup>70</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 730.

<sup>71</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 730.

<sup>72</sup> RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997, p. 319.

Outros tópicos também se apresentam como contrários à condição de ente federativo do Município, tais como (a) a inexistência de Poder Judiciário em âmbito municipal; (b) a não sujeição, das leis municipais, ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e (c) a inexistência, salvo alguns poucos casos, de Tribunais de Contas municipais.

Sobressaem ainda argumentos de índole prática, e não jurídica, tais como: (a) o elevadíssimo custo financeiro do sistema administrativo municipal, com gastos pelos órgãos do Poder Executivo e do Legislativo; (b) prejuízos também aos cofres federais e estaduais, que deverão dispensar recursos para o aparelhamento dos respectivos serviços, como justiça eleitoral, delegacias de polícia, serviços fazendários, fóruns, remuneração de juízes e promotores de justiça etc.

Não obstante a fundamentação de todos os argumentos apresentados, e bem assim a qualidade das vozes que os sustentam, parece que não são suficientes para se contrapor ao real interesse de legislador constituinte em dotar o Município da condição de ente federativo. Reconhece-se, assim, que não existe federação de municípios, mas de estados. Mas o Texto Magno de 1988 criou uma federação híbrida e mais complexa, formada concomitantemente por estados e municípios.

Outrossim, o art. 1º estabelece desde logo o princípio da indissolubilidade da federação extensivo aos Municípios, ou seja, a eles também não é concedido o direito de secessão ou independência. E o remédio, *in casu*, é a intervenção, sendo indiferente se o interventor é o Estado, como rege o art. 35 da Constituição Federal, ou a própria União. Destarte, a intervenção constitui medida excepcional e temporária, em casos limitados constitucionalmente, que suspende mas não aniquila a autonomia do ente intervindo.

No mais, entender como essencial a participação do interesse municipal na formação da vontade nacional, apesar de válido, não é bastante para desfigurar o Município de sua nova qualidade, pois, em verdade, o que o

legislador constituinte fez foi dotar de reconhecimento constitucional uma situação fática há décadas vivenciada.

Tal posicionamento é corroborado por Celso Ribeiro Bastos<sup>73</sup>, cuja posição se dá no sentido de que “o fato de os Municípios não se fazerem representar na União e, portanto, não comporem de certa forma o suposto pacto federativo, nos parece ser um argumento de ordem excessivamente formal, que deve ceder diante da realidade mais substancial”.

### **1.7. Natureza Jurídica dos Entes Federativos Formadores da Estrutura Organizacional Política Brasileira**

As entidades componentes da federação brasileira, *ex vi* os pre-citados arts. 1º e 18, são as pessoas jurídicas de direito público interno, que integram a estrutura político-administrativa da República Federativa do Brasil. Correspondem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, todos dotados de autonomia constitucional, que se distribui nas modalidades política, administrativa, legislativa e financeira<sup>74</sup>.

Nestes termos, não se deve confundir a figura da União com o conceito de República Federativa do Brasil. A União é autônoma, da mesma forma que também o são os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. A soberania não é atribuída à União, que constitui pessoa jurídica de direito público interno, mas é inerente à República Federativa do Brasil, que representa a todos os entes federativos no plano internacional.

A República Federativa do Brasil é formada pela União e demais entes federativos. Portanto, esta é parte daquela. A noção de República

---

<sup>73</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 258.

<sup>74</sup> Vide item 2.6.

Federativa do Brasil é, assim, mais abrangente, pois repercute tanto no campo interno quanto no internacional, ao passo que a atuação da União se restringe à índole interna.

A República Federativa do Brasil, por compreender todos os entes federativos, inclusive a União, forma uma ordem jurídica total, ao passo que a União constitui uma ordem jurídica parcial. Nestes termos, tomado como exemplo o Ministério das Relações Exteriores, consiste em órgão – apesar de atrelado à Presidência da República e, assim, à União – representativo dos interesses brasileiros no campo internacional. Tanto que, estruturalmente, não tem sua sede integrada aos demais Ministérios, mas isolada em prédio especial, o Palácio Itamaraty.

No que tange aos Estados-membros, constituem, a exemplo da União, ordens jurídicas parciais, dotadas de autonomia em todas as suas esferas – política, administrativa, legislativa e financeira – e de personalidade jurídica de direito público interno. Cabível aqui o entendimento metafórico de Uadi Lammêgo Bulos<sup>75</sup>, para quem “os Estados-membros estão para o Estado Federal assim como os filhos estão para os pais. Há uma espécie de vínculo hierárquico e, ao mesmo tempo, capacidade de ação e vontade própria”.

No que diz respeito aos Municípios, nesta oportunidade sem a preocupação de retomar os tópicos referentes à discussão doutrinária acerca de sua qualidade de ente federativo, também consiste, sob o prisma geográfico, na divisão territorial do Estado-membro. Constituem pessoas jurídicas de direito público interno, dotados de autonomia política, administrativa, legislativa e financeira, a exemplo da União e dos Estados-membros.

Dentre os entes federativos, é no Município que o cidadão mais se sente próximo ao poder estatal. Ora, o cidadão se submete concomitantemente às

---

<sup>75</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 722.

três ordens jurídicas, mas é no Município que geram as primeiras relações básicas entre o indivíduo e a Administração Pública.

Na condição de ente federativo dotado de autonomia, sobre os Municípios foram superadas as discussões acerca de sua natureza jurídica, sobre a qual havia teses que lhes atribuíam a condição de autonomia territorial. Trata-se, hoje, de pessoas jurídicas de direito público interno, segundo o constante no Código Civil, art. 41, e na unanimidade doutrinária moderna.

Quanto ao Distrito Federal, também constitui ente componente da República Federativa do Brasil, na conformidade do que regem os arts. 1º e 18 da Carta Magna. Não obstante, trata-se de uma instituição *sui generis*, às vezes exercendo as atribuições do Estado-membro, outras do Município. Nas circunstâncias previstas nos arts. 32, §4º, e 147, executa desideratos específicos, não atribuídos a Estados nem a Municípios.

Destarte, a Constituição confere algumas funções aos Estados e Municípios, mas não as estende ao Distrito Federal, que, nestas hipóteses, vê reduzida sua autonomia. É o caso, por exemplo, da autonomia administrativa e financeira diretamente afetada pelo teor do art. 21, incs. XIII e XIV, e do art. 48, inc. IX, que imputa à União Federal a competência para organizar o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar-lhe assistência financeira para a execução de seus serviços públicos.

A sede do Distrito Federal é Brasília, que também constitui a capital da República Federativa do Brasil, *ex vi* o disposto no §1º do art. 18 da Constituição Federal. Rege-se por lei orgânica, que constitui o ápice do ordenamento jurídico distrital. O chefe do Executivo é o Governador do Distrito Federal, e os componentes do Legislativo – Câmara Legislativa – recebem a denominação de Deputados Distritais.

Possui o D.F. representação no Senado Federal, com os mesmos três Senadores por intermédio dos quais também se fazer representar os Estados-membros. O Distrito Federal abrange Brasília, sua sede, e as chamadas “cidades-satélites”, que não constituem entidade municipal uma vez que a própria Constituição vedou a divisão do DF em Municípios (art. 32. *caput*). São as chamadas Regiões Administrativas, dentre as quais se destacam: Núcleo Bandeirante, Taguatinga, Cruzeiro, Sobradinho, Gama, Guará, Ceilândia e Park Way.

A principal finalidade do Distrito Federal, a exemplo de outros sistemas federativos que atribuem à respectiva Capital a qualidade de distrito federal, é a de distanciá-lo da ingerência dos demais entes federativos. No dizer de Jorge Miranda<sup>76</sup>, os “distritos federais” são “destinados a colocar as respectivas capitais fora de influência imediata de qualquer dos Estados federados. A sua natureza jurídica não se parece fácil”.

Por fim, quanto aos territórios, não obstante inexistirem atualmente, estão previstos no texto magno como entes não dotados de autonomia e que, por isso, não integram a República Federativa do Brasil na condição de ente federativo. Referem-se à mera descentralização político-administrativa da União, a quem está atrelada e subordinada. Entre os entes federativos, não há relação hierárquica ou de subordinação, que aparece no contexto dos territórios.

Isto não pressupõe a despersonalização dos territórios. Ao contrário, os mesmos, apesar de não dotados de autonomia, constituem-se em pessoas jurídicas de direito público interno e, nesta condição, equiparam-se a autarquias administrativas, que mantêm a personalidade jurídica advinda da descentralização administrativa da União, que o fez nascer.

Não possuem capacidade de se auto-organizar administrativamente, nem de criar suas próprias normas jurídicas, pois tais competências são atribuídas constitucionalmente à União (art. 21, XIII), a quem

<sup>76</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 311, nota de rodapé 50.

efetivamente estão subordinadas. As leis a serem aplicadas no âmbito do Território, aliás, são de iniciativa privativa do Presidente da República:

Art. 61. ...

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

...

II – Disponham sobre:

...

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A existência ou não de Territórios não repercute no equilíbrio federativo, em razão de suas características apresentadas há pouco. Tanto que os dispositivos básicos disciplinadores do princípio federativo fazem expressa referência à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas deixam de citar os Territórios na medida em que, de fato, não constituem entes integrantes da Federação brasileira. Diferentemente conduziram a matéria as Constituições republicanas anteriores, que, equivocadamente, incluíam os Territórios no pacto federativo<sup>77</sup>, lapso este que não foi repetido pela Carta vigente.

A menção aos mesmos consta ainda dos arts. 14 e 15 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que extinguiram os então Territórios do Amapá, Roraima e Fernando de Noronha, transformando os primeiros em Estados e incorporando este último ao território pernambucano.

## **1.8. O Município e a Questão Ecológica: Competência Legislativa, “Interesse Local” e Meio Ambiente Artificial Urbano**

---

<sup>77</sup> Vide item 2.5.

Na organização federativa brasileira, o Município ganha destaque na medida em que é nele que se agregam os mais diversos setores da organização social moderna, a exemplo da habitação, o lazer, o transporte etc. Neste sentido, a Administração municipal reveste-se de responsabilidade evidente em função do contato maior com o indivíduo, ao organizar suas atividades cotidianas.

Ademais, às funções edilícias clássicas, como saneamento básico, parcelamento do solo urbano, limpeza urbana e gestão do trânsito, foram acrescentadas outras, de índole ecológica, a exemplo do tratamento dos resíduos sólidos, a poluição visual e sonora, a degradação dos solos e dos recursos hídricos etc. Tais medidas, explica Andreas J. Krell<sup>78</sup>, “não exigem somente uma elevada capacidade técnica, mas também uma maior sensibilidade do sistema político como um todo”.

No que tange à conceituação do Município, o que se procura nesta oportunidade é reiterar o estabelecimento de paralelos entre o mesmo e os demais entes federados na organização federativa moderna, a fim de qualificá-lo como mais um destes tais entes, tema que, por si só, traz em si a polêmica que já faz parte dos meios acadêmicos do Direito Público pós-1988.

Outrossim, a nova configuração do princípio federativo, que teria atribuído ao Município o *status* de ente federado em função do nunca antes visto grau de autonomia a ele conferido, não pode ser desconsiderada quando da pretensão de se introduzir o estudo dos elementos que definem o Município, e bem assim quando se passar a focar as atribuições municipais em face do equilíbrio ecológico.

Restaurando a problemática da conceituação do Município, pode o mesmo ser definido sob três prismas básicos: (a) o conceito político, (b) o conceito sociológico e (c) o conceito jurídico.

---

<sup>78</sup> KRELL, Andreas J. **Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais** in *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 155.



Sob o prisma político, o Município, detentor de reconhecida autonomia político-institucional, vincula-se à União e ao Estado-membro por meio das relações entre os respectivos representantes, em observância irrestrita aos mandamentos jurídicos pertinentes.

Já sob o ponto de vista sociológico, pode ser caracterizado como o conjunto de pessoas vivendo sobre um mesmo território e com interesses coadunantes, que se inter-relacionam na busca de uma convivência que preencham seus anseios mais específicos e que não ultrapassem os limites da própria municipalidade.

No que tange ao conceito formulado sob o prisma jurídico, o Município deve ser encarado como ente estatal, portanto pessoa jurídica de direito público interno. Sob este fundamento, o Município é detentor de responsabilidade jurídica e de capacidade civil, equivalendo dizer que pode contrair obrigações em seu próprio nome, bem como exercer o direito subjetivo de exigir dos demais entes públicos e das pessoas privadas o cumprimento de suas prerrogativas.

Em sendo civilmente capaz e juridicamente responsável por seus próprios atos, o Município, na qualidade de pessoa jurídica, tem personalidade distinta das pessoas físicas que o dirigem e gerem. Como consequência disto, podem constituir seu próprio patrimônio, adquirir direitos e contrair obrigações, responsabilizar-se judicialmente etc.

Por se caracterizar como pessoa jurídica de direito público, reveste, comumente, seus atos e contratos de características peculiares que os individualizam: a possibilidade jurídica de, unilateralmente, impor atribuições e condutas aos particulares. São os chamados atos de império, específicos do poder público, por meio dos quais a administração municipal presta seus serviços e impõe seu poder de polícia, incluindo-se aqui o poder de polícia ambiental.

Mesmo assim, o Município também pode, em determinados casos e desde que assim permitidos pela legislação pertinente, descer ao patamar das

peessoas privadas e firmar com elas ajustes em condições de igualdade de atribuições, sem que isso lhe afete os caracteres de direito público.

Quanto à capacidade municipal relativa a expedição de normas jurídicas de índole ambiental, explícita se revela a composição do modelo federativo brasileiro, que afirma o equilíbrio entre os entes federativos, sem hierarquia. Verifica-se, portanto, o que se pode denominar de igualdade jurídica entre os entes federativos, uma vez que, juridicamente, situam-se no mesmo patamar hierárquico, daí por que devem receber tratamento jurídico-formal isonômico.

No mesmo sentido disserta Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>79</sup>, cujas lições indicam que o que prevalece no Direito Constitucional contemporâneo “é a idéia de que o princípio federativo busca o equilíbrio na combinação sistematizada de ordens jurídicas parciais, que conciliem os aspectos a serem resguardados nas autonomias locais com os interesses nacionais”

Em decorrência deste entendimento, pressupõe-se a validade de que a questão ecológica, pela relevância de que se fez merecedora há alguns anos, deve ser de responsabilidade de todas as esferas federativas, sem que entre as mesmas haja qualquer forma de subordinação ou hierarquia.

Ciente disto, o legislador constituinte tratou de atribuir a todas as entidades federativas a competência material ou administrativa em face da proteção ambiental:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

Assim, quanto à competência material ou administrativa, a capacidade municipal dispensa maiores elucidações. Não obstante, a clareza

---

<sup>79</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 173.

gramatical da competência administrativa ambiental não foi transposta para o dispositivo relativo à competência legislativa, pois no *caput* do art. 24 constam apenas a União, os Estados e o Distrito Federal, excluindo-se portanto os Municípios:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

...

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Daí o porquê, de início, passou-se a considerar que as matérias elencadas no citado art. 24 seriam de competência federal e estadual, somente. Os Municípios, dessa forma, estariam impedidos de legislar sobre a questão ambiental, referida nos incs. VI e VIII.

Ocorre que o impasse é meramente aparente: como já dissertado, o Município é uma entidade da federação, um componente político do Estado, participando do pacto federativo, como pode ser percebido no art. 18 da Constituição Federal, já transcrito. Foi-lhe, assim, concedida autonomia para organização político-administrativa.

No campo da interpretação constitucional, incide aqui a necessidade de utilização de princípios hermenêuticos próprios, na medida em que os critérios clássicos de interpretação da norma jurídica encontrados na doutrina de Savigny se mostram insuficientes para o deslinde deste e de outros inúmeros casos com os quais se deparam o estudioso do texto constitucional.

O princípio da unidade da Constituição (*das Prinzip der Einheit der Verfassung*), que encontra em Konrad Hesse seu expoente maior, aduz a necessidade de sistematização das normas com conteúdos próximos ou relacionados, evitando a consideração isolada da norma constitucional, que faz

parte de um complexo formado a partir da inter-relação entre as espécies de normas, a saber as regras e princípios.

Daí se chegar à conclusão da possibilidade jurídica, por coadunar com o texto constitucional, da competência legislativa municipal em se tratando da questão ecológica. Mesmo tendo o art. 24, *caput*, excluído o Município do elenco dos entes federativos competentes para legislar sobre as matérias ali enumeradas, seria incorreto e insensato, segundo Paulo de Bessa Antunes<sup>80</sup>, “dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental, visto que teriam que abrir mão de sua autonomia constitucional para cumprir os próprios mandamentos constitucionais”.

Neste diapasão, a consonância do art. 24 com o art. 30, incs. I e II, da Constituição Federal conclui ser juridicamente viável a competência legislativa ambiental do Município<sup>81</sup>, de forma a complementar legislação estadual e federal:

Art. 30. Compete aos Municípios:  
I – legislar sobre assuntos de interesse local;  
II – complementar a legislação federal e estadual no que couber.

Isto significa dizer que o Município é competente para regular, via normas jurídicas, a atividade degradadora e a proteção de seus bens ambientais ou de outros, públicos ou privados, que têm relevância no equilíbrio ecológico do território municipal.

Não é outro o entendimento de Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>82</sup>, para quem

---

<sup>80</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 112.

<sup>81</sup> Tanto é assim que a Lei Orgânica do Município de Fortaleza destinou todo um Capítulo para disciplinar exclusivamente o meio ambiente e os bens ambientais enclavados em seu território. Trata-se do Capítulo II – Do Meio Ambiente – do Título V – Da Ordem Econômica e Social –, que abrange os artigos 194 a 211.

<sup>82</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental in Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 50.

Quanto aos Municípios, houve expressa exclusão relativamente às matérias relacionadas no artigo 24, o que não significa, entretanto, que lhes tenha sido negado o direito de legislar sobre aquelas questões, desde que observadas as condições estabelecidas pela própria Constituição Federal: tratar-se de assuntos de interesse local e respeitar o disposto nas legislações estadual e federal.

Tal entendimento parece não ter sensibilizado autores do naipe de Raul Machado Horta, para quem a legislação ambiental municipal iria de encontro ao texto constitucional:

Não obstante o relevo que a Constituição da República conferiu ao meio ambiente, tornando-o objeto de atividade legislativa federal e estadual (...), a Constituição Federal não atribuiu, explicitamente, ao Município a indispensável competência para legislar sobre meio ambiente. A pesquisa no texto constitucional revela que a Constituição deixou de inserir a legislação direta e autônoma sobre o meio ambiente na competência do Município. O art. 30 da Constituição da República, que é sede de competência legislativa do Município, não emprega a locução, como o fez em relação à União e ao Estado, de modo a autorizar a legislação material correspondente.

Já Andreas J. Krell<sup>83</sup> justifica a exclusão edilícia do rol dos entes competentes para legislar sobre meio ambiente segundo a predominância do interesse que o tema desperta na repartição de competências federativas, insinuando que a questão ecológica é de âmbito regional. Para o autor, as matérias constantes do art. 24 não seriam passíveis de regulação por norma municipal, vez que a referência somente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, deixando de lado os Municípios, “foi proposital, visto que as medidas tendentes à proteção do meio ambiente possuem caráter predominantemente regional”.

Esta indefinição doutrinária se justifica principalmente na condição de inovação e complexidade da matéria, que acarreta as hesitações de praxe. Tal conjuntura, porém, parece paulatinamente ceder espaço ao entendimento mais plausível, qual seja a da capacidade legislativa municipal a respeito de meio ambiente. E são vários os autores que já firmaram entendimento neste sentido.

---

<sup>83</sup> KRELL, Andreas J. **Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais** in *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 171.

Paulo de Bessa Antunes<sup>84</sup>, por exemplo, destaca que

Está claro que o meio ambiente está incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios forma um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de “agir localmente, pensar globalmente”.

Toshio Mukai<sup>85</sup>, por sua vez, disserta no mesmo sentido:

O constituinte, ao imaginar que haveria diferenças substanciais entre as competências administrativas e legislativas, portanto, entre o art. 23 e o art. 24, dizendo competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre diversas matérias que elenca em 16 incisos (art. 24). Contudo, permitiu que o Município suplementasse a legislação federal e a estadual no que coubesse (inc. II do art. 30); aqui, trata-se de o Município dar continuidade à legislação existente, federal ou estadual. Assim, o Município pode legislar, p. ex., sobre proteção do meio ambiente (inc. VI), suplementando a legislação federal e estadual, em âmbito estritamente local.

Assim, resta, para a plena caracterização da viabilidade constitucional no que tange à competência municipal sobre meio ambiente, a noção de “interesse local” e o enquadramento, no termo, da questão ecológica. Trata-se de expressão genérica que dificulta a enumeração das matérias passíveis de regulamentação edilícia, ao contrário do que ocorre com os assuntos de competência legislativa privativa da União, que se encontram taxativamente previstos no art. 22 da Constituição Federal.

O “interesse local”, neste contexto, alcança o *status* de termo aberto ou indeterminado, comumente estudado pela doutrina administrativista. O cerne da problemática gerada a partir da utilização, pelos legisladores constitucional e ordinário, de conceitos indeterminados está centrado na abstração e na amplitude de sua abrangência. Intencionalmente, criam-se normas jurídicas utilizando-se expressões de largo alcance para atingir o máximo de casos

---

<sup>84</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 64.

<sup>85</sup> MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 19.

hipotéticos possíveis, além de dotar o aplicador do Direito de opções de aplicabilidade segundo seu próprio entendimento, isto é, sua própria valoração.

Daí a relevância que o tema desperta para a análise da noção de “interesse local”, pois se utilizou o legislador constituinte, *in casu*, de uma linguagem abstrata e ampla, de âmbito extra-jurídico. Nestes termos, os conceitos indeterminados, para Germana de Oliveira Moraes<sup>86</sup>, caracterizam-se pela “imprecisão conceptual lingüística, com desprezo da característica de contextualidade da linguagem que se projeta na linguagem jurídica”.

Neste contexto, expressões como “má-fé”<sup>87</sup>, “interesse público”<sup>88</sup> e “segurança nacional”<sup>89</sup> são comumente destacados pela doutrina como exemplos clássicos de conceitos abertos ou indeterminados. É justamente que ocorre com o “interesse local”. Assim, não têm sentido exato e específico – pois abrangem inumeráveis situações que se enquadrem em sua acepção – e autorizam o intérprete a atribuir-lhes, segundo os limites de sua valoração, a definição que razoavelmente lhes impute para fins de dotar sua ação de juridicidade. O intérprete ou aplicador do Direito propõe-se a enquadrar o caso com que se depara ao raio de efetividade alcançado pelos conceitos indeterminados.

Destaca-se aqui a noção esposada por José dos Santos Carvalho Filho<sup>90</sup>, para quem os conceitos indeterminados “são aqueles cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de Direito”.

---

<sup>86</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 57.

<sup>87</sup> Art. 5º. LXXIII. “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>88</sup> Art. 37. IX. “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

<sup>89</sup> Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 35.

Outrossim, adverte Karl Engisch<sup>91</sup> que

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos (...) Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que logo vale afirmar, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, com os de “escuridão”, “paz nocturna”, “ruído”, “perigo”, “coisa”. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de “assassinato” (“homicídio qualificado”), “crime”, “acto administrativo”, “negócio jurídico”, etc.

Ocorre que, em realidade, não se pode falar de conceito indeterminado propriamente dito, pois qualquer tópico ou expressão utilizada em normas jurídicas são passíveis de conceituação, ou seja, é possível extrair dele seu significado verbal.

Nestes termos, a problemática é verificada não a partir da ausência de uma definição que se lhe pode atribuir, mas sim da verificação de enquadramento de inumeráveis casos hipotéticos dentro de seu raio de abrangência. É o que também entende José Carlos Vasconcelos dos Reis<sup>92</sup>, pois é inviável a identificação “*a priori* todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou conseqüências jurídicas ocorrem”.

De todo o exposto, parece válido o entendimento segundo o qual o meio ambiente pode ser enquadrado na noção de “interesse local”, na medida em que, a exemplo da predominância de interesses, o domínio patrimonial dos ecossistemas relevantes também pode ser distribuído entre os entes federativos. A preservação de um determinado ecossistema, integralmente abrangido por território municipal e merecedor de proteção administrativa e legislativa, encaixa-se na noção de interesse local.

---

<sup>91</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução do Original Alemão Intitulado **Einführung in Das Juristische Denken**. Tradução de J. Batista Machado. 3<sup>a</sup>.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1964, p. 173.

<sup>92</sup> REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.



A respeito da opção do legislador constituinte em adotar a expressão ao invés de elencar taxativamente a competência legislativa municipal, leciona Verônica Bezerra Guimarães<sup>93</sup>:

Apesar das dificuldades em relação ao sentido e alcance concreto do “interesse local”, é preferível esta fórmula a uma enumeração legal dessa matéria em nível constitucional, pois uma padronização violentaria a diversidade de aspectos dos municípios brasileiros. Obstruindo, desta forma, o exercício da autonomia municipal. Este entendimento foi acolhido pelo constituinte de 1988, rejeitando, assim, a técnica das competências explícitas.

Paulo Affonso Leme Machado<sup>94</sup> também é um entusiasta da utilização do termo:

O “interesse local” não precisa incidir ou compreender, necessariamente, todo o território do Município, mas uma localidade, ou várias localidades, de que se compõe um Município. Foi feliz a expressão usada pela Constituição Federal de 1988. Portanto, pode ser objeto de legislação municipal aquilo que seja da conveniência de um quarteirão, de um bairro, de um subdistrito ou de um distrito.

Adverte-se, não obstante a ocorrência da competência municipal legislativa sobre meio ambiente quando configurado o interesse local, que esta não caracteriza a competência plena, pois está adstrita aos mandamentos legais contidos nas normas federais e estaduais com objeto semelhante, na conformidade do disposto no inc. II do art. 30 que descreve a competência legislativa suplementar.

Se tal fosse permitido – escrevem Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>95</sup> – “seria furtada de qualquer sentido a norma inscrita no artigo 24 da Carta Federal, uma vez que as matérias ali tratadas atingem interesses locais, ainda que indiretamente ou de forma reflexa”.

---

<sup>93</sup> GUIMARÃES, Verônica Bezerra (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **As Competências Federativas para o Controle da Poluição do Ar Causada por Veículos Automotores in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 214.

<sup>94</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 385.

<sup>95</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental in Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 50.

Nestes termos, ao Município compete legislar sobre assuntos de interesse local e, por isso, sobre meio ambiente. Mas não lhe cabe, por intermédio de interpretação extensiva do art. 30, incs. I e II, legislar de maneira plena, mas tão-só supletivamente, já que a legislação, federal ou estadual, não pode ser relegada a segundo plano no caso de conflitos entre as respectivas matérias.

Assim, a supremacia da legislação municipal, no caso de antinomias ou de conflitos entre normas provenientes de entes federativos diversos, só é cabível quando se tratar de interesse eminentemente local, pois, em havendo também, no caso, interesse regional ou nacional envolvido, a norma municipal é que deixa de existir no campo jurídico.

Tal entendimento não repercute negativamente na autonomia municipal, pois se trata apenas da regulação ou limitação constitucional pertinente à repartição de competências legislativas que, em matéria ambiental, revestem-se de caráter concorrencial, em que a todos os entes se atribui o desiderato de expedir normas atinentes à preservação dos recursos naturais.

Outrossim, a atribuição constitucional de competência legislativa alcança a competência do exercício do próprio poder de polícia. Assim, tanto União, quanto Estado, Município ou Distrito Federal são titulares do exercício do poder de polícia, já que todos possuem competência para legislar a matéria na sua respectiva área de atuação, inclusive e principalmente a respeito de equilíbrio ecológico.

A título de ilustração, colacionam-se algumas normas federais que, por esta condição, têm caráter generalizante, mas que reconhece a capacidade legislativa municipal. É o caso da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que prevê, a respeito da competência dos demais entes federativos:

Art. 6º. ...

§ 1º. Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboram normas supletivas e complementares e padrões

relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

§ 2º. Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

Também cita a competência tripartida entre os entes federativos a Lei nº 7.661, de 16 de Maio de 1988, que disciplina o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro:

Art. 5º. ...

§ 1º. Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos.

Assim, parece superada a discussão acerca da possibilidade de o Município reger, por suas próprias regras, a utilização e preservação dos recursos naturais encontrados em seu território. Paulo de Bessa Antunes<sup>96</sup> conclui o debate dessa forma:

Está claro, em minha opinião, que o meio ambiente está incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de “agir localmente, pensar globalmente”.

Superado esse estágio, verificou-se que a proteção ambiental é, de fato, incumbência do Poder Público em todos os níveis federativos, e a Constituição Federal, inovadoramente, reservou as normas gerais de proteção do meio ambiente para a União (art. 24, inc. VI, e §1º), deixando para os Estados-membros a legislação supletiva (art. 24, §2º) e para os Municípios o provimento dos assuntos locais que envolvem equilíbrio ambiental, salubridade urbana e de bem-estar de sua comunidade.

Realmente, sempre se entendeu que ao Município sobravam poderes implícitos para editar normas edilícias de salubridade e segurança

---

<sup>96</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 96.

urbanas e para tomar medidas executivas de contenção das atividades prejudiciais à saúde e bem-estar da população local e as degradadoras do meio ambiente de seu território, uma vez que, como entidade estatal, achava-se investido de suficiente poder de polícia administrativa para a proteção da coletividade administrativa.

O problema da competência legislativa municipal, apesar de tudo, persiste quanto ao trato dos recursos hídricos, na medida em que a Constituição somente atribuiu o domínio sobre os mesmos à União e aos Estados, não mais se podendo falar em águas municipais ou particulares, conforme será verificado oportunamente.

Maria Luiza Machado Granziera<sup>97</sup>, por exemplo, entende que a inexistência de águas municipais é suficiente para descaracterizar a competência legislativa sobre os recursos hídricos: “A competência dos Municípios cinge-se ao ‘interesse local’, relativo aos recursos naturais e à proteção do meio ambiente. Não sendo os Municípios detentores do domínio hídrico, não há que falar na fixação de regras administrativas sobre gestão de águas”.

Com a devida vênia, o entendimento acima referido não parece coadunar com a boa exegese constitucional. Os recursos hídricos cumprem papel relevante em qualquer ecossistema e, por isto, também merecem atenção edilícia, tanto em âmbito administrativo quanto legislativo. A regulamentação e a restrição, por norma municipal, atribuídas às atividades e às obras que tragam impactos negativos aos recursos hídricos – quer de domínio federal, quer estadual – não é suficiente para caracterizar a vinculação patrimonial.

Nestes termos, é preferível acompanhar o posicionamento de Fabiana Santos Dantas<sup>98</sup>, para quem

---

<sup>97</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 71.

<sup>98</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 340/341.

O Município possui competência administrativa para proteger o meio hídrico contra a poluição, reflexo de sua autonomia, dotado assim do poder de polícia que serve de fundamento à sua competência para legislar em matéria de meio ambiente, indispensável a essa atividade administrativa, consoante aos arts. 23, XI e VI, e 30, I e II, da CF. Tal competência ambiental exige dos municípios a adoção das medidas necessárias à preservação do meio hídrico, especialmente no que se refere à concessão de licenças e fiscalização das outorgas, passível por isso de ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

(...)

E mais, ao Município cabe disciplinar o uso do solo, fundamental à preservação dos recursos hídricos e de áreas alagadiças, elaborando o Plano Diretor, o instrumento definidor da política de desenvolvimento sustentável em todo território municipal, que figura como uma das principais diretrizes da Política Nacional.

No que se refere ao meio ambiente artificial, ao contrário do que pode induzir um primeiro entendimento mais leigo sobre a questão, o conceito de meio ambiente não se restringe aos elementos que caracterizam o meio ambiente natural. Mais além, o meio ambiente tem ainda as categorias de meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.

Por meio ambiente artificial entende-se a conjugação entre o espaço urbano construído (espaço urbano fechado) e os bens públicos de uso comum (espaço urbano aberto). Dessa forma, o espaço construído e o espaço habitável constituem o ambiente artificial. Daí a evidente e estreita ligação do conceito de meio ambiente artificial ao de cidade.

A cidade, a exemplo de qualquer propriedade, tem uma função social respectiva a cumprir. *In casu*, a função social refere-se ao bem-estar que a municipalidade deve buscar em proveito de seus habitantes, dotando-os de qualidade de vida digna e satisfazendo seus direitos fundamentais. Neste quadrante, a doutrina costuma classificar em quatro as funções sociais básicas da cidade: a habitação, a circulação, o lazer e o trabalho.

A questão da repartição de competências constitucionais, quando se trata de meio ambiente urbano, não se limita à competência municipal. Ao contrário, alcança o âmbito federal quando do disciplinamento de questões urbanísticas. Desta forma, à União a Constituição atribuiu a competência material de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação,

saneamento básico e transportes urbanos (art. 22, inc. XX), e bem assim a competência legislativa concorrente para a proteção e defesa da saúde (art. 24, inc. XII).

Ocorre que a competência da União, em estabelecer as diretrizes e princípios de organização urbana, restringe-se ao disciplinamento por meio de normas ou diretrizes gerais, as quais consistem em parâmetros com vista ao desenvolvimento da política urbana que o Município deve adotar, incluindo habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Isso significa dizer que a competência federal, restrita à fixação de diretrizes gerais, não alcança, por exemplo, a prestação de serviços de limpeza pública, a qual, em verdade, pertine ao disciplinamento autônomo do Município para a organização dos serviços públicos de interesse local, conforme preceitua o art. 30, inc. V.

Os Municípios, destarte, também são detentores de bens ambientais, o que gera a necessidade de estruturar sua organização territorial buscando conciliar seus atributos naturais com o crescimento urbano a que têm-se submetido as cidades brasileiras há algumas décadas. Neste ínterim, a Administração municipal passou a dotar alguns espaços de atenção pública constante: são as praças, os parques e os pólos de lazer.

Acerca das praças, o que se tem verificado é a constante subutilização quanto às suas finalidades precípuas, quais seriam o lazer, o descanso, serventia como ponto de encontro para a comunidade circunvizinha, local para exercícios físicos etc. Muitas vezes, em razão do mau gerenciamento, do abandono e da falta de iluminação, as praças têm servido como reduto de criminalidade, a exemplo da prostituição e do tráfico e uso de entorpecentes ilícitos. Não obstante, a reforma, a reutilização e a conservação das praças devem ser do interesse da gestão edilícia.

Aliás, os procedimentos relativos à urbanização de espaços de lazer também abrangem a utilização adequada dos corpos d'água verificados na cidade<sup>99</sup>. Por constituírem-se em um conjunto de recursos ambientais, necessitam que, para sua preservação, o Poder Público exerça seu poder de polícia sobre aqueles que porventura degradam, inadvertida ou propositadamente, seu equilíbrio ambiental, fiscalizando e estabelecendo critérios segundo os quais possam ser tais recursos utilizados.

As bacias urbanas, há algumas décadas, eram detentoras de um rico ecossistema circunvizinho. Hoje, seus cujos recursos naturais, tais como suas matas ciliares e sua fauna, encontram-se em evidente risco de desequilíbrio ecológico, em função principalmente do crescimento populacional verificado nas cidades e a conseqüente má ingerência da ação humana sobre a região. Daí a relevância das bacias e de sua preservação: constitui-se em áreas cuja necessidade de gestão adequada, principalmente no que concerne a recursos hídricos, se revela imprescindível em razão da evidente escassez de tais recursos<sup>100</sup>.

Sua utilização deve seguir critérios especiais, que reduzam os efeitos da mesma sobre o equilíbrio ecológico, evitando-se assim a continuidade da pressão antrópica negativa na área urbana. Tais critérios ficariam a cargo da Administração Pública, pois compete a esta a fiscalização, por intermédio de seu poder de polícia, e o disciplinamento desta utilização. As atribuições da Administração Pública devem sempre levar em conta seu poder descentralizador, atribuindo competências ao Estado e, principalmente, ao Município.

Tal gestão, inclusive e de acordo com as normas jurídicas aplicáveis à espécie, deve contar também com a própria população, por

---

<sup>99</sup> São verificados inúmeros corpos d'água que banham Fortaleza, que possui basicamente três bacias hidrográficas: a bacia da vertente marítima, a bacia do rio Cocó e a bacia do rio Maranguapinho. A eles somam-se, pela importância, os rios Ceará e Siqueira, e bem assim os riachos Pajeú e Maceió.

<sup>100</sup> Devido à importância de tais recursos hídricos, foram merecedores de disciplinamento pela Lei Orgânica de Fortaleza: "Art. 201. São declarados de relevante interesse ecológico, paisagístico, histórico e cultural: I - Os riachos Pajeú e Maceió, em especial suas nascentes; II - os rios Cocó, Ceará, Maranguapinho e Siqueira".

intermédio de entidades associativas de direito privado que tenham como função específica a participação nas decisões administrativas de cunho ambiental no que concerne aos recursos hídricos.

Dessa forma, pelas próprias características físicas das bacias urbanas, a participação tanto do Poder Público, por meio de seus órgãos e entidades competentes, quanto pela sociedade organizada, é imprescindível para a desaceleração do desequilíbrio ecológico destes tão relevantes ecossistemas das cidades<sup>101</sup>. E esta função não se resume apenas neste aspecto: há de se pensar no futuro e nas gerações vindouras.

Outrossim, a questão da poluição industrial também ser revela evidente, quando detritos industriais, sem tratamento adequado, são constantemente lançados em seus leitos. Peixes, que antes eram encontrados em abundância e geravam renda para a população ribeirinha, quase já não mais existem.

Diante deste quadro, a inquietação das entidades públicas competentes quanto à preservação do equilíbrio ecológico nas bacias hidrográficas urbanas vem-se revelando, uma vez que o quadro hodierno se mostra deveras preocupante, basicamente em função da poluição urbana ali verificada.

A desocupação das margens ribeirinhas seria medida essencial para o retorno ao *status quo ante* do equilíbrio das áreas. Dada à dificuldade da implementação de tal medida, por motivos óbvios, o levantamento de todas as famílias que moram às margens de mananciais e a tentativa de conciliar as moradias com o meio ambiente, bem como a realização de um trabalho de

---

<sup>101</sup> Hoje, corpos d'água de Fortaleza encontram-se em evidente estado de degradação. Em função de parte de eles estarem encravados na periferia fortalezense, as faixas ribeirinhas foram ocupadas por moradias de baixa renda. Como o saneamento básico é insatisfatório, as águas dos rios, lagos e lagoas recebem esgotos sem qualquer prévio tratamento. Grande quantidade de lixo doméstico é depositado em suas margens. A problemática se agrava nos períodos chuvosos, gerando aumento no nível das águas, que avançam sobre as casas. O prejuízo das famílias ali residentes, com a perda de móveis, eletrodomésticos e outros utensílios, invariavelmente ganha as manchetes de jornais.



educação ambiental com a população, são medidas que podem diminuir o impacto negativo causado pela poluição urbana a que se submetem os cursos d'água<sup>102</sup>.

Mas a questão não se restringe ao meio ambiente urbano. A ação humana, mesmo nas cidades, implica diversos aspectos negativos que contribuem para a aceleração do desequilíbrio entre os fatores biótico e abiótico. Dentre estes aspectos, podem ser destacados: desmatamentos e queimadas das matas ciliares, lançamento de agentes poluidores, assoreamento e gestão inadequada.

Daí a advertência que faz Fabiana Santos Dantas<sup>103</sup>:

Dentre essas competências municipais, o saneamento básico reveste-se de uma importância singular para o nosso tema específico, vez que o gerenciamento de recursos hídricos, para ser integral, não pode negligenciar dois aproveitamentos fundamentais que nele estão abrangidos: o abastecimento, ligado diretamente ao problema da distribuição dos recursos, e o saneamento propriamente dito, cujo potencial poluidor exige a adoção de medida profiláticas e corretivas do Sistema de Gerenciamento para a preservação do meio aquático.

A atenção pública e privada quanto ao equilíbrio ecológico dos atributos naturais das cidades deve obrigatoriamente relacionar-se à tentativa constante de assegurar a qualidade de vida de sua população, bem como à utilização racional dos recursos naturais, com preservação e prevenção contra eventos degradadores críticos, através de planejamento – a cargo tanto do Poder Público quanto da sociedade organizada –, desenvolvimento de tecnologias, recuperação de áreas degradadas e controle de poluição.

Daí surge a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, condição em que se enquadra também a democracia que, como forma de participação popular na

---

<sup>102</sup> A solução à problemática suscitada pela Lei Orgânica também merece referência: “Art. 196. O poder público desenvolverá programas de urbanização e despoluição das lagoas do Município, visando a preservá-las e transformá-las em equipamento comunitário de lazer”. Desta forma, as inúmeras lagoas e lagos encravados em Fortaleza, a exemplo do Lago Jacarey, Lagoa da Parangaba, Lagoa de Messejana etc., mereceram o citado procedimento de urbanização, através do qual a população circunvizinha passou a contar como forma de lazer.

<sup>103</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 339.

tomada de decisões governamentais, mantém estreita vinculação com o princípio federativo. Trata-se dos tópicos que serão analisados doravante.

## **2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não obstante a relevância que os direitos fundamentais vêm recebendo da doutrina mais abalizada, tanto no âmbito do Direito Público quanto da Teoria Constitucional, adverte-se que a matéria do presente Capítulo não se destina a esmiuçar ainda mais o tema, satisfazendo-se com uma análise relativamente superficial daquilo que, pela própria natureza, merece tratamento jusfilosófico em razão da relevância e abrangência, bem como de sua relação indireta com o tema proposto neste trabalho acadêmico.

Outrossim, o moderno estudo dos direitos fundamentais, a exemplo do que fazem doutrinadores da melhor estirpe, como Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho e Daniel Sarmento, entre os brasileiros, e os estrangeiros José Joaquim Gomes Canotilho, Ronald Dworkin e, principalmente, Robert Alexy, deve seguir os primados do neo-positivismo ou pós-positivismo, que predomina hodiernamente como o movimento da Teoria do Direito, segundo o qual a validade das normas jurídicas, mesmo no caso das normas principiológicas, encontra-se condicionada à expressa previsão nos ordenamentos jurídicos positivados.

Não obstante, abrir-se-á mão de um prisma mais voltado para a metafísica e a abstração, na medida em que se utilizará uma pesquisa que se aterá a aspectos mais relevantes do tema, a exemplo (a) do estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais a partir de um paralelo entre o desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito e os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade); (b) da aplicação dos

direitos fundamentais no âmbito das relações privadas; (c) da abrangência da aplicabilidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas e à coletividade, contrapondo-se ao modelo reconhecidamente individualista de sua fase embrionária; (d) o enquadramento, no tema, das situações concretas envolvendo o equilíbrio ecológico e sua qualidade de direito difuso e de direito fundamental de terceira geração.

Na seqüência, serão destinadas algumas linhas para o tratamento do tema pela Constituição Federal de 1988, na tentativa de enquadrar o prisma essencialmente teórico dos primeiros tópicos em alguns casos práticos vivenciados corriqueiramente no Brasil e relacionados à questão ecológica, pois se entende que – não obstante a validade de posicionamentos contrários – esta ainda é a melhor forma de se apreender temas complexos, a exemplo deste a que se propôs presentemente estudar.

## **2.1. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais e a Condição dos Direitos Difusos**

O presente tópico tem por pretensão a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais a partir de um paralelo entre os ideais da Revolução Francesa e o desenvolvimento da noção de Estado de Direito, na medida em que cada uma das gerações de direitos fundamentais pode, sob o prisma acadêmico, ser incluída na relação. Neste contexto, opta-se pela desconsideração da fase embrionária dos direitos humanos desde a concepção clássica na Grécia de Sócrates, Aristóteles e Platão, perpassando pelo cristianismo de Santo Agostinho ou Santo Tomás de Aquino. Tampouco o contratualismo de Locke, Hobbes e Rousseau, apesar da relevância, será destacado aqui. O marco histórico, portanto, a partir do qual os direitos

fundamentais passam a ter relevo jurídico-social consiste na Revolução Francesa liberal de 1789.

O desenvolvimento histórico do constitucionalismo ocidental, no que tange à luta contra o sistema monárquico absolutista, em que *the King could do no wrong*, encontrou seu apogeu na Revolução Francesa. Antes, porém, a organização social medieval se focava na figura do rei, revestido pelo poder absoluto garantidor dos privilégios do clero e da nobreza, em detrimento dos interesses burgueses.

A partir do rompimento com este modelo medieval, a Revolução enalteceu os ideais liberais, que passaram a prevalecer socialmente. Surge a concepção do Estado de Direito que, neste momento histórico, incrementa a ideologia liberal-burguesa e passa a enaltecer o indivíduo como, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, “valor absoluto e centro de todas as coisas”<sup>104</sup>. Neste contexto, ainda sob o âmago das recentes investidas excessivas do rei, passou-se a regular o comportamento estatal limitando-o e impedindo-o, a rigor, de intervir diretamente nas relações sociais. Tal limitação consistia na necessidade de observância, pelos particulares e pelo próprio Poder Público, do estatuído no âmbito do ordenamento jurídico, estabelecendo-se então os alicerces do Estado de Direito ou, como querem alguns, Estado Liberal de Direito.

O disciplinamento do *modus operandi* estatal, a partir do ordenamento construído para dar respaldo jurídico à nova ordem liberal-burguesa, a revogação dos privilégios das até então classes dominantes (principalmente clero e nobreza) e o enaltecimento do individualismo foram os grandes marcos do surgimento do Estado de Direito. O individualismo reinante à época deu ensejo ao surgimento das discussões acerca da proteção do particular contra as condutas abusivas por parte do Estado. Encontra-se aqui a viga mestra dos direitos fundamentais, então denominados, por esta mesma razão, de direitos individuais.

---

<sup>104</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992, p. 67.

Em outros termos, os três tópicos principais que caracterizaram o Estado Liberal de Direito podem ser destacados como (a) a submissão de todos, inclusive e especialmente do Poder Público, aos ditames impostos pelo ordenamento jurídico criado a partir do rompimento com o absolutismo até então vigente; (b) o declínio deste absolutismo a partir da tripartição das finalidades estatais em função administrativa, legislativa e jurisdicional, em que cada um dos Poderes fiscaliza e controla os demais; e (c) o alcance dos direitos individuais ao *status* constitucional, a partir da positivação dos mesmos no texto magno.

Confirmando esta noção, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, deu ensejo à normatização dos tópicos gerais da Revolução liberal. Seu artigo 16, neste contexto, estabeleceu que “uma sociedade em que a garantia dos direitos individuais não esteja prevista, nem a separação de poderes esteja determinada, não possui constituição”.

Destarte, é a partir da noção de individualismo incrementada naquele momento histórico que se dá a primeira gestação dos direitos fundamentais, verificados sob o prisma da proteção do cidadão contra eventual investida excessiva do Estado. O dever de abstenção do Poder Público em face dos interesses particulares, por sua vez, fez crescer em importância novos conceitos dos tão proclamados direitos de liberdade. Aqui, a primeira máxima da Revolução Gloriosa: a “liberdade”.

Assim, a primeira geração<sup>105</sup> dos direitos fundamentais, então estudados sob a denominação de direitos individuais, consubstancia-se nas garantias de proteção do indivíduo contra excessos estatais contrários ao

---

<sup>105</sup> Enaltece-se aqui a advertência de Willis Santiago Guerra Filho, para quem não se deveria falar em “gerações” de direitos fundamentais, mas em suas “dimensões”, na proporção em que o primeiro termo dá uma noção de término da geração anterior a partir do surgimento da subsequente, o que efetivamente não ocorre com os direitos fundamentais, que predominam ao longo do tempo mesmo após o surgimento dos direitos fundamentais seguintes. Apesar da coerência do posicionamento do citado processualista, opta-se pela manutenção do primeiro termo, em função da sua utilização enraizada na doutrina constitucional e do caráter eminentemente acadêmico do presente trabalho.

recentemente instaurado ordenamento jurídico. Corroborando este entendimento, leciona Guilherme Peña de Moraes<sup>106</sup>:

A primeira geração ou gestação dos direitos fundamentais, informada pelo valor liberdade, é formada pelos 'direitos de liberdade', compreendendo os individuais, os coletivos e os políticos, inerentes ao Estado Liberal. Os direitos de liberdade são caracterizados pelo estabelecimento, relativamente ao Estado, de um dever de abstenção, isto é, são direitos asseguradores de uma esfera de ação pessoal própria, inibidora da ação estatal, de modo que o Estado os satisfaz por um abster-se ou não atuar.

Caracterizam-se, assim, através dos direitos políticos e civis de proteção individual contra o Poder Público. Consistem em direitos eminentemente subjetivos, na medida em que se disciplinaram em normas jurídicas os instrumentos passíveis de utilização pelo particular quando em situação de conflito com o Estado. Garante-se assim, em tese, a liberdade dos indivíduos.

Os direitos fundamentais de primeira geração, surgidos historicamente a partir da Revolução Francesa e consubstanciados na máxima da "liberdade", predominaram durante o final do séc. XVIII, todo o séc. XIX e o séc. XX, em cujos meados passou-se a vislumbrar uma certa decadência do modelo essencialmente liberal de organização estatal. A Segunda Grande Guerra, cujo término dividiu o planeta em dois grandes blocos provenientes da dicotomia capitalismo X socialismo, mostrou aos países liberais a necessidade de, em razoável medida, admitir a intervenção do Poder Público na economia.

Surgia, justamente a partir do receio, que permeava as classes econômicas ocidentais, quanto ao avanço ou alastramento do meio de produção socialista, o posicionamento segundo o qual era indispensável frear a relação liberalista e conceber, ao cidadão, garantias de proteção não mais somente em face do Estado, mas de outros setores da própria sociedade. Cabia, então, ao Poder Público a regulação das relações particulares, de modo a evitar que a parte economicamente mais forte passasse a se sobrepujar em relação à mais fraca. Trata-se das fases embrionárias do Direito do Trabalho e do Direito

---

<sup>106</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói: Frater et Labor, 2000, p. 28.

Previdenciário, na qualidade de ramos jurídicos com cerne na proteção dos hipossuficientes economicamente.

Incrementa-se, neste cenário, a preocupação social e a implementação do chamado *welfare state*. Abre-se espaço para o desenvolvimento do Estado Social de Direito, constitucionalizado na Carta mexicana de Querétaro, em 1917, e na alemã de Weimar, em 1919. Atine à tentativa de conciliação entre os ditames do capitalismo, agora em nova roupagem proveniente do declínio do liberalismo clássico, e das políticas com vistas ao atendimento do bem-estar social. O Estado passa, assim, a ser garantidor dos direitos fundamentais, e não mais o elemento contra quem os direitos fundamentais encontravam embasamento. Trata-se do que a doutrina convencionou denominar de prestação ou ação positiva do Estado.

São os direitos fundamentais de segunda geração, de caráter eminentemente socializantes, a partir dos quais se incrementa a busca pela justiça social. Caracterizam-se, assim, através dos direitos sociais, econômicos e coletivos. O contexto deixa de se focar no cidadão individualmente considerado, nos moldes do liberalismo clássico, que passa a ser vislumbrado com ser social e componente da coletividade. O fundamento das políticas públicas deixa de ser o indivíduo e passa a ser a sociedade como um todo. Relaciona-se, assim, à máxima da “igualdade”, segundo ideal da Revolução Francesa. Passou-se então a entender a importância do princípio da igualdade, não somente em sua dimensão jurídica, mas, e principalmente, sob os prismas econômico e social.

Sem marco histórico definido, os direitos fundamentais de terceira geração se vinculam ao ideal revolucionário da “fraternidade”, a partir do momento em que contemplam seu sujeito não mais sob o prisma individualista, como os direitos fundamentais de primeira geração, ou social, como os de segunda, mas sob o ponto de vista difuso ou metaindividual. São revestidos por valores intrinsecamente vinculados à solidariedade e à fraternidade.

Têm, assim, por destinatário, segundo lição de Paulo Bonavides<sup>107</sup>, “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Na qualidade de direitos garantidores dos interesses difusos, pode-se elencar, no atual contexto de globalização, o direito ao desenvolvimento correspondente à diminuição da distância entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, o direito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente, o direito à paz entre nações e etnias etc.

Destarte, têm os direitos fundamentais de terceira geração plena afinidade com os dias hodiernos, em que a evolução do constitucionalismo alcançou um patamar tal que os países, em sua maioria, passaram a adotar – ou pelo menos almejavam adotar – a condição de Estado Democrático de Direito.

O enquadramento dos direitos difusos como direitos fundamentais de terceira geração encontra razoável unanimidade doutrinária. Ocorre que, em não raras vezes, os autores fazem menção ao meio ambiente como direito fundamental o que, a rigor, não é verídico. Ora, o meio ambiente não consiste em direito, apesar de ser neste sentido a redação do art. 225 da Constituição Federal, quando diz que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Em verdade, meio ambiente é, simplesmente, um bem – juridicamente tutelado, mas um bem. O direito, aqui, não é ao meio ambiente, mas ao equilíbrio ecológico, situação daquele em que os fatores que o formam, sejam fatores bióticos, sejam abióticos, encontram-se em harmonia, em que um não se sobrepõe ao outro. Fatores bióticos constituem os seres vivos que compõem o ecossistema, como os espécimes faunísticos, as formações vegetais e os decompositores, quais sejam as bactérias e os fungos. Por fatores abióticos entendem-se os que não são dotados de vida, mas que cumprem papel fundamental no ecossistema, como os recursos hídricos, o solo, o subsolo, o clima, o relevo etc.

---

<sup>107</sup> Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 523.



Assim, não conta com respaldo lógico se afirmar que se constituem em direito o meio ambiente, esteja ele em equilíbrio ou não, pois consiste meramente em um bem. Nestes termos, o direito fundamental de terceira geração pertinente não é o meio ambiente, mas o equilíbrio ecológico deste meio ambiente.

## **2.2. Direitos Fundamentais na Qualidade de Ações Positivas e de Ações Negativas**

A dicotomia existente entre as ações negativas e positivas em face da implementação dos direitos fundamentais já foi assunto de breve comentário quando de sua análise histórica. Isto porque a fase eminentemente liberal do constitucionalismo enquadrava os direitos fundamentais como garantidores dos direitos individuais contra arbítrios ou investidas excessivas por parte do Estado. A caracterização dos direitos fundamentais como mero direitos de defesa, ou *Abwehrrecht* para a doutrina constitucional alemã, não era, por si só, bastante para a plena eficácia ou aplicabilidade dos direitos fundamentais em vista do desenvolvimento do Estado de Direito.

Trata-se do caráter essencialmente negativista dos direitos fundamentais, na medida em que, histórica e dogmaticamente, restringiam-se ao caráter protecionista ou subjetivo dos interesses individuais, em face do Poder Público. Ocorre que, hodiernamente, mostra-se inconcebível a limitação do raio de efetividade dos direitos fundamentais ao seu caráter negativista. Ao contrário, a doutrina e a jurisprudência contemporânea, principalmente na Alemanha, já vem fomentando o caráter positivista dos direitos fundamentais, o que caracteriza não a absoluta desconsideração pelo seu aspecto negativista, mas, e principalmente, a necessidade de o Estado ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, a partir de políticas públicas ensejadoras das liberdades sociais.

Neste direcionamento, expressa-se Gilmar Ferreira Mendes<sup>108</sup>: “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritiva dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade”. E conclui<sup>109</sup>: “a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado”.

A relação entre as prestações negativas e positivas aqui tratada, em José Joaquim Gomes Canotilho<sup>110</sup> recebe novas terminologias, a saber a função de defesa (negativa) e a função de prestação social (positiva), mas nem por isso se distanciam do cerne básico do tema. Nestes termos,

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (a) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Já no que tange aos direitos a prestações, “significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”<sup>111</sup>. Assim, o particular atua como sujeito ativo da prestação de serviço público, e o Estado como sujeito passivo da obrigação. Cabe ao cidadão, então, exigir a efetividade e a aplicabilidade de determinado direito fundamental, e sua disponibilização pelo Poder Público, pois é através deste que o particular vai alcançar o direito almejado.

A respeito da matéria proposta, a utilização dos recursos hídricos, que afeta, em não raras vezes, negativamente o direito ao equilíbrio ecológico, é

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 40.

<sup>109</sup> Ob. Cit., p. 42.

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1997, p. 401.

<sup>111</sup> Ob. Cit., p. 402.

restringida pelas limitações legais e administrativas, disciplinadas precipuamente pelo teor da Lei nº 9.433/97, que estabelece a necessidade de prévia concessão pelo Poder Público, *in casu* por algum dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que tem o poder-dever de cobrar por tal utilização, como forma de desestimulá-la e de garantir, à sociedade, o cumprimento do direito fundamental ao equilíbrio ecológico.

Trata-se, neste caso, de ação estatal positiva, em que o Estado atua na preservação de um interesse coletivo, qual seja o equilíbrio ecológico hídrico, resguardando um direito que é demandado pela sociedade em detrimento de um interesse particular de utilização exclusiva de um bem de uso comum do povo: a água. Ao restringir ao direito ao uso da água, portanto, através das políticas de gerenciamento que serão abordadas adiante, a Administração atua na esfera positiva, acomodando-se ao lado da sociedade na defesa dos interesses difusos.

### **2.3. A Dificuldade na Busca pela Conceituação Doutrinária dos Direitos Fundamentais**

Temas dos mais difíceis reconhecidos pela doutrina é a questão da possibilidade de se conceituar, eficazmente, os direitos fundamentais. Quem se propõe a estudar o tema é Marcelo Campos Galuppo<sup>112</sup>, e o faz partindo de um exame comparativo entre as definições denotativa e conotativa dos direitos fundamentais, precedidas por um estudo histórico do tema: as óticas liberalista e comunitarista e a partir de quando os direitos humanos passaram a ser considerados direitos fundamentais.

---

<sup>112</sup> GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais?** in **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 213/214.

O autor destaca a diferenciação entre as definições denotativa e conotativa de direitos fundamentais, afirmando que a primeira se refere a uma noção formada a partir de um elenco exemplificativo das modalidades de direitos fundamentais (direitos à igualdade, à liberdade, à vida etc.), ao passo que a segunda pertine à noção conceitual propriamente dita dos direitos fundamentais. Para tanto, lança mão de uma análise histórica, a partir de uma confrontação entre as noções atribuídas aos direitos fundamentais pelo liberalismo e o comunitarismo, à época denominados como direitos humanos, para concluir com a origem dos direitos fundamentais a partir da configuração do chamado Estado Democrático de Direito.

Acerca do comunitarismo, a doutrina costuma atribuir a Aristóteles seu mais eminente referencial. Nestes termos, esta fase do conhecimento jusfilosófico prevaleceu durante a Idade Média, até meados do séc. XV. No que diz respeito ao liberalismo, que alcançou sua supremacia a partir de então, é em Locke que encontra seu grande exponencial. Na vigência de ambos os modelos, não se falava ainda em direitos fundamentais, mas em direitos humanos. A diferença básica consistia na abrangência que se atribuía a tais direitos: o comunitarismo considerava os direitos humanos sob uma ótica eminentemente individualista ou individual. Reinava a noção de organização social a partir do contratualismo, em que, ainda segundo Marcelo Campos Galuppo<sup>113</sup>, “por meio de um contrato, os homens criam um Estado capaz de protegê-los (...) No Contrato Social, os homens não transferem ao Estado seu direito sobre a integridade física, sobre a liberdade em sentido estrito e sobre a propriedade”.

É somente a partir da prevalência do liberalismo, os direitos humanos passaram a ter como característica intrínseca a universalidade. Daí porque o grande marco do liberalismo – a Revolução Francesa – gerou um dos mais relevantes documentos jurídicos pertinentes, qual seja a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme narrado anteriormente.

---

<sup>113</sup> GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais? in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 223.

Neste mesmo diapasão, leciona Wilson Steinmetz<sup>114</sup> que é partir fundamentalmente da evolução do liberalismo que os direitos fundamentais ganham espaço no cenário jurídico. Ocorre que, à época, os direitos fundamentais eram vistos exclusivamente como princípios limitadores da ação estatal.

É neste contexto que afirma Marcelo Campos Galuppo<sup>115</sup> que “o Liberalismo entende que os Direitos Humanos são inerentes a todos os seres humanos, por decorrência de sua própria natureza, de forma universal, sendo anteriores à própria sociedade, o que nos leva a concluir que não são criados por esta”. Neste cenário, o marco referencial entre a mudança de paradigma concentrada nos direitos humanos e o surgimento dos direitos fundamentais consiste justamente no princípio democrático. Nestes termos, e na conformidade com o descrito no início deste Capítulo, é com o surgimento do Estado Democrático de Direito o tema se reveste de nova configuração, qual seja a variação dos direitos humanos aos direitos fundamentais.

Diante disto, a constitucionalização dos direitos fundamentais implica a premissa básica para seu surgimento. Não obstante, Wilson Steinmetz<sup>116</sup> possui entendimento diverso pois, para este, não foi a constitucionalização dos direitos fundamentais que o caracterizaram como tais, já que, no liberalismo dos séculos XVIII e XIX, eram disciplinados em âmbito infraconstitucional, ou seja, em lei ordinária: “os direitos fundamentais eram limites ao poder do Estado definidos pelo próprio Estado por meio de lei e não definidos pela Constituição. Dizendo de outro modo, os direitos fundamentais não operavam direta e imediatamente desde a Constituição”.

Reconhece-se que os direitos humanos se transformaram em direitos fundamentais não somente em função do surgimento do Estado

---

<sup>114</sup> STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 65 e 66.

<sup>115</sup> GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais? in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233.

<sup>116</sup> STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 76.

Democrático de Direito, mas também em razão da constitucionalização de tais direitos, a saber a partir de quando alcançaram o patamar de normas constitucionais positivadas e, portanto, coercitivas.

Já Guilherme Peña de Moraes<sup>117</sup> dá outro entendimento à diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, absolutamente alheio ao prisma histórico. Para ele, os direitos fundamentais são legitimados e descritos pelos direitos humanos. Outrossim, os direitos humanos alcançam um patamar mais abstrato, ao passo que os direitos fundamentais já atingiram sua concretude, no momento de sua positivação: “os direitos humanos constituem um conjunto de convicções ético-políticas geralmente admitidas por todos os países, o mínimo denominador comum civilizatório do presente momento histórico”.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>118</sup> introduziu uma sistemática mais clara de desvencilhamento entre o conceito de direitos fundamentais de outros tópicos assemelhados. Nestes termos, adverte o processualista cearense que é recomendável a distinção dos direitos fundamentais com tais tópicos. O primeiro deles se refere aos direitos humanos: não obstante os direitos fundamentais terem sido gerados historicamente dos direitos humanos, enquanto estes são dotados de uma conotação suprapositiva, recheados de contexto político, os direitos fundamentais alcançaram o mérito da positivação nas Constituições ocidentais pós-Revolução Francesa.

Direitos fundamentais, então, são conceituados por Marcelo Campos Galuppo<sup>119</sup> como “os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático”. Neste aspecto há congruência de entendimentos entre esta noção e as lições de Guilherme Peña de

---

<sup>117</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói: Frater et Labor, 2000, p. 17.

<sup>118</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, pp. 37 e 38.

<sup>119</sup> GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais? in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236.

Moraes<sup>120</sup>: “com efeito, as regras jurídicas positivadoras de direitos fundamentais são aplicáveis a todas as relações, de Direito Público ou de Direito Privado, vinculando o Estado ou os particulares”.

Reitera-se que a conjuntura assumida pelos direitos fundamentais não os qualifica somente como instrumentos à disposição do cidadão como freio às investidas excessivas do Poder Público, mas vai além desta noção. Neste contexto, esclarece Daniel Sarmento que<sup>121</sup>,

na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim, o cerne do tratamento dado pela doutrina majoritária aos direitos fundamentais consiste na conjuntura do reconhecimento dos direitos fundamentais frente aos cidadãos, entre si, e não somente em face do Estado. Daí a noção eminentemente democrática dos direitos fundamentais.

#### **2.4. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Privadas**

O desenvolvimento dos direitos fundamentais os levou a serem considerados, conforme já verificado, não somente em face do Estado, mas também em relação aos demais componentes da sociedade. A doutrina mais recente, portanto, vem se posicionando pela aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (*Drittwirkung*). O tratamento, não obstante, é focado nos chamados direitos da personalidade, os quais, em segunda verificação, constituem o campo inter-indivíduos dos direitos fundamentais.

---

<sup>120</sup> Ob. Cit., p. 13.

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 106.

Assim, os direitos fundamentais aproximam sua definição da de direitos da personalidade ou, para alguns, direitos personalíssimos. Entretanto, os primeiros são de índole essencialmente pública ou constitucional e os segundos detêm uma dimensão privatista, relacionando-se mais ao Direito Civil do que, propriamente, ao Direito Constitucional ou Processual Constitucional. Nestes termos, boa parte da doutrina constitucionalista aduz que os direitos da personalidade consubstanciam-se na plausibilidade da argumentação de que os direitos fundamentais também são aplicáveis no âmbito das relações privadas, ou seja, evoluíram de tal forma que deixaram de ser meramente um rol de direitos à disposição do particular contra investidas excessivas do Estado e passaram a ser admitidas também nas relações entre indivíduos ou entre pessoas jurídicas privadas.

Esta mesma doutrina, apesar disto, reconhece que o tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações jurídicas firmadas entre particulares não conta ainda com um embasamento jusfilosófico ou científico bastante. A própria jurisprudência vem desenvolvendo, ainda de forma tímida, estudos acerca do assunto, admitindo paulatinamente a relevância dos direitos da personalidade frente aos casos com que se deparam.

Historicamente, os direitos da personalidade alcançaram um *status* de categoria autônoma e objeto de profundos estudos no Direito Civil da segunda metade do séc. XIX, em que o positivismo clássico cedeu espaço para o surgimento, com força, do jusnaturalismo. Esta evolução, não obstante, jamais foi pacífica, vez que partidários do direito posto vislumbravam na personalidade a condição de titularidade de direitos, e não objeto de direito, como queriam os civilistas.

Neste contexto, contradizendo a esta noção, aduz Daniel Sarmiento<sup>122</sup> que

---

<sup>122</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 97.



este argumento é facilmente refutável, pois é perfeitamente possível conceber a personalidade sob dupla perspectiva: como centro de imputação e pressuposto para aquisição de direitos, e como objetivo dos direitos de personalidade, merecedora, portanto, de tutela jurídica. Esta construção torna-se vital para a disciplina das relações jurídicas de caráter extrapatrimonial, que, com frequência, recaem sobre interesses que não constituem utilidades externas ao sujeito de direito.

Estas objeções, entretanto, foram cedendo a ponto de alcançarem uma certa unanimidade quanto à qualidade dos direitos da personalidade como a modalidade de direitos fundamentais que são aplicáveis no âmbito entre particulares. Assim, a pessoa (física ou jurídica) privada deve observar e respeitar os direitos fundamentais de outras pessoas privadas, quer físicas quer jurídicas. Os direitos da personalidade, neste contexto, subdividir-se-iam em dois grupos, segundo a doutrina mais abalizada, sobre os quais serão destinadas algumas considerações adiante: (a) direitos pertinentes à personalidade física, como a vida, a integridade física, a imagem e até mesmo o cadáver; (b) direitos pertinentes à personalidade moral ou religiosa, como a intimidade, a reputação, a escolha da religião etc.

Outrossim, ainda sob os ensinamentos de Daniel Sarmiento<sup>123</sup>, os direitos da personalidade

seriam defendidos não só na esfera civil, mas também na penal, através da tipificação das condutas que contra eles atentassem. E, no plano cível, a tutela dispensada não se esgota no ressarcimento posterior do dano moral e material infligido ao titular do direito lesado. Igualmente relevante é a tutela preventiva, para impedir as lesões antes da sua ocorrência, tal como expressamente consagrado no art. 12 do novo Código Civil.

E encerra o estudo informando que direitos da personalidade “representam uma das formas de proteção da pessoa humana no Direito Privado. (...) Na verdade, figurando, por imperativo constitucional, no centro do Direito Privado, a tutela da personalidade se projeta por todos os seus campos, remodelando seus institutos e conformando-os aos valores acolhidos pela Lei Maior”<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, pp. 97 e 98.

<sup>124</sup> Ob. Cit., p. 96.

Não obstante a coerência das considerações feitas pelo constitucionalista fluminense, outra parte da doutrina atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana, tanto no que diz respeito ao âmbito físico quanto moral, o elo que vincula os direitos fundamentais ao Direito Privado e, por conseqüência, aos direitos da personalidade. Assim, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º (inc. III), quando faz referência expressa ao princípio ora em comento, já estende a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

A conseqüência deste contexto é a que indica que os direitos fundamentais não se dirigem apenas ao Estado, na condição de limitação de excesso ou de condutas ilícitas, mas também aos próprios administrados, principalmente no que tange às relações jurídicas formadas entre si próprios. Diante disto, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana também alcança e faz parte do desenvolvimento do privatismo, a ponto de ser enquadrado não somente nas relações entre Estado e indivíduo, mas entre dois ou mais indivíduos ou pessoas privadas, especialmente no âmbito do Direito Civil e do Direito Empresarial.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana mantém estreita relação com a questão ecológica, na medida em que é a partir do bem-estar individual e social, presente e futuro, que as normas jus-ambientalistas encontram seu fundamento. Os recursos naturais, em nenhuma de suas modalidades (fauna, flora, fatores abióticos), nem mesmo os recursos hídricos, são considerados sujeitos de direito, dado o caráter eminentemente antropocêntrico do Direito Ambiental, como de resto em qualquer outro ramo do saber jurídico. Constituem meramente objeto de direito, pois sua proteção legal visa efetivamente à defesa dos interesses dos indivíduos, únicos sujeitos de direito. Daí sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>125</sup>, examinando o tema, aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana também consiste num “dever que incumbe e vincula a todos, Administração Pública e administrados, governantes e governados, indivíduos e sociedade”. Ademais, o citado autor passa a reconhecer que, a partir do *status* que alcançou o princípio da dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais no moderno Direito Público, sua abrangência tendeu-se a se alargar, alcançando a esfera privada das relações entre indivíduos, consubstanciada na aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se do que o autor denominou de “efeito horizontal” dos direitos e das garantias fundamentais.

Apesar da vinculação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, a doutrina especializada destaca que nem toda modalidade de direito fundamental é, também, da personalidade. Ademais, vinculam-se por terem conceitos próximos, mas em determinados aspectos se distanciam. Os direitos da personalidade, conforme já indicado, se manifestam a partir do momento em que os direitos fundamentais se aplicam às relações particulares. Assim, plausível é o entendimento segundo o qual os direitos da personalidade são espécies do gênero direitos fundamentais.

Ainda a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Público e bem assim no do Direito Privado, professora Guilherme Peña de Moraes<sup>126</sup> que,

no que alude à eficácia no âmbito das relações com o Estado ou entre particulares, exsurtem as doutrinas germânica da *Drittwirkung* e norte-americana da *state action*, referentes às eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relações entre particulares. Com efeito, as regras jurídicas positivadoras de direitos fundamentais são aplicáveis a todas as relações, de Direito Público ou de Direito Privado, vinculando o Estado ou os particulares.

---

<sup>125</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira (Autor); SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana in Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 163.

<sup>126</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói: Frater et Labor, 2000, p. 13.

Já Marcelo Campos Galuppo<sup>127</sup> entende que os direitos fundamentais podem ser conceituados como “os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático”. Assim, o cerne básico verificado no assunto em comento reside na conjuntura assumida pelos direitos fundamentais não somente como instrumentos à disposição do cidadão como freios às investidas excessivas do Poder Público.

E neste ponto há similitude entre o que diz o texto de Marcelo Campos Galuppo e as lições de Daniel Sarmiento<sup>128</sup>, segundo as quais, “na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário”.

Então, o cerne do tratamento dado pela doutrina aos direitos fundamentais, como direitos de personalidade, consiste na conjuntura do reconhecimento dos direitos fundamentais frente aos cidadãos, entre si, e não somente em face do Estado. Daí a noção eminentemente democrática dos direitos fundamentais. Assim, o consenso entre os diversos autores, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada, gerando os direitos da personalidade, revela-se indiscutível.

Porém, no que tange à amplitude desta aplicabilidade, formaram-se duas tendências bem distintas, destacadas por Luís Roberto Barroso<sup>129</sup>: (a) a da eficácia direta e mediata dos direitos fundamentais, mediante a atuação do legislador ordinário e imputação de valor aos chamados conceitos abertos ou

---

<sup>127</sup> GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais?** in **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236.

<sup>128</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 106.

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. In *Revista Opinião Jurídica*. Ano 3, nº 6. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, p. 229.

indeterminados; (b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, por intermédio um critério de sopesamento “entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado”.

## **2.6. A Abrangência da Titularidade dos Direitos Fundamentais e a Noção de Direitos Fundamentais Difusos no Âmbito do Direito Ambiental**

Não obstante a quase unanimidade com que a doutrina tem tratado o tema da titularidade dos direitos fundamentais no estrito círculo das pessoas físicas, alguns já despontam na indicação de que os titulares dos direitos fundamentais não se restringem às mesmas, pois merecem ser extensivos também às pessoas jurídicas e à coletividade. Reconhece-se, porém, que historicamente os direitos fundamentais são vistos sob o prisma da proteção dos particulares frente a investidas excessivas por parte do Estado. Detêm, sob este ponto de vista, a qualidade de interesses essencialmente individuais.

Às pessoas jurídicas, nestes termos, não se aplicam determinados direitos fundamentais que foram previstos especificamente para os indivíduos, por pressuporem uma condição essencialmente humana, como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a defesa da intimidade e da honra<sup>130</sup>, o direito autoral etc. Entretanto, várias são as modalidades de direitos fundamentais que podem sim ser atribuídos às pessoas jurídicas, como por exemplo o direito de propriedade, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa, a inviolabilidade domiciliar e de correspondências, o acesso ao Judiciário dentre outros.

Às pessoas jurídicas de direito público, outrossim, também devem ser destinados os mesmos direitos fundamentais atribuídos às demais pessoas

---

<sup>130</sup> Adverte-se, não obstante, que alguns autores se destacam ao defender que a pessoa jurídica é dotada de honra e, portanto, seus direitos morais devem ser preservados.

jurídicas, observadas as peculiaridades que lhes são inerentes. Assim é que não se lhes aplica a liberdade de associação independente de autorização, pois só podem ser formadas através de norma específica, segundo o que rege o inc. XIX do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, as pessoas jurídicas de direito público também não possuem plena liberdade para a celebração de acordos fundamentada na autonomia da vontade, pois se sujeitam à observância ao prévio procedimento licitatório, em que, segundo o inc. XXI do mesmo art. 37, se vinculam objetivamente à melhor proposta apresentada pelos concorrentes.

Destarte, em que pese o entendimento dominante em contrário, parece haver a viabilidade de serem atribuídos direitos fundamentais também às pessoas jurídicas estrangeiras, salvo em algumas situações em que o próprio ordenamento direciona os direitos para as pessoas jurídicas nacionais. É o que ocorre, por exemplo, com as empresas responsáveis pela pesquisa mineral e a lavra de recursos minerais, e bem assim com as empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, atividades empresárias a que a Constituição Federal, respectivamente nos arts. 176 (§1º) e 222, direciona às pessoas jurídicas brasileiras somente.

Os direitos fundamentais também alcançam a dimensão coletiva de aplicabilidade. Assim, determinado conjunto de pessoas pode ser considerado titular, coletivamente, de direitos fundamentais, a exemplo do direito de ir, vir e ficar. Francisco Gérson Marques de Lima<sup>131</sup>, confirmando a tese, exemplifica:

Afigura-se-nos processualmente possível a impetração de *habeas corpus* por associação de magistrados em favor dos juízes associados que, por determinação do Tribunal respectivo, estejam impossibilitados de se ausentar da comarca, quando a Constituição não impede a liberdade de locomoção do magistrado, exigindo apenas que ele *resida* na comarca e cumpra seus deveres de órgão judiciário.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (Sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 173.

<sup>132</sup> Exemplo mais concreto foi o que ocorreu por ocasião da inauguração do Aeroporto Pinto Martins em Fortaleza, em Fevereiro de 1998, data em que alguns trabalhadores do Movimento dos Sem-Terra (MST) foram sitiados pela Polícia Militar em seu acampamento no bairro São Gerardo, sem que pudessem sair ou entrar. Seria cabível ao caso o *hábeas corpus* coletivo, para proteção ao direito de locomoção, mesmo sob o prisma coletivo.

O equilíbrio ecológico, configurado como direito fundamental de terceira geração na conformidade do informado há pouco, pertinente que é à noção de direito difuso, pode ser caracterizado, por fim, como direito fundamental difuso. Um ecossistema é bem de interesse de toda uma comunidade e do Poder Público, não sendo possível individualizar seus beneficiários.

Especificamente, a outorga onerosa de direito de uso de recursos hídricos, tendente a impor ao administrado a noção de bem econômico e, bem assim, funcionando como elemento desestimulador da utilização, é um dos instrumentos administrativos de efetivação do direito fundamental difuso referente ao equilíbrio ecológico.

### 3. DOS RECURSOS HÍDRICOS

A hidrosfera da Terra compreende basicamente os oceanos e as águas interiores, sendo os primeiros os que cobrem cerca de três quartos de sua superfície total e mais facilmente perceptíveis se destacados do solo continental. As águas oceânicas, em face da impossibilidade de consumo humano direto, têm sua utilização minorada e, por isso mesmo, diminuída sua relevância para a discussão proposta no presente trabalho.

Por águas interiores entendem-se as águas superficiais e subterrâneas, esta sendo constituída pelos chamados *lençóis freáticos*. Já as águas superficiais, que consistem no principal objeto da presente dissertação, são compostas por inúmeras formações lacustres, como por exemplo rios, lagos, lagoas, riachos, córregos e açudes.

Por serem recursos ambientais hoje caracterizados como não renováveis, as águas superficiais necessitam que, para sua preservação, o Poder Público exerça seu poder de polícia sobre aqueles que porventura degradam, inadvertida ou propositadamente, seu equilíbrio ambiental, fiscalizando e estabelecendo critérios segundo os quais possam ser tais recursos utilizados.

A questão da esgotabilidade dos recursos hídricos tem merecido notoriedade ao longo das últimas décadas, desde quando vozes científicas passaram a alcançar destacada atenção das autoridades públicas e da sociedade. O crescente convencimento acerca da esgotabilidade hídrica tem gerado, ao redor do globo, incremento na gradação dos obstáculos de acesso à água, o que, por



sua vez, tem-lhe atribuído aumento na sua relevância, conscientização de uso e valorização econômica.

Hoje, raros são os entendimentos que afirmam a condição de inesgotável das águas, tanto sob o prisma quantitativo quanto qualitativo. Paulo José Leite Farias<sup>133</sup>, por exemplo, atesta que “a quantidade total de água existente no planeta, com certeza, não mudou desde as eras geológicas primeiras aos dias atuais: o que tínhamos, continuamos a ter. A diferença, portanto, que pode existir da água de ontem para a de hoje estará na qualidade e não na quantidade”.

A problemática da escassez das águas – diagnosticada de forma tardia em época relativamente recente, em fins do século passado – nasceu a partir de quando o homem passou, primitivamente, a usufruir dos recursos ambientais de maneira mais direta. A evolução social desenvolveu-se, ao longo dos séculos, proporcionalmente ao incremento das manufaturas e manipulações dos atributos naturais, dentre os quais a água que era tida, historicamente, como bem ilimitado ou naturalmente renovável.

O que antes se atribuía a eventos naturais e climáticos, a explicação pela crescente escassez da água se volta para um prisma antrópico, justificando-se, segundo Patryck de Araújo Ayala<sup>134</sup>, pelo aspecto negativo “da forma e da qualidade do uso e da destinação que lhe é atribuída por decisões políticas, científicas, tecnologias e econômicas”.

A crescente densidade demográfica registrada nos últimos anos tem destacada parcela de responsabilidade frente ao tema. A gravidade é tamanha que especialistas comentam acerca da necessidade de reorganização familiar com limitação, por casal, a dois filhos. A questão hoje – lembra Lester R.

---

<sup>133</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 340.

<sup>134</sup> AYALA, Patryck de Araújo (Autor); CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. **Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 290.

Brown<sup>135</sup> – “não é se os casais podem, individualmente, sustentar mais de dois filhos, e sim se a Terra terá condições de sustentar mas de dois filhos por casal”.

A demanda pela água também é verificada nas atividades industriais e agrícolas, mesmo em função das águas subterrâneas que, há pouco, restringiam-se ao abastecimento residencial. Destarte, são tais atividades econômicas responsáveis não somente pelo uso direto e demasiado do recurso, mas – e principalmente – por se caracterizarem como iniciativas excessivamente poluentes<sup>136</sup>.

A fauna ictiológica é também diretamente afetada pela má utilização das águas. São freqüentes as ocorrências de lançamento de efluentes em corpos d'água superficiais e em lençóis freáticos que geram a mortandade de peixes e outras espécies que têm no ecossistema aquático seu *habitat* natural.

São ainda típicos os atos de lançamento aos rios, lagos e mares, de despejos orgânicos, de cidades, indústrias e esgotos em geral, como detergentes sintéticos, pesticidas, herbicidas, nutrientes agrícolas, produtos químicos complexos e substâncias tóxicas.

Além disso, como principais fontes de poluição dos recursos hídricos<sup>137</sup>, podem ser citadas as seguintes: (a) esgotos domésticos, principalmente em cidades pouco desenvolvidas, ou bairros pobres das grandes

---

<sup>135</sup> BROWN, Lester R. **Eco-Economia: Construindo uma Economia para a Terra**. Salvador: Universidade Livre da Mata Atlântica, 2003. p. 248.

<sup>136</sup> No Brasil, a definição legal de poluição hídrica é elaborada pelo Decreto nº 50.877, de 29 de junho de 1961, que dispõe sobre o lançamento de resíduos tóxicos ou oleosos nas águas interiores ou litorâneas. Segundo seu art. 3º, considera-se poluição hídrica “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, que possa importar prejuízo à saúde, à segurança e ao bem estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais, comerciais, recreativos e, principalmente, à existência normal da fauna aquática”.

<sup>137</sup> A chamada Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) tipificou como crime o ato de causar poluição hídrica: “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...) § 2º - Se o crime: (...) III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; (...) V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de um a cinco anos”.

idades, que, sem saneamento básico satisfatório, contribuem para a poluição das águas ao transportarem diretamente para os rios, lagos e praias vizinhas seu componente fecal e urinário; (b) águas de retorno dos sistemas de irrigação ou do escoamento superficial dos solos agricultados, cujos principais poluentes são os fertilizantes, especialmente nitrogênio e fósforo, e pesticidas, principalmente o DDT; e (c) esgotos industriais, que são lançados às águas receptoras diretamente ou por meio de esgotos urbanos.

Ocorre que somente há algumas décadas passou-se a visualizar a problemática da utilização irracional e indiscriminada do meio hídrico, e que, a permanecerem as práticas atuais, o quadro que se avizinha é dos mais inquietantes. Assim, a utilização sustentável e racional das águas, a partir da conscientização popular e da interferência do Poder Público, constitui a saída que os estudiosos estão a reivindicar.

A necessidade de controle, segundo as lições de Américo Luís Martins da Silva<sup>138</sup>, “advém da constatação, a duras penas, da finitude dos recursos naturais, demonstrada pela ciência. Em outras palavras, o ciclo da água, quando ela se desloca da terra para a atmosfera, em forma de vapor e retorna sob a forma de chuva, não é mais suficiente para purificá-la. As chuvas ácidas tornaram-se uma constante em vários países”.

Sem embargo, o que há pouco se restringia à qualidade da água, hoje já alcança a questão da quantidade de água disponível para consumo e utilização humana. A propósito, destaca Elida Séguin<sup>139</sup> que a relação entre quantidade e qualidade da água deve ser irrestritamente observada: “a manutenção do equilíbrio das disponibilidades hídricas e o controle da qualidade dos corpos d’água são aspectos que devem ser sopesados no desenvolvimento sustentável, posto que existe um desequilíbrio na proporção entre a água doce e a água total no planeta”.

---

<sup>138</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 386.

<sup>139</sup> SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 183.

Edna Cardozo Dias<sup>140</sup> expõe dados estatísticos que se mostram relevantes para a demonstração do cenário negativo dos recursos hídricos:

Estima-se que as retiradas totais de água tenham aumentado mais de 35 vezes durante os últimos três séculos. Os níveis atuais de uso de água doce não poderão ser mantidos se a população humana atingir 10 bilhões em 2050. Muitos países já enfrentam séria falta d'água. Na maioria dos países, a agricultura irrigada é o principal consumidor responsável por aproximadamente 70% da retirada de água no mundo. (...) O Brasil tem o privilégio de dispor de 20% de todos os recursos hídricos de água doce existente no mundo. Mas, a cada dia, 10 bilhões de litros de esgoto poluem nossos rios, lagos, lençóis freáticos e mananciais. Setenta e cinco por cento da população brasileira encontra-se nas cidades. Acontece que a distribuição dos cursos d'água na natureza não tem nenhum compromisso com essa concentração de pessoas na zona urbana.

Assim, este cenário preocupante que vem surgindo ao longo dos últimos anos sepultou, de vez, a premissa segundo a qual a água seria renovável, como se pensou preteritamente. Aliás, dada a aparente abundância, à água não se atribuía qualquer relevância de índole econômica, sendo por isto considerada *res extra commercium*. Hoje, em função da verificação de sua crescente escassez, a água alcançou *status* de bem economicamente relevante, adquirindo valor que pode ser expresso em parâmetros financeiros.

Na qualidade de bem economicamente relevante, a água passa a constituir objeto de políticas públicas tendentes (a) a estabelecer a relação custo-benefício e (b) a equilibrar a procura e a oferta. Nestes termos, os parâmetros financeiros inerentes à utilização direta dos recursos hídricos, em face de seu caráter econômico, foram, no Brasil, confirmados pelo teor da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97), que reconheceu a necessidade de disciplinar o uso das águas, através de gerenciamento público e da cobrança por este uso.

Assim, sem o recentemente disciplinado caráter econômico da água, o que se pagava era o valor correspondente só à prestação dos serviços de captação e tratamento, na medida em que à água se atribuía a condição de *res nullius* que, portanto, não se lhe incidia domínio ou valor de índole econômico.

---

<sup>140</sup> DIAS, Edna Cardozo. **Manual de Direito Ambiental**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 223/224.

A propósito, Paulo José Leite Farias<sup>141</sup>, em previsão hoje confirmada, dissertou que “haverá a majoração dos valores das atuais contas de água com parcelas de natureza jurídica remuneratória distintas. Assim, a água, em si, terá um valor a ser agregado aos demais serviços acessórios de captação e tratamento. A água tornar-se-á, pois, o bem principal e os serviços serão acessórios”.

A escassez dos recursos hídricos, somada à sua recentemente criada condição econômica, impõe ao Poder Público a iniciativa de programas governamentais, especialmente em áreas de situação crítica, tendentes a garantir o acesso da população à água. Diante da insuficiência hídrica, nas palavras de Fabiana Santos Dantas<sup>142</sup>, é preciso assegurar a todos a acessibilidade a tais recursos, “pelo que ressalta a importância do princípio da igualdade, consagrado pela Constituição e também, de forma implícita, pela Lei 9.433/97”.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se o quadro de repartição de responsabilidade entre o próprio Poder Público, a comunidade e, principalmente, os usuários diretos dos recursos hídricos. Trata-se da concretização do denominado princípio da participação, segundo o qual, conforme referência expressa no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, a preservação ambiental é incumbência do Poder Público, através das políticas públicas e programas governamentais, e da sociedade, por meio de conscientização e educação ambiental, nos termos do art. 1º, inc. VI, da Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos.

*In casu*, a responsabilidade estatal constituir-se-ia no gerenciamento putativo e na criação e observância de normas jurídicas pertinentes a recursos hídricos. Tal atribuição ganha relevância na medida em que

---

<sup>141</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 401.

<sup>142</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 284.

ao Poder Público foi constitucionalmente atribuída a dominialidade em relação às águas.

Aos usuários diretos dos recursos hídricos cabe o pleno e irrestrito respeito aos limites legais e contidos nas licenças e outorgas alcançadas, bem como a incidência do ônus financeiro pelas cobranças públicas e, eventualmente, pelos danos gerados por suas atividades.

Por fim, à própria coletividade também se imputa a obrigação de colaborar com os demais setores na preservação dos recursos hídricos, viabilizando sua utilização também pelas gerações futuras e, ainda, nos termos dos ensinamentos de Maria Luiz Machado Granziera<sup>143</sup>, “com equilíbrio das utilizações, em níveis compatíveis com as necessidades do ser humano, o que se traduz em interesse difuso”.

### **3.1. Contribuição Para uma Possível Distinção Conceitual entre Águas e Recursos Hídricos**

Apesar da reconhecida dificuldade, a doutrina tem se aventurado em identificar os pontos de diferenciação entre águas e recursos hídricos. Tal distinção mantém-se em nível restritamente doutrinário, vez que a legislação brasileira, especialmente a Lei nº 9.433/97, não faz qualquer menção à questão.

Referido diploma legal utiliza ambas as expressões, como se sinônimas fossem. No art. 1º, por exemplo, estabelece que a água é bem natural limitado e de domínio público (incs. I e II) e que o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais (inc. III). Note-se que a substituição, nos citados dispositivos, de um termo pelo outro não altera os seus respectivos sentidos exegéticos.

---

<sup>143</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 178.

A Constituição Federal, por sua vez, isenta-se de estabelecer qualquer traço distintivo entre as duas expressões e, assim como fez a Lei nº 9.433/97, varia no uso das mesmas de forma não exclusiva, possibilitando a permuta sem modificação nos sentidos de cada preceito constitucional que faz referência a qualquer dos termos<sup>144</sup>.

A propósito, Américo Luís Martins da Silva<sup>145</sup> discute o tema de maneira não conclusiva, dissertando que “a designação das águas, como ‘recursos hídricos’, está ligada ao seu uso pela sociedade humana. Recursos hídricos têm a mesma conotação de ‘recurso natural’. Por sinal, a água é um dos recursos naturais de maior interesse para a sociedade humana”.

Física e geograficamente, reconhece-se que não há como estabelecer critérios de diferenciação entre as duas expressões. Não obstante, parece haver, sim, pelo menos sob o prisma jurídico, uma distinção conceitual: a água consiste em atributo natural e em bem de uso comum do povo, e como tal não se sujeita a qualquer relação comercial ou mercadológica; mas a água pode se constituir nos próprios recursos hídricos que, por sua vez, se revestem de caráter econômico e sobre eles incidem valores financeiros capazes de racionalizar o uso. Assim, a água tem a qualidade de gênero, do qual são espécies (a) a água como bem de uso comum do povo e (b) os recursos hídricos.

Tal entendimento é assemelhado ao de Christian Guy Caubet<sup>146</sup>, segundo quem

---

<sup>144</sup> É o que ocorre, por exemplo, com o art. 231, § 3º, que rege: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. O mesmo se pode dizer do art. 26: “Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. A exceção que se mostra diz respeito ao conteúdo do art. 200, que reza: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano”.

<sup>145</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 385.

<sup>146</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 166.

Essas condições criam um contexto propício a enunciados segundo os quais, dependendo de seu uso e de sua finalidade, a água poderia ser um bem de uso comum do povo ou um recurso hídrico. Como bem de uso comum de todos, estaria fora do mercado e do comércio; mesmo que fossem inventados mecanismos financeiros para proteger o bem comum. Enquanto que os recursos hídricos seriam considerados insumos sobre os quais incidiriam preços e seriam comercializáveis em mercados específicos.

Já para Maria Luiza Machado Granziera e Paulo José Leite Farias, a água passa a ser recurso hídrico justamente no momento em que se reveste no caráter econômico. O último autor cita, a título ilustrativo, que a água do mar, pelo menos hoje, é água mas não recurso hídrico, na medida em que, dada sua alta salinidade, sua exploração econômica é inviável<sup>147</sup>.

A água, para Maria Luiza Machado Granziera<sup>148</sup>, constitui um elemento natural e, como tal, “não é um recurso, nem possui qualquer valor econômico. É somente a partir do momento em que se torna necessário a uma destinação específica, de interesse para as atividades exercidas pelo homem, que esse elemento pode ser considerado como recurso”.

No mesmo sentido é o posicionamento de Paulo José Leite Farias<sup>149</sup>, para quem a expressão água refere-se

ao elemento natural, desvinculado de qualquer uso ou utilização. Por sua vez, o termo recurso hídrico refere-se à água como bem econômico, passível de utilização. Deste modo, deve-se destacar que nem toda a água da terra é necessariamente um recurso hídrico, na medida em que seu uso ou utilização nem sempre tem viabilidade econômica.

A tendência da doutrina estrangeira também tende a compreender a matéria no mesmo sentido. Gonzague Pillet<sup>150</sup>, a tal respeito, entende que o uso do termo “recursos hídricos”

---

<sup>147</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 341.

<sup>148</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 28.

<sup>149</sup> Ob. Cit., p. 341.

<sup>150</sup> PILLET, Gonzague. **Introduction à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais.** Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993, p. 110.



é sempre designado por um sentido econômico. No século XVI, os recursos designavam os meios pecuniários, os meios de existência; eram sinônimos de dinheiro, de fundos, de fortuna e, de uma maneira geral, de riqueza, quer se tratasse de bens materiais ou não. (...) Pela sua etimologia, as riquezas transmitiam à noção de recurso a idéia de poder que lhe conhecemos hoje. É só no século XX que o termo designará também as produções do solo e do subsolo, falar-se-á, por exemplo, a partir daí, de recursos agrícolas, mineiros ou petrolíferos.

E conclui afirmando que “todos os recursos seriam econômicos ou políticos e resultariam de uma apropriação individual (escassez) ou coletiva (decisão política), ou não seriam”<sup>151</sup>.

Não obstante toda a robustez e clareza com que se revestem os entendimentos aqui esposados, Paulo Affonso Leme Machado<sup>152</sup> discorda do caráter econômico como caracterizador dos recursos hídricos: “Não nos parece que esta locução deva traduzir necessariamente aproveitamento econômico do bem. Ainda que não sejam conceitos absolutamente idênticos ‘águas’ e ‘recursos hídricos’, empregaremos (em sua obra) estes termos sem específica distinção, pois a lei não as empregou com uma divisão rigorosa”.

Ocorre que o autor, não obstante sua condição como um dos mais relevantes estudiosos do Direito Ambiental pátrio, tem voz isolada na discussão, na proporção em que predomina na doutrina o entendimento de que é justamente no caráter econômico que se encontra o traço distintivo entre as duas expressões, apesar de, física e geograficamente, não ser possível distingui-las.

Cabe ainda a inclusão do termo “corpo hídrico” na discussão. Este se refere ao curso d’água, em qualquer de suas modalidades (rio, córrego ou riacho), ao reservatório artificial ou natural (açudes), bem como ao lago, lagoa e aquífero subterrâneo (lençol freático). Os primeiros, conforme já destacado, constituem águas superficiais, ao passo que esta última é encontrada no subsolo. Tal noção é extraída do inc. VI do art. 2º da Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente nº 4, de 6 de Junho de 2000.

---

<sup>151</sup> Ob. Cit., p. 111.

<sup>152</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 441.

O que caracteriza o rio, córrego ou riacho é sua condição de água corrente, tendo, em regra, um início (nascente) e um término (foz). Consistem em cursos d'água, ou seja, canais naturais que atuam como drenagem de uma bacia hidrográfica, recebendo ainda as denominações de boqueirão, ribeirão ou vereda.

Açudes, lagos e lagoas constituem outra categoria de corpos hídricos, a saber as águas dormentes. Os açudes são formações, naturais ou artificiais, utilizadas para armazenar massas de água, cujo leito e superfície (chamados espelho d'água) são suscetíveis de utilização em atividades variadas, tais como piscicultura, balneabilidade e irrigação.

Lago e lagoa, por sua vez, constituem corpos d'água parados e que se diferenciam em função da dimensão, isto é, a lagoa é, em geral, de menor extensão do que o lago. A respeito, professa Paulo de Bessa Antunes<sup>153</sup> que, “em sua acepção comum, o vocábulo “lago”, originado do latim *lacu* é sinônimo de extensão de água cercada de terras. Já “lagoa” é vocábulo que também tem a sua origem no latim, provindo de *lacona*, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico, é um lago pouco extenso. No Brasil é corrente chamar lagoa a qualquer lago”.

Já as águas subterrâneas consistem nas águas formadas a partir da infiltração hídrica no solo, aprofundando-se em razão da gravidade, alcançando os níveis mais densos do subsolo e formando os chamados lençóis freáticos que são, observados os limites legais, passíveis de extração e utilização.

### **3.2. Fundamentos e Diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos**

Conhecidamente, as águas têm servido aos interesses humanos desde os tempos primórdios, sendo que se diagnosticaram constantes incrementos em sua utilização tanto em nível qualitativo e bem assim quantitativo.

---

<sup>153</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 377.

Hoje, as atividades que preponderam podem ser assim elencadas: consumo humano e animal, irrigação, piscicultura, balneabilidade, fornecimento de energia elétrica e até mesmo transporte, quando navegável o corpo d'água.

Ocorre que tais atividades, quando não sujeitas a controle e fiscalização, acabam por ser consideradas as principais causas de má utilização dos recursos hídricos, degradação de mananciais e poluição das águas. O diagnóstico da gravidade do quadro hídrico foi verificado em nível mundial.

Tanto que, em 1992, foi realizado em Dublin, Irlanda, a “Conferência Internacional sobre Águas e Desenvolvimento”. A propósito, Américo Luís Martins da Silva<sup>154</sup> informa que, no citado evento, “chegou-se a estabelecer alguns princípios fundamentais para a utilização sustentável dos recursos hídricos e para a sua conservação a fim de que as futuras gerações possam também utilizá-los”.

Nestes termos, os princípios que foram gerados pelas discussões na Conferência foram assim resumidos: (a) a água é um recurso finito, vulnerável e essencial para a manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; (b) o desenvolvimento e a administração da água devem estar baseados em uma abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e elaboradores de políticas públicas, em todos os níveis; (c) a mulher desempenha um papel central na administração, na proteção e na provisão da água; e (d) a água tem valor econômico em todos os seus usos e deve ser reconhecida como um bem econômico.

A gestão participativa, prevista no princípio pertinente ao item *b* e envolvendo a distribuição de atribuições ao Poder Público, aos usuários e à coletividade, e o valor econômico atribuído à água, conforme o teor do item *d*, foram transpostos para o ordenamento jurídico-ambiental brasileiro por intermédio da Lei nº 9.433/97, que os declara como fundamentos da Política Nacional de

---

<sup>154</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 388.

Recursos Hídricos e, pela relevância, serão objetos de capítulos específicos adiante.

Por oportuno, cumpre informar que os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos estão elencados logo no art. 1º da Lei nº 9.433/97, que assim dispõe:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Os fundamentos têm caráter principiológico, na medida em que impõe entendimentos genéricos básicos para direcionar e motivar a tomada de decisões no âmbito do gerenciamento das águas. São, portanto, dotados de alto teor de abstração e valoração, sendo aplicáveis concomitantemente a inumeráveis casos, já que não há de se falar, aqui, de concretude ou particularidade.

Já as diretrizes, sim, são revestidas pelos caracteres da concretude e da particularidade, dotados que são de alto teor de tecnicismo e aplicáveis a casos específicos. Constituem, segundo as lições de Fabiana Santos Dantas<sup>155</sup>, “um conjunto de instruções, ou indicações para atingir um objetivo ou plano. As diretrizes, portanto, são regras procedimentais, técnicas, um instrumento para atingir os objetivos do planejamento”. Têm previsão da Lei nº 9.433/97 no seguinte dispositivo:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;

---

<sup>155</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 273.

- II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;
- III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;
- IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;
- V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;
- VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

Neste contexto, em suma, declara a Lei a necessidade de gestão integrada dos recursos hídricos com os demais recursos naturais, integrantes que são da noção de equilíbrio ecológico trazido constitucionalmente pelo *caput* do art. 225. O ecossistema, em qualquer de suas modalidades (florestal, marinho, costeiro, manguezal etc.), está em equilíbrio quando os fatores bióticos e abióticos que o formam estão em harmonia, sem que um sobrepuje os demais.

São fatores bióticos os seres vivos que compõem o ecossistema, a saber os recursos faunísticos, as espécies vegetais e os dito decompositores, principalmente bactérias e fungos. Já os fatores abióticos são aqueles que, não dotados de vida mas nem por isso menos importantes, cumprem papel fundamental dentro do ecossistema pertinente. Trata-se da hidrologia, do clima, do ar, do solo, do subsolo, do relevo etc.

Ainda segundo as diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos constantes do art. 3º da Lei 9.433/97, lembra Fabiana Santos Dantas<sup>156</sup> que “a proteção dos recursos hídricos depende diretamente de um aproveitamento racional do solo, adotando instrumentos como o zoneamento ambiental e criação de unidades de conservação. Além disso, a gestão das bacias hidrográficas deve ser integrada com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras”.

Diante do exposto, revela-se mister um planejamento sistemático, de modo a preservar e equilibrar os aspectos quantitativo e qualitativo dos recursos hídricos. Ademais, a gestão não pode olvidar de aspectos aparentemente estranhos ao caráter natural, mas que se revelam de suma importância no

---

<sup>156</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 298.

processo de gerenciamento das águas, tais como questões socioeconômicas, demográficas, culturais, religiosas etc., que variam de acordo com a região ou a bacia hidrografia pertinente.

Aliás, é em razão da diversidade ambiental e social que caracteriza as diversas bacias hidrográficas brasileiras, que são as mesmas adotadas como unidade de planejamento, nos exatos termos do art. 1º, inc. V, acima transcrito. Por critérios técnicos, a bacia hidrográfica atua, com base em suas peculiaridades ambientais e sociais, como foco de discussão e tomadas de decisões no âmbito da gestão e do gerenciamento da água.

A este respeito, lembra Américo Luís Martins da Silva<sup>157</sup> que “os limites da bacia são constituídos pelo perímetro da área a ser planejada, a fim de facilitar o confronto entre as disponibilidades e as demandas de água, essenciais para o que se denomina ‘balanço hídrico’”.

A bacia hidrográfica, como unidade territorial utilizada como parâmetro espacial para o gerenciamento das águas, tem como principal órgão gestor o chamado Comitê de Bacia Hidrográfica. Assim, são dois os tipos de Comitês de Bacia, segundo o domínio dos corpos d’água estabelecidos constitucionalmente (art. 20, inc. III, e art. 26, inc. I): os Comitês de Bacia em rios de domínio da União e os Comitês de Bacia com área restrita a bacias de rios sob domínio estadual. É do que tratam os seguintes dispositivos constantes da Lei nº 9.433/97:

Art. 37. ...

Parágrafo único. A instituição de Comitês de Bacia Hidrográfica em rios de domínio da União será efetivada por ato do Presidente da República.

Art. 39. ...

(...)

§ 4º A participação da União nos Comitês de Bacia Hidrográfica com área de atuação restrita a bacias de rios sob domínio estadual, dar-se-á na forma estabelecida nos respectivos regimentos.

---

<sup>157</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 444.

Diante do teor de tais dispositivos legais, está caracterizada a gestão participativa dos recursos hídricos, confirmando a atribuição, frente ao tema, da sociedade organizada com a representação nos referidos Comitês de Bacia. Sobre matéria, serão destinadas algumas linhas mais minuciosas a seguir.

### **3.3. A Gestão das Águas, Descentralizada e Participativa, pelo Sistema Institucional de Gerenciamento de Recursos Hídricos**

Por força da variação de uso da águas e, principalmente, sua má utilização, o Poder Público deve manter serviços contínuos (a) de prevenção contra o uso indiscriminado e a poluição hídrica e (b) de recuperação de mananciais degradados, impondo tal responsabilidade, quando possível, ao próprio degradador. O Poder Público, ao assumir tal desiderato, cumpre-o através do chamado “gerenciamento ambiental”.

O gerenciamento ambiental é, portanto, o conjunto de condutas da Administração – e, eventualmente, da própria comunidade – tendentes a planejar, controlar e ocasionalmente aplicar sanções, tudo nos termos da legislação ambiental específica, com o fim último de melhorar ou manter os níveis quantitativos e qualitativos dos recursos hídricos brasileiros, sob os fundamentos de sua escassez e a da necessidade de sua conservação para o usufruto pelas gerações futuras.

Para Fabiana Santos Dantas<sup>158</sup>, gerenciamento “é o processo através do qual há o reconhecimento de problemas, a interpretação de objetivos e sua transformação em ação, através do planejamento, organização, direção e controle de atividades que visam à alocação eficiente dos recursos disponíveis”.

---

<sup>158</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 270.

Elida Séguin<sup>159</sup> não tem entendimento diferente. Para a autora, o gerenciamento

Trata-se também do conjunto de princípios, normas, funções e ações governamentais que geram medidas de planejamento, tomadas globalmente com a sociedade, relacionadas com a viabilização e o controle dos usos dos recursos hídricos, de forma a garantir uma utilização múltipla, otimizada e benéfica dos corpos d'água, bem como a sua proteção em termos qualitativos e quantitativos.

Tal conjunto de medidas governamentais deve contar com previsão legal, bem como atentar para a competência, qual seja o requisito do ato administrativo pertinente ao elenco de atribuições específicas de determinado órgão, entidade ou agente administrativo. Daí a necessidade de criação de instituições administrativas com funções relativas ao gerenciamento, controle e planejamento das atividades que envolvem recursos hídricos.

Neste contexto, a Constituição Federal conferiu à União, de forma exclusiva, o papel de instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, inc. XIX), formados por entes administrativos federais, estaduais e, eventualmente, municipais. E assim o fez a Lei nº 9.433/97, que, regulamentando o citado dispositivo magno, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

De fato, a Lei nº 9.433/97, neste aspecto alterada pela Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000, elencou as entidades e os órgãos componentes do Sistema:

Art. 33. Integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos:  
I – o Conselho Nacional de Recursos Hídricos;  
I-A. – a Agência Nacional de Águas;  
II – os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal;  
III – os Comitês de Bacia Hidrográfica;  
IV – os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos;  
V – as Agências de Água.

<sup>159</sup> SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 196.



A criação do referido Sistema fundamenta-se no interesse do Poder Público em tratar da questão da água de forma descentralizada e, ao mesmo tempo, distribuindo atribuições entre os órgãos e entidades ambientais em todos os níveis federativos, bem como entre os próprios usuários e a comunidade interessada, por intermédio de organizações civis de recursos hídricos, disciplinadas pelo art. 47 da Lei nº 9.433/97<sup>160</sup>.

Assim, os órgãos e entidades administrativas atuarão de forma conjunta com os usuários e a comunidade, a partir da previsão legal de distribuição de competências, respeitando critérios que atendam à articulação e à coordenação entre os componentes do Sistema.

Lembra, neste contexto, Maria Luiza Werneck dos Santos<sup>161</sup> que, a fim de que a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos tenha êxito, “é fundamental que a gestão dos recursos hídricos seja, não só descentralizada, como também integrada e articulada. A integração e articulação constituem diretrizes gerais para a implementação da PNRH”.

Tal entendimento está embasado pelo teor dos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.433/97, que – reitera-se – assim dispõem:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;

II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;

(...)

IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;

(...)

---

<sup>160</sup> Art. 47. São consideradas, para os efeitos desta Lei, organizações civis de recursos hídricos: I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; II - associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos; III - organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos; IV - organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

<sup>161</sup> SANTOS, Maria Luiza Werneck dos (autora); MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda & DELMANTO, Fábio Machado de Almeida (Coordenadores). **Aspectos Relevantes da Política Nacional de Recursos Hídricos in As Leis Federais Mais Importantes de Proteção ao Meio Ambiente Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 237/238.

VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

Art. 4º A União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum.

Em suma, o gerenciamento dos recursos hídricos deve ser efetivado por meio de gestão descentralizada e participativa. Por gestão descentralizada entende-se a repartição de competências pela lei, hierarquizando os interesses em locais, regionais e nacionais. Assim, o que pode ser decidido em nível municipal, em razão de o interesse ser de caráter predominantemente local, não pode, a rigor, sofrer interferência estadual ou federal; tampouco o que deve ser decidido pelos órgãos estaduais, dado que o interesse é predominantemente regional, pode-lhe incidir ingerências federais e, muito menos, municipais.

Nas palavras de Américo Luís Martins da Silva<sup>162</sup>, a gestão descentralizada dos recursos hídricos significa que “tudo quanto pode ser decidido em níveis hierárquicos mais baixos de governo não será resolvido pelos níveis mais altos dessa hierarquia; em outras palavras, o que pode ser decidido no âmbito de governos regionais, e mesmo locais, não será tratado em Brasília ou nas capitais dos Estados”.

Trata-se ainda do teor do art. 4º da Lei nº 9.433/97, que prevê a articulação da União com os Estados no caso de recursos hídricos cuja gestão seja de interesse de ambos os entes federativos. Tal dispositivo, sob a ótica de Fabiana Santos Dantas<sup>163</sup>, “impõe como diretriz a articulação da União com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum, através das deliberações nos Comitês de Bacia ou mesmo através de convênios”.

No que tange à gestão participativa, pertinente às atribuições dos usuários e da coletividade, trata da democratização do processo de gerenciamento e gestão dos recursos hídricos, já que são eles, na qualidade de

<sup>162</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 444.

<sup>163</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 298.

usufrutuários diretos, os principais interessados na preservação qualitativa e quantitativa das águas.

Mais uma vez lançando mão dos ensinamentos de Américo Luís Martins da Silva<sup>164</sup>, para ele a gestão participativa se trata “de um processo que permite que os usuários, a sociedade civil organizada, as organizações não-governamentais – ONG’s e outros organismos possam influenciar no processo da tomada de decisão”.

### **3.4. A Condição da Água como Bem Econômico, a Outorga de Direito de Uso dos Recursos Hídricos e seu Caráter Preventivo**

A água é um dos mais essenciais atributos ambientais para sobrevivência humana e animal. Por outro lado, diagnosticou-se, diferentemente do que se previa preteritamente, que se trata de um recurso natural escasso e não renovável, necessitando, portanto, de controle efetivo pela Administração quanto ao seu uso. E a atribuição de caráter econômico é um dos instrumentos à disposição do Poder Público para limitar sua utilização indiscriminada.

O caráter econômico do bem hídrico assume o contexto negativo relativo à sua escassez, garantido-lhe – ou pelo menos tentando garantir – o uso sustentável e racional a partir da conscientização ambiental que se almeja criar com a medida.

Em tese, o valor atribuído ao metro cúbico de água é inversamente proporcional ao seu desperdício. Ademais, o *quantum* previsto para o uso da água também tem o condão de funcionar como desestímulo a sua utilização indiscriminada. Já restou comprovada que a imputação do caráter econômico a bens ambientais gera repercussão positiva na medida em que faz nascer, no

---

<sup>164</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 444.

consciente popular, a necessidade de sua economia e de sua utilização racional<sup>165</sup>.

A ciência econômica, neste aspecto, ganha importância como subsídio para a tomada de decisões relativa ao gerenciamento da água. A respeito, professora Gonzague Pillet<sup>166</sup> que

A economia otimiza a utilização dos recursos pela maximização da produção e do bem-estar material dos agentes econômicos com restrições de custos e de orçamento. Esta dupla maximização pode ter repercussões no ambiente material não econômico. Se estes últimos ultrapassarem um certo limiar de exploração, de renovação, põem em perigo as bases naturais da vida em geral: solo, ar, água, floresta, fauna, flora, paisagem, espécies, ciclos biogenéticos e assim por diante.

Vem à tona, em relação ao custo financeiro da utilização de recursos naturais, um dos mais importantes princípios de Direito Ambiental, previstos implicitamente na Constituição Federal (art. 225) mas encontrado à abundância na doutrina especializada, brasileira e alienígena. Trata-se do princípio do poluidor-pagador, que possui duas vertentes básicas: (a) a punitiva, na medida em que admite a aplicação de sanções de índole pecuniária ao degradador; e, principalmente, (b) a preventiva, que acolhe a tese segundo a qual os altos valores, a serem cobrados pelos órgãos ambientais e, *in casu*, pelos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, atuam como desestímulo à sua utilização indiscriminada.

Sobre esta segunda feição, atesta Fabiana Santos Dantas<sup>167</sup> que o princípio do poluidor-pagador “parte da ideal de que, conferindo um valor econômico ao bem ambiental, pode-se racionalizar o seu uso, através da

---

<sup>165</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, quando da necessidade de racionamento de energia elétrica, em que a Administração Pública se viu na encruzilhada de impor à população a redução do consumo, e o fez através da aplicação de multas e do risco de corte para quem não cumprisse com os limites estabelecidos à época.

<sup>166</sup> PILLET, Gonzague. **Introduction à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993, p. 114.

<sup>167</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 275.

atribuição aos usuários de uma contrapartida pecuniária pela utilização dos recursos hídricos, até então gratuita”.

De fato, somente a partir da constatação da finitude e escassez hídrica é que se passou a vislumbrar soluções para a problemática, sendo que a adoção de critérios econômicos como medida-obstáculo para a utilização desenfreada dos recursos hídricos foi uma das mais oportunas. Ademais, mesmo que a Lei nº 9.433/97 não tivesse previsto a possibilidade de cobrança pelo uso da água, poder-se-ia aplicar o permissivo legal contido no art. 103 do Código Civil<sup>168</sup>, que assim rege:

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Evidentemente que a finalidade do valor cobrado pela utilização da água não se restringe ao caráter desestimulador. Ao contrário, (a) impõe ao senso coletivo a necessidade de sua utilização adequada e absolutamente dentro dos limites da indispensabilidade, (b) angaria recursos financeiros para serem utilizados no cumprimento das atribuições legais pelos componentes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e (c) delega aos usuários a responsabilidade pelo uso sustentável da água.

Não obstante, o princípio não significa que é suficiente o pagamento dos valores cobrados administrativamente para que se utilize de forma indiscriminada o recurso ambiental. E este entendimento reconhece e corrobora Paulo Affonso Leme Machado<sup>169</sup>, para quem o princípio “não pode e nem deve levar a condutas que permitam que alguém, através do pagamento de um preço, possa usar a água a seu bel-prazer. A valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem”.

---

<sup>168</sup> Mesmo o Código Civil de Clóvis Beviláqua (Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916) previa a possibilidade de retribuição pecuniária pelo uso de bens públicos: “Art. 68. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem”.

<sup>169</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 448.

De fato, as finalidades da cobrança pelo uso da água são aquelas recheadas de interesse público e elencadas há pouco. O instrumento jurídico que viabiliza o uso pelo particular e a cobrança da retribuição pecuniária pela Administração é o que a Lei nº 9.433/97 chama de “outorga dos direitos de uso de recursos hídricos” (art. 5º, inc. III), constituindo-se como um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

A outorga do direito de uso da água é, portanto, o instrumento jurídico por intermédio do qual a Administração Pública, *in casu* o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, atribui ao interessado, seja público ou seja privado, o direito de utilizar o recurso hídrico, para fins de consumo direto ou de poluição.

A propósito, Christian Guy Caubet<sup>170</sup> entende de forma assemelhada:

A outorga de direito de uso de recursos hídricos consiste no fato de a administração pública atribuir a disposição de certa quantidade de água bruta, a pedido de um interessado, para finalidade especificada no ato de atribuição. A água é dita bruta quando se encontra no estado natural e não foi tratada. Os efeitos principais da outorga serão de permitir o consumo da água ou sua poluição: ela será usada para ser incorporada a um novo insumo (produção de alimentos enlatados; irrigação; vapor de caldeira ou de resfriamento etc.) ou receberá corpos estranhos que ela deverá transportar e diluir (disposição final de resíduos e toda ordem, inclusive esgotos domésticos).

Ocorre que a outorga autoriza o uso privativo do bem ambiental, ou seja, admite que o outorgado usufrua exclusivamente do bem sem que terceiros também possam dele se utilizar. Constitui, portanto, ato administrativo autorizador do uso privativo de bem público, por meio do qual o Poder Público (a) faculta ao interessado a utilização privativa da água, (b) impõe limites e condições de uso e (c) determina um prazo para a validade do benefício.

O ato, outrossim, deve obedecer irrestritamente ao princípio da publicidade, referido pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal, sendo

---

<sup>170</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 165.

necessária a publicação, em Diário Oficial, de extrato contendo a identificação do outorgado, as características técnicas e as limitações e condicionantes legais pertinentes.

Mesmo diante dos dados caracterizadores da outorga, persiste intensa discussão doutrinária acerca de sua natureza jurídica: se seria caso de licença, autorização, concessão ou permissão, na medida em que mantém traços em comum com cada um desses instrumentos administrativos. Esta discussão é reconhecida por Paulo José Leite Farias<sup>171</sup>, que questiona:

A autorização, a permissão e a concessão de uso representam os meios clássicos pelos quais é consentido que os particulares utilizem privativamente bens públicos. Assim, indaga-se se a outorga é o instrumento pelo qual o poder público atribui ao interessado o direito de utilizar privativamente o recurso, em qual das espécies clássicas se enquadra a outorga de uso da água? Será uma nova espécie de utilização privativa de bem público?

Maria Luiza Machado Granziera<sup>172</sup>, por sua vez, atesta:

Existe uma certa confusão no uso dos termos que se referem à manifestação da vontade do Estado, seja por ato, seja através de contrato, frente a um interessado, com vistas a facultar, ao mesmo tempo, em vários graus de intensidade, direitos relativos a bens e a interesses públicos. A licença, a permissão, a autorização e a concessão, dentre outros, são institutos cujas linhas divisórias os doutrinadores buscam incessantemente estabelecer de forma definitiva. Basicamente, a concessão difere das demais figuras citadas em razão de sua natureza contratual.

Sob o ponto de vista institucional, a Instrução Normativa nº 4, de 21 de Junho de 2000, do Ministério do Meio Ambiente, estabeleceu que se trata de autorização, definindo-o como “ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas no respectivo ato”.

Ocorre que a clara redação do referido ato administrativo, qualificando a outorga como autorização, não é bastante para dirimir ou ao menos

<sup>171</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 433.

<sup>172</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 185.

simplificar a discussão. Até porque tal enquadramento não encontra guarida no entendimento majoritário doutrinário: ao contrário, os autores, reconhecendo a problemática, dividem-se em correntes pouco identificáveis.

Neste diapasão, Maria Luiza Machado Granziera admite que o regime de outorga pertine, concomitantemente, à autorização e à concessão, com base no antigo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de Julho de 1934), cujo art. 43 não teria sido revogado<sup>173</sup> pela Lei nº 9.433/97. Ocorre, *data venia*, que a relação de Direito Intertemporal entre citadas diplomas legislativos sequer chega a existir, na medida em que o Código de Águas perdeu sua vigência e aplicabilidade por não ter sido recepcionado pelo Texto Magno de 1988.

Assim, o Código de Águas mantém sua relevância histórica e acadêmica, mas absolutamente desprovido de qualquer compatibilidade com a forma pela qual a matéria recebeu tratamento constitucional, mormente no que tange ao domínio exclusivamente público dos recursos hídricos, o que não era previsto pelo referido Código.

Pois bem, a outorga tem, segundo o teor do art. 16 da Lei nº 9.433/97, prazo relativamente elástico de validade (no máximo trinta e cinco anos, renovável) e, por isso mesmo, não vigora indefinidamente. Assim, caracteriza-se pela precariedade – requisito essencial da autorização – na medida em que pode, *ad nutum*, sujeitar-se à suspensão, tanto na forma parcial ou total, quanto por tempo determinado ou definitivamente, nesta última hipótese equivalendo-se à revogação ou extinção da outorga<sup>174</sup>.

Assim, à primeira vista, a outorga teria natureza autorizativa em razão da precariedade. Ocorre que tal atributo também é característico da

---

<sup>173</sup> Assim rege o art. 43 do Código de Águas: “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”.

<sup>174</sup> Parece haver, aqui, incongruência terminológica pela Lei nº 9.433/97 ao admitir a “suspensão definitiva” da outorga, pois a suspensão (e/ou a interrupção) pressupõe o posterior retorno à validade do instrumento pertinente, ao passo que, quando se fala em definitividade, está-se diante de extinção ou invalidação (revogação ou anulação) ou termo do instrumento, mas não de suspensão.



concessão<sup>175</sup>, a qual, aliás, é apontada por parte dos autores como o instrumento administrativo em que se encaixa a outorga.

Essa é, por exemplo, a conclusão a que chega Paulo José Leite Farias<sup>176</sup>, para quem, “a exemplo do que ocorre com o uso hidroelétrico, a concessão de uso, em muitas hipóteses, deve ser o instrumento por excelência da utilização pelo uso da água”.

Fabiana Santos Dantas<sup>177</sup>, outrossim, sequer chega a polemizar ou a detalhar a discussão, ao simplesmente equiparar a outorga à concessão: “a concessão de uso dos recursos hídricos – a outorga – é um instrumento do tipo mandato-controle destinado a promover diversos tipos de racionalização, inclusive econômica, na medida em que estabelece usos prioritários, fixa cotas para derivações e captações, ligando-se à vazão referencial e excedente (quantidade) e aos padrões de qualidade”.

De fato, reconhece-se a proximidade de conceitos entre a concessão e a outorga, vez que ambos se referem ao comportamento da Administração em admitir a utilização privativa de um bem de uso comum do povo – em que se enquadram as águas – por particular, desde que cumpridos os requisitos básicos legalmente previstos. Daí o seu caráter contratual ou negocial.

Destarte, ao admitir o uso pelo particular, a Administração não aliena ou transfere-lhe o domínio, que continua sob sua responsabilidade e gerência. Nestes termos, o que a outorga gera é o direito à utilização privativa,

---

<sup>175</sup> A doutrina administrativista aponta como principal ponto de diferenciação entre a autorização e a concessão suas respectivas naturezas jurídicas. Assim, a autorização constitui ato administrativo, portanto decidido unilateralmente e de forma discricionária pela Administração, ao passo que a concessão consiste modalidade de contrato administrativo, em que há ajuste ou acordo envolvendo interesses de duas partes, *in casu* a Administração e o particular. Neste sentido: Hely Lopes Meirelles (*in Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 262) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*in Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 274).

<sup>176</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 436.

<sup>177</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 304.

mas nunca a transferência do domínio que, no caso dos recursos hídricos, permanece em regime de direito público, não havendo qualquer menção constitucional ou legal à possibilidade de “privatização” das águas.

Sem embargo, o instrumento da outorga, na medida em que atribui aos recursos hídricos o caráter econômico, impõe ao usuário a necessidade de utilizá-los de maneira adequada e racional, fazendo-o evitar desperdício, já que, nas palavras de Fabiana Santos Dantas<sup>178</sup>,

oferece a garantia de acesso ao bem escasso, disciplinando os direitos de uso para assegurar o controle quantitativo e qualitativo das demandas de água, consoante o art. 11 da Lei 9.433/97. O valor econômico da outorga limita-se a esse acesso exclusivo, já que a Lei 9.433/97 não previu a possibilidade de transferi-la a terceiro, mesmo com a anuência do poder concedente.

No que tange à competência para a outorga, esta se constitui a partir da dominialidade do recurso hídrico envolvido, ou seja, à União, com atribuição delegada à Agência Nacional de Águas (ANA) – autarquia criada pela Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000 – compete a outorga em face de corpos d’água de domínio federal; e aos Estados, por intermédio de seus respectivos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a outorga relativa aos corpos d’água estaduais<sup>179</sup>.

A competência para a outorga também pressupõe a competência para revogá-la. Para tanto, deve ser observado fielmente o teor dos incs. I a VI do art. 15 da Lei nº 9.433/97, que assim rege:

---

<sup>178</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 304/305.

<sup>179</sup> No caso do Estado do Ceará, a responsabilidade pela análise dos requisitos e pela expedição da outorga cabe à Secretaria de Recursos Hídricos – SRH, segundo o previsto na Lei Estadual nº 11.996, de 24 de Julho de 1992, cujo art. 4º dispõe: Art. 4º. A implantação de qualquer empreendimento, que consuma Recursos Hídricos, superficiais ou subterrâneos, a realização de obras ou serviços que alterem o regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, depende de autorização da Secretaria dos Recursos Hídricos, na qualidade de Órgão Gestor dos Recursos Hídricos no Estado do Ceará, sem embargo das demais formas de licenciamento expedidas pelos Órgãos responsáveis pelo controle ambiental, previstos em Lei.

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 - 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;

VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

Entretanto, entende-se que, no caso previsto nos incs. I e I, a revogação da outorga deve necessariamente ser precedida de procedimento administrativo em que seja garantido ao usuário o uso dos meios indispensáveis à caracterização da ampla defesa, consoante princípio constitucional descrito no art. 5º, inc. LV, sem o qual a “suspensão definitiva” pode ser invalidada, inclusive judicialmente.

O princípio da ampla defesa, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>180</sup>,

constitui a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa (...). A Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Nestes termos, a revogação – por iniciativa unilateral da Administração, desde que motivada e, quando for o caso, precedida de oportunidade de defesa pelo usuário – não gera direito à indenização, em razão da precariedade com que se reveste a outorga, e bem assim em face da inconstância natural do nível e da abundância dos recursos hídricos, na medida em que os eventos naturais, quando imprevisíveis e inevitáveis, isentam a Administração de qualquer responsabilidade indenizatória por um dano sofrido pelo particular.

---

<sup>180</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 71

Assim, a revogação da outorga, por qualquer dos motivos elencados no pré-falado art. 15, segundo a ótica de Christian Guy Caubet<sup>181</sup>, constitui “um risco que deve ser presumido como assumido por todos quantos pleiteiem uma outorga para um uso não prioritário. Não há direito a indenização, em caso de falta de recurso por motivo ligado ao ciclo natural da água e, portanto, não diretamente imputável a um ato da Administração”.

Do exposto, as obras e atividades que utilizam diretamente os recursos hídricos, ou que os usam como local de escoamento de resíduos, são as que não prescindem do instrumento da outorga. No mais, como atividades essencialmente degradadoras, exigem, para sua plena validade jurídica, que sejam objeto de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e de seu correspondente Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), na forma do que dispõe o art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. ...

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito (ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), incumbe ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Cristaliza-se, aqui, o caráter essencialmente preventivo do Direito Ambiental<sup>182</sup> que, ao contrário dos instrumentos recuperativos ou repressivos, se efetiva por meio de três tópicos básicos: o planejamento ambiental, o zoneamento ambiental e o citado EIA/RIMA. Este último, disciplinado pela Resolução CONAMA nº 01, de 23 de Janeiro de 1986, consiste num dos mais eficazes instrumentos de preservação de danos ao meio ambiente e, especificamente, aos recursos

---

<sup>181</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, pp. 165/166.

<sup>182</sup> Ultrapassando os limites do Direito Ambiental brasileiro, a ECO-92, ciente da relevância da questão, tratou de enquadrar a prevenção como um de seus princípios básicos. Assim, descreveu-se o Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.

hídricos, tendo como objetivo intrínseco o de prevenir ou evitar uma obra ou atividade, admissível sob o ponto de vista econômico, mas passível de gerar danos ao equilíbrio ambiental.

Portanto, toda obra ou atividade cujas conseqüências sejam prejuízos ao equilíbrio hídrico, mesmo que os benefícios nos campos econômico e social sejam mais visíveis, deve ser precedida do EIA/RIMA, que levará em consideração tais benefícios contrapondo-os às conseqüências no equilíbrio ecológico na área de influência do projeto pertinente à obra ou atividade.

O EIA/RIMA se legitima como instrumento científico que analisa as conseqüências de uma obra ou atividade, antevê os impactos negativos e positivos e bem assim propõe alternativas de menor impacto. Outrossim, leva sempre em consideração os aspectos sociais e econômicos, reflexos da obra, muitas vezes sobressaindo-se aos aspectos ecológicos.

Como elemento indispensável à concessão da outorga para utilização dos recursos hídricos, sobre o EIA/RIMA leciona Paulo Affonso Leme Machado<sup>183</sup> que “o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, além de ser exigência constitucional e da legislação brasileira infraconstitucional, é um procedimento indispensável de prevenção dos danos aos recursos hídricos nos atos de controle do Poder Público. O ato administrativo de outorga dos direitos do uso da água não é um ato isolado da Administração Pública”.

O entendimento aqui esposado e corroborado por Paulo Affonso Leme Machado encontra respaldo legal no que dispõem os arts. 29, inc. IV, e 30, inc. IV, da Lei nº 9.433/97, segundo os quais cabe ao Poder Executivo dos entes federativos interessados a promoção da “integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental”.

Não obstante todo o exposto, a Lei nº 9.433/97 prevê a hipótese de dispensa de outorga para o caso de uso insignificante de recursos hídricos, ou

---

<sup>183</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 473.

seja, sem que tal uso gere repercussões negativas de média ou grande intensidade. São os casos de (a) uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; (b) derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes; e (c) acumulações de volumes de água consideradas insignificantes (art. 12, §1º).

Assim, a utilização significativa de águas depende de prévia outorga, ao passo que o uso insignificante a dispensa, sendo por isso mesmo gratuito. Ocorre que, nesta última hipótese, mesmo sendo-lhe permitida a franca utilização das águas, o usuário está adstrito ao seu uso racional, proibindo-se-lhe gerar prejuízo ou dano aos demais usuários, sob pena de responsabilização de âmbito cível e, conseqüentemente, de obrigação de indenizá-los e ressarcir-los em função do prejuízo ou dano causado.

Trata-se de matéria constante dos seguintes dispositivos extraídos do Código Civil:

Art. 1.309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

Art. 1.310. Não é permitido fazer escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

Nestes termos, esclarece Américo Luís Martins da Silva<sup>184</sup> que “são proibidas instalações de natureza a tornar impuras ou impróprias ao uso das águas de poço ou de fonte já existentes e pertencentes a outrem. Pouco importa é que ela polua a água do poço ou da fonte alheia, ou a inutilizar para o fim ordinário”.

Quanto à utilização de recursos hídricos para fins de aquicultura, como atividade de cultivo de peixes, crustáceos e outros organismos que tenham no ecossistema hídrico seu *habitat* natural, constituindo a fauna ictiológica, a matéria mereceu regulamentação específica contida no Decreto nº 4.895, de 25 de Novembro de 2003.

---

<sup>184</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 423.

Segundo referido ato administrativo, os critérios a serem observados quando da análise do requerimento, por pessoa física ou jurídica, de outorga do uso de recursos hídricos para aqüicultura são o desenvolvimento sustentável, o aumento da produção brasileira de pescados, a inclusão social e a segurança alimentar.

Por fim, no que tange à utilização de águas subterrâneas ou de lençóis freáticos, como no caso de cisternas e poços artesianos movidos a motor, elétrico ou não, a que se denomina de captação de águas subterrâneas, aplica-se a regra da dispensa de outorga prevista no pré-citado art. 12, §1º, da Lei nº 9.433/97, na medida em que tal captação é considerada, em tese, como uso insignificante ou de pouca repercussão.

Não obstante, se a captação de água subterrânea tiver por fim uso industrial ou agropastoril, a outorga é imprescindível pois, na conformidade do art. 12, inc. II, da Lei nº 9.433/97<sup>185</sup>, estão sujeitos à outorga pelo Poder Público os direitos de captação de água para insumo de processo produtivo.

### **3.5. A Cobrança pela Utilização dos Recursos Hídricos, Sua Natureza Jurídica e a Aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador**

Na conformidade do descrito há pouco, e como base no disposto no art. 103 do Código Civil, os bens de uso comum do povo são, em regra, de livre e franco acesso, não se admitindo atividades ou obras que obstaculizem o usufruto de tais bens por qualquer pessoa do povo. Ocorre que tal dispositivo admite, ainda, dependendo de motivo de interesse público, a cobrança de um ônus pecuniário pela utilização.

---

<sup>185</sup> Assim rege referido dispositivo: Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: (...) II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo”.

Assim, se a atividade se caracterizar pelas conseqüências danosas ao equilíbrio ecológico, que se constitui em direito fundamental de âmbito difuso (terceira geração), é imperativo que o interessado seja responsabilizado financeira e individualmente, não disseminando o prejuízo à coletividade.

Neste contexto, as águas se caracterizam como bens de uso comum do povo e, como tal, podem, em tese, ser usufruídos por qualquer pessoa, indistintamente. Não obstante, quando da utilização passível de ocasionar prejuízos à coletividade, o usufruto está restrito ao procedimento administrativo de outorga que, no final das contas, atribui às águas, em função da escassez, um caráter econômico, permitindo ao Poder Público que efetue a cobrança pelo seu uso.

É a partir da decisão de cobrar pela utilização dos recursos hídricos que o usuário sofrerá limitações administrativas de uso, impondo a necessidade de utilização adequada e racional, e bem assim evitando-se o esbanjar de um recurso natural reconhecidamente limitado e não renovável.

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep<sup>186</sup>, a propósito da referida índole econômica das águas, professa que

é com base na função ambiental que podemos cobrar a utilização social dos bens ambientais, isto é, o uso, gozo e fruição de tais bens – que são de uso comum do povo – devem ocorrer com vista ao bem-estar de todos. Isso tem várias implicações, por exemplo, impõe a correta utilização (...) da água (em especial, daquelas em que as nascentes estejam situadas em terras particulares).

O que o Direito e as noções básicas de justiça não admitem é que a cobrança pela utilização dos recursos hídricos exclua do rol de usuários a população de baixa renda, pois tal cenário desvirtuaria a real intenção do legislador ordinário ao dotar as águas de valor econômico.

Destarte, ao Poder Público cabe a cobrança pelo uso das águas, mas sem que isto o transforme em “comerciante de águas”, na terminologia usada

---

<sup>186</sup> D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 124.



por Paulo Affonso Leme Machado<sup>187</sup>, para quem “a Lei 9.433/97 introduz o direito de cobrar pelo uso das águas, mas não instaura o direito de venda das águas”.

A doutrina alienígena também reconhece o aspecto econômico dos recursos naturais escassos e não renováveis, viabilizando juridicamente a cobrança pelo usufruto de tais recursos. Gonzague Pillet<sup>188</sup>, neste sentido, leciona:

O instrumento de regulação mais conhecido em economia do ambiente, em casos de custos externos é um imposto cobrado ao poluidor e igual, em princípio, ao custo marginal do dano. Este imposto, proposto pela primeira vez em 1920 por Arthur C. Pigou em *Economics of Welfare*, é conhecido na literatura econômica com o nome de taxa pigoviana ou taxa aceitável.

Evidentemente, a atribuição à cobrança pela utilização de recursos naturais da qualidade de imposto, referida na passagem transcrita, não pode ser transposta para o caso brasileiro, na medida em que tal modalidade de tributo se caracteriza justamente pela desvinculação entre a forma por intermédio da qual o Poder Público arrecada recursos financeiros e os fins pelos quais os gasta.

Assim, o imposto não consiste numa contribuição pecuniária por um serviço prestado, ou pelo menos posto à disposição do particular, pela Administração. Tal característica é inerente a outra modalidade de tributo, *in casu* a taxa, que se refere à obrigação pecuniária que tem por fato gerador uma situação dependente de atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte ou responsável, seja em razão do exercício de polícia, seja em razão da utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível prestado ou posto à disposição do contribuinte.

Assim, impostos e taxas – juntamente aos empréstimos compulsórios, contribuições de melhorias, contribuições social e contribuições de intervenção no domínio econômico – são modalidades de tributo, em cujas

---

<sup>187</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 444.

<sup>188</sup> PILLET, Gonzague. **Introduction à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993, p. 37.

características intrínsecas se encontra a compulsoriedade ou obrigatoriedade, aspecto não visualizado no caso da cobrança pela utilização de recursos hídricos.

Tal cobrança, com fundamento básico relativo ao valor econômico das águas, encontra guarita doutrinária nos estudos pertinentes ao princípio do poluidor-pagador, referido, à vôo de pássaro, há algumas linhas. Nesta oportunidade, serão destinados alguns esclarecimentos mais minuciosos a tal princípio, reconhecidamente um dos mais relevantes do Direito Ambiental moderno.

As atividades que envolvem os recursos hídricos tanto podem ser (a) de âmbito direto, a exemplo da captação da água, como (b) de caráter poluente, nos moldes da utilização – presente, futura ou eventual – do leito d'água para lançamento de resíduos. O primeiro caso mantém pertinência com o chamado princípio do usuário-pagador, ao passo que o segundo atine ao princípio do poluidor-pagador, propriamente dito. Assim, são dois princípios diferentes com essência e fundamentos aproximados. Dessa forma entendem Paulo José Leite de Farias<sup>189</sup> e Américo Luís Martins da Silva<sup>190</sup>.

A rigor, o princípio do usuário-pagador abrange tanto o critério qualitativo quanto quantitativo dos recursos hídricos; por outro lado, o princípio do poluidor-pagador restringe-se ao caráter quantitativo, pois a relevância, *in casu*, no nível qualitativo da água para servir como receptadora de efluentes é insignificante.

Não obstante, emerge outra corrente teórica, tendo como expoentes Marcelo Abelha Rodrigues<sup>191</sup> e Paulo Affonso Leme Machado<sup>192</sup>, segunda a qual o princípio do poluidor-pagador seria espécie do gênero usuário-

---

<sup>189</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 437.

<sup>190</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 452.

<sup>191</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 225/226.

<sup>192</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 61.

pagador. Assim, o princípio do usuário-pagador (gênero) teria por espécies o poluidor-pagador e o usuário-pagador em sentido estrito. Tal entendimento provém da assertiva de que todo poluidor é concomitantemente usuário, mas nem todo usuário é, ao mesmo tempo, poluidor.

Sebastião Valdir Gomes<sup>193</sup>, no entanto, dispensa quaisquer comentários a tal divisão doutrinária, aduzindo que o princípio do poluidor-pagador equiparar-se-ia ao princípio da responsabilidade ambiental e que abrangeria tanto o uso dos recursos naturais como sua poluição propriamente dita.

Destaca-se ainda, em função do caráter internacional do princípio, o tratamento que vem merecendo da doutrina estrangeira. Gonzague Pillet<sup>194</sup>, por exemplo, atribui ao princípio a denominação de “consumidor-pagador”, apesar de seu conteúdo corresponder ao do entendimento pátrio majoritário.

Independentemente da referida questão doutrinária, será utilizada doravante a expressão “poluidor-pagador” para designar as duas situações (uso e poluição), na medida em que já há uma praxe didática em fazer-lhe referência expressa e de forma genérica.

O princípio persiste na tese de que o caráter econômico envolto nos recursos hídricos é que gera a necessidade de, ao se atribuir um ônus financeiro para utilização de elementos naturais, impõe-se que tal uso seja, ao mesmo tempo, racional, adequada e sem desperdícios, com o incremento e apreensão da conscientização ecológica.

A propósito, a cobrança pelo uso da água, segundo Maria Luiza Machado Granziera<sup>195</sup>, “consiste no instrumento econômico da política de recursos hídricos. É econômico em dois sentidos: o primeiro, relativo ao financiamento de obras contidas no plano de recursos hídricos; o segundo, no que tange ao

<sup>193</sup> GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 146.

<sup>194</sup> PILLET, Gonzague. **Introduction à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993, p. 99.

<sup>195</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, PP. 207.

entendimento da água como bem de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada”.

É, de fato, a conclusão a que chega a análise do art. 19 da Lei nº 9.433/97, que reza:

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:  
I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação do seu real valor;  
II – incentivar a racionalização do uso da água;  
III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Ocorre que a Lei não estabeleceu – e nem poderia estabelecer – critérios objetivos claros e específicos para se chegar a um valor justo pela utilização da água, como de resto de qualquer outro recurso natural passível de uso antrópico. Ora, como evidentemente os recursos hídricos não são comercializáveis ou negociáveis em mercado financeiro, não se vislumbram parâmetros, mínimos ou máximos, de preço.

Não obstante, lembra Luiz Antônio Abdalla de Moura<sup>196</sup> que, hoje, “há uma tendência a uma maior realização de discussões e ao desenvolvimento de técnicas que possam avaliar, de forma confiável, o preço desses bens naturais, como é o caso da água, com valores que serão estabelecidos pelos Comitês de Bacias Hidrográficas, em função de sua escassez na bacia”.

Estreita-se, nestes termos, a relação intrínseca entre os tópicos da Ecologia e da Economia, na medida em que hoje estão absolutamente indissociados, sendo inviável uma decisão governamental ou comercial que vislumbre restrita ou isoladamente qualquer dos ramos. Nasce aqui a noção de desenvolvimento sustentável.

Este consiste, resumidamente, na busca pela adaptação dos avanços econômicos e industriais à preservação do equilíbrio ecológico, com vistas à manutenção ou melhoria da qualidade de vida e do bem-estar da pessoa

---

<sup>196</sup> MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Economia Ambiental: Gestão de Custos e Investimentos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 2.

humana, bem como proteger a diversidade biológica e os recursos naturais. Nestes termos, é inconcebível, hoje, o tratamento isolado dos aspectos ambientais e econômicos, pois fazem parte de um só setor, uno e abrangente, que não pode ser olvidado quando da elaboração de políticas públicas de gerenciamento de recursos hídricos, de acordo com as atividades econômicas ali exercidas.

Destarte, a situação da bacia hidrográfica, na qualidade de unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, não pode ser analisada a partir de uma visão unidirecional, mas levando-se sempre em consideração outros tópicos que envolvam também a estrutura socioeconômica. Isto é, revela-se a necessidade, quanto à outorga, de contar com estudos não restritos às ciências naturais, mas também, e principalmente, com a análise econômica, cultural, sociológica, antropológica, jurídica etc.

Por outro lado, a outorga das atividades econômicas que utilizam águas deve ter por parâmetro a indissociável relevância ambiental, bem como as limitações e fragilidades dos ecossistemas encontrados na bacia hidrográfica, disciplinando-se proibições, restrições e alternativas de uso da água e estabelecendo-se, na proporção do juridicamente possível, a restrição ou proibição das atividades incompatíveis ou indesejadas.

Assim, a indissociabilidade dos tópicos relacionados à Economia e à Ecologia é, hoje, cientificamente conclamada. Várias são as vozes que alardeiam a estreita relação entre os dois setores. Fábio Nusdeo<sup>197</sup>, por exemplo, atesta que

o sistema econômico é um intermediário entre o sistema industrial e o sistema ecológico. Ele se interpõe neste último ao regradar materiais a serem processados e ao devolver-lhe o produto final totalmente inservível, bem como os resíduos ao longo de todo o processo de produção. Com a integração ou fusão das duas esferas, dá-se o esgotamento de recursos naturais e a poluição ambiental pela incapacidade de reciclagem de resíduos e de produtos por parte do sistema ecológico.

---

<sup>197</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 431.

Lester R. Brown<sup>198</sup> adverte acerca da atual situação em que se confrontam ecologistas e economistas: “a questão hodierna é se o meio ambiente é parte da economia ou a economia é parte do meio ambiente. Os economistas vêem o meio ambiente como um subconjunto da economia. Os ecólogos, por outro lado, consideram a economia como um subconjunto do meio ambiente”.

Citado economista norte-americano faz, na seqüência de sua obra, peculiar comparação entre a utilização dos recursos naturais com um elemento da Economia bem conhecido popularmente: a poupança. Aduz o autor<sup>199</sup>:

a fim de colocar os ecossistemas em termos econômicos, um sistema natural, como um pesqueiro, funciona como uma poupança. A receita de juros da poupança continuará perpétua contanto que a poupança seja mantida. Caso haja saque, a receita se reduz. Se a poupança por fim se exaure, a receita de juros desaparece. Assim é com os sistemas naturais. Caso a extração sustentável de um pesqueiro seja excedida, os estoques começam a encolher e finalmente acabam por completo quando entram em colapso. O fluxo de caixa dessa poupança também desaparece.

Reitera-se que a noção de inter-relação entre os princípios da atividade econômica e a busca pelo equilíbrio ecológico constitui a idéia básica do chamado desenvolvimento sustentável. Este consiste na tentativa incessante de se conciliar tópicos aparentemente contrastantes, quais sejam os avanços industriais e econômicos com a conservação dos recursos naturais, sendo que a doutrina não tem se furtado a tratar da questão, complexa por natureza.

Elida Séguin<sup>200</sup>, por exemplo, expressa-se:

a dicotomia preservar X desenvolver é solucionável se as partes desta incorrente batalha procederem de uma forma correta sem extremismos ou ecoixitismo. Essa maneira traduz-se nos princípios que regem o desenvolvimento sustentável ou o ecodesenvolvimento, que surge para compatibilizar as duas vertentes: progresso e preservação ambiental.

---

<sup>198</sup> BROWN, Lester R. **Eco-Economia: Construindo uma Economia para a Terra**. Salvador: Universidade Livre da Mata Atlântica, 2003, p. 5.

<sup>199</sup> Ob. Cit., p. 8.

<sup>200</sup> SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 131.

O desenvolvimento sustentável, para Daniel Rodrigues de Carvalho Pinheiro<sup>201</sup>, “parte da noção de que a preservação, a longo prazo, dos recursos naturais e ambientais, não pode ser feita sem que haja, simultaneamente, um desenvolvimento econômico, social e político-institucional, que beneficie, em particular, os mais desfavorecidos”.

Não obstante, adverte Luiz Antônio Abdalla de Moura<sup>202</sup> que,

quando se fala em desenvolvimento sustentável, é preciso lembrar que existem várias vertentes desse conceito, quais sejam o desenvolvimento social, o econômico, o ambiental, político e tecnológico. Um gerenciamento com responsabilidade ambiental consegue conciliar as necessidades de crescimento econômico com os requisitos de melhor qualidade de vida. Ao se desenvolver a atividade econômica industrial, fatalmente existirá uma maior geração de resíduos e poluentes e um uso crescente de recursos naturais, porém isso deverá vir acompanhado do desenvolvimento de novas tecnologias, novos processos de produção, novos materiais e novos procedimentos e práticas gerenciais que produzam os efeitos negativos a limites aceitáveis. Em particular, a economia sempre se preocupa com o ‘crescimento’, enquanto a ecologia prefere usar a palavra ‘desenvolvimento’, que não implica necessariamente em crescimento.

Por fim, convém transpor, como forma conclusiva, as palavras de Clarissa Ferreira Macedo D’Isep<sup>203</sup>, para quem “economia e meio ambiente são partes integrantes e dispersas no mesmo todo, seja porque este é fonte de recurso para aquela, ou ainda porque o meio ambiente é a integração e interação dos seres vivos com o seu meio, e a Economia é a maneira, a forma, o instrumento com o qual o homem interage com o seu meio”.

Daí o aspecto eminentemente econômico do princípio do poluidor-pagador, sendo este justamente o caráter que distingue tal princípio do da responsabilidade ambiental, diferentemente do que pensa Sebastião Valdir Gomes<sup>204</sup>, para quem, entre tais institutos jurídicos, não haveria qualquer forma de peculiaridade que os distinguisse.

---

<sup>201</sup> PINHEIRO, Daniel Rodrigues de Carvalho. **Desenvolvimento Sustentável**. Fortaleza: ABC Editora, 2006, p. 296.

<sup>202</sup> MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Economia Ambiental: Gestão de Custos e Investimentos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 4.

<sup>203</sup> D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

<sup>204</sup> GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 146.

O entendimento segundo o qual é no caráter econômico que se foca a distinção entre os supracitados princípios é corroborado por José Rubens Morato Leite<sup>205</sup>: “em seu aspecto econômico, o princípio poluidor-pagador tem ligações subjacentes ou funciona como auxiliar do instituto da responsabilidade, pois é um princípio multifuncional, na medida em que visa à precaução e à prevenção de atentados ambientais ou como instrumento de redistribuição dos custos da poluição”.

Desvendada a índole eminentemente econômica do princípio do poluidor-pagador, convém ainda destacar que o mesmo contém duas vertentes básicas: (a) a preventiva, na medida em que – no que tange aos valores cobrados na outorga relativa aos recursos hídricos, bem como, de resto, nos diversos procedimentos administrativos de licenciamento – funciona como aspecto desestimulador de obras e atividades poluidoras; e (b) o punitivo, uma vez em que admite a imputação de sanções de índole financeira, quer nos âmbitos administrativo, penal ou civil.

Especificamente no caso da utilização direta (sem poluição), o princípio não se reveste de seu caráter punitivo, mas somente do preventivo, pois não há que se falar, *in casu*, em qualquer comportamento ilícito ou afrontante de norma jurídico-ambiental, mas em mero desestímulo ao uso. A propósito, a cobrança, segundo Gonzague Pillet<sup>206</sup>, “correspondente ao preço da utilização do ambiente ao mesmo tempo que desaconselha os poluidores a poluir – e portanto a pagar”.

O mesmo não ocorre quando da atividade ou obra poluidora, oportunidade em que o princípio se revela concomitantemente em suas duas vertentes: a preventiva e, também, a punitiva. As multas aplicadas pelos órgãos ambientais e pelos componentes do Sistema Nacional de Gerenciamento de

---

<sup>205</sup> LEITE, José Rubens Morato (Autor), CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Sociedade de Risco e Estado in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 180/181.

<sup>206</sup> PILLET, Gonzague. **Introduction à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais**. Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993, p. 99.



Recursos Hídricos (sanção administrativa), as multas aplicadas pelo Judiciário em processos criminais (sanção penal) e o ônus financeiro em reparação de dano ambiental (sanção civil) demonstram o caráter punitivo do princípio do poluidor-pagador.

Não é este, entretanto, o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado<sup>207</sup>, que defende a teste de que o princípio “não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado”. Ora, tal configuração não é suficiente para descaracterizar a índole punitiva do princípio do poluidor-pagador, pois a obrigação de assumir o ônus financeiro – reitera-se – se refere também às sanções pecuniárias elencadas acima, quando verificada qualquer conduta alheia aos limites legais e administrativos.

Aliás, o *quantum* arcado quando do requerimento da outorga é absolutamente desvinculado da eventual multa a que se sujeita o empreendedor que extrapola os limites da citada outorga. Nos mesmos termos, se o usuário ou poluidor é responsabilizado – administrativa, civil ou penalmente – e obrigado a desembolsar o valor de multa sob pena de se sujeitar a execução fiscal, tal sanção pecuniária também independe do valor que foi pago a título de cobrança pelo uso de recursos hídricos.

É o que também adverte Marcelo Abelha Rodrigues<sup>208</sup>, para quem “não há *bis in idem* quando a mesma pessoa tiver que arcar com os custos de usuário invulgar ou de poluidor. No primeiro caso responde pelo uso incomum de um bem que é de uso comum do povo. No segundo responde pela degradação do bem de uso comum do povo. Portanto, as hipóteses de incidência são diversas, assim como os fatos que a elas se subsumem”.

---

<sup>207</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 62.

<sup>208</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 229.

No mesmo sentido são as palavras de Sebastião Valdir Gomes<sup>209</sup>, segundo as quais a cobrança pelo uso de águas “não exclui as sanções administrativas ou penas por eventuais degradações que decorram de infrações legais”.

O entendimento doutrinário aqui destacado é confirmado pelo teor do art. 4º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81):

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

...

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Outra informação relevante acerca do princípio do poluidor-pagador é que o mesmo, diferentemente do que poderia gerar um entendimento mais superficial do mesmo, não autoriza a poluição se houver pagamento de ônus financeiro pertinente. Não é porque o empreendedor efetuou todos os pagamentos exigidos que está o mesmo amplamente liberado para poluir. Pensar estes termos significaria atribuir somente aos economicamente favorecidos a utilização dos recursos naturais, o que se demonstra jurídica e moralmente inadmissível.

Nestes exatos termos também entende Geraldo Ferreira Lanfredi<sup>210</sup>:

É equivocado pensar que o denominado princípio do poluidor-pagador dá o direito de poluir desde que se pague. É evidente não poder significar isso senão que quem polui fica obrigado a corrigir ou a recuperar o ambiente, sem direito a continuar a ação poluente. (...) A par do uso do princípio do poluidor-pagador, torna-se também imperioso, nos dias atuais, valer-se o Poder Público de instrumentos econômicos para conter a sanha dos poderosos depredadores da natureza.

No mesmo sentido, leciona José Rubens Morato Leite<sup>211</sup>: “não se trata, exclusivamente, de um princípio de compensação dos danos causados pela

<sup>209</sup> GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 146.

<sup>210</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira Lanfredi. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

<sup>211</sup> LEITE, José Rubens Morato (Autor), CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Sociedade de Risco e Estado in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 182.

deterioração, ou seja, ele não se resume na fórmula ‘poluiu pagou’. Seu alcance é maior, incluindo ainda os custos de prevenção, de reparação e de repressão ao dano ambiental”.

Sem embargo, o alcance do princípio do poluidor-pagador vincula-o ao aspecto econômico da água e bem assim à validade jurídica da cobrança pelo seu uso. Hely Lopes Meirelles<sup>212</sup>, de maneira absolutamente equivocada, atribui à Lei nº 9.433/97 esta pretensa inovação do ordenamento jus-ambiental pátrio, aduzindo que

Até agora, a água era considerada uma dádiva da natureza, disponível a qualquer um. As tarifas pagas pelos usuários (indústria, comércio, serviços e residência) cobriam apenas os custos de capacitação, tratamento, distribuição e disposição da água que, a rigor, era gratuita. A partir dessa lei (Lei nº 9.433/97), o uso da água para qualquer fim – salvo os aproveitamentos considerados insignificantes – fica sujeito à outorga onerosa pelo Poder Público (art. 12 e 19).

Ocorre que a possibilidade jurídica de cobrança pelo uso das águas não é inovação da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, que meramente ratificou o que já contava com previsão legal anterior. Sem contar com o art. 4º, inc. VIII, da Lei nº 6.938/81, há pouco referido e transcrito, no próprio Código Civil de Clóvis Beviláqua (Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916) havia previsão legal neste sentido:

Art. 68. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.

Posteriormente, o novo Código Civil, conforme dissertado há pouco, manteve e até ampliou o teor do referido dispositivo, ao disciplinar que “o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem” (art. 103).

---

<sup>212</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 554.

Até mesmo o Código de Águas (Decreto nº 24.643/34) – que não fora recepcionado pela Constituição Federal – já previa a possibilidade jurídica de remuneração pelo uso das águas públicas<sup>213</sup>, cujo art. 36 assim dispunha:

Art. 36. É permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos.

...

§ 2º. O uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem.

Assim, a retribuição pecuniária pela utilização dos recursos hídricos, por meio da outorga, já se encontrava amplamente prevista nos referidos diplomas legais, mas foi com a Lei nº 9.433/97 que a matéria ganhou tratamento específico.

Neste sentido, Fabiana Santos Dantas<sup>214</sup>, mesmo reconhecendo a relevância do contido no art. 103 do Código Civil e no art. 4º da Lei 6.938/81, assevera que “só com a edição da Lei 9.433/97 foram consagrados expressamente os princípios da economicidade da água e do usuário-pagador, que servem de base à cobrança pelo seu uso, objetivando captar recursos para financiar o Sistema de Gerenciamento, além de constituir um instrumento econômico importantíssimo contra o desperdício e a poluição”.

Não obstante o até aqui esposado, quanto à pertinência e relevância do ato legislativo de dotar a água de valor econômico, fundamentado na qualidade da mesma como bem não renovável, escasso e imprescindível para a vida humana e animal, ainda encontram-se vozes que destoam contrárias a esta configuração dos recursos hídricos.

---

<sup>213</sup> Reitera-se que hoje, após o tratamento constitucional que o tema se fez merecedor, não persiste mais a classificação das águas (públicas, comuns e particulares), constante do antigo Código de Águas, na medida em que o Texto Magno atribuiu à União e aos Estados – e somente a estes – o domínio hídrico, conforme exame mais minucioso constante do último Capítulo desta dissertação.

<sup>214</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 307/308.

Para Christian Guy Caubet<sup>215</sup>, a Lei, ao dotar a água de valor econômico, afrontaria a dignidade das pessoas:

não se pode prescindir do uso da água para a sobrevivência diária, mesmo que o interessado não tenha condição de pagar por ela. Essa observação de bom senso leva a questionar a possibilidade de considerar a água como um bem com valor econômico em todos os casos de seu uso. (...) Nessa perspectiva, ressalta-se a necessidade de deixar livre e, portanto, gratuito, o acesso à água, como um bem que é de uso comum de todos e enquanto estiver indispensável para as necessidades da vida.

E ratifica a crítica informando<sup>216</sup>:

Postular o valor econômico da água, sem o mínimo debate prévio, permite engendrar uma nova frente de acumulação de capital mesmo que, eventualmente, não ofereça garantia alguma de enfrentar os desafios enunciados uma geração atrás, pela Lei nº 6.938/81. “Incentivar a racionalização do uso da água” (art. 2º, inc. II) certamente não passa pelo fato de institucionalizar a cobrança como primeira ação operacional, sem que existam outras ações, no mínimo compatíveis e combinadas, de políticas públicas tão essenciais como: institucionalização de processos adequados de educação ambiental e de formação ou reforma de hábitos sociais; luta contra os desperdícios; incentivos a investimentos em descoberta de processos ou procedimentos de racionalização; discussão democrática de valores essenciais de nossa sociedade; institucionalização de um corpo administrativo competente, sob a égide de instâncias políticas praticando os requisitos da gestão democrática e, condição *sine qua non*; criação de uma ação e de uma polícia administrativas eficientes nas modalidades de discussão, fiscalização e repressão efetiva.

*Data maxima venia*, as palavras do citado autor têm relevância prática e destacam sua preocupação com os rumos da política hídrica pós-1997, mas não são suficientes para fundamentar uma crítica mais racional à natureza econômica da água. Está-se a tratar de um dos mais importantes fatores abióticos existentes em todo e qualquer ecossistema ambientalmente relevante, sendo que, há apenas décadas, despertou-se para sua esgotabilidade.

Neste cenário, qualquer que seja a medida governamental tendente à racionalização de seu uso merece aprovação incondicional da comunidade técnico-científica. A essencialidade da água para a sobrevivência do homem e dos demais fatores bióticos (animais e vegetais), bem como a escassez que lhe caracteriza, são fatores suficientes para validar a Lei nº 9.433/97 em todos

<sup>215</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 147.

<sup>216</sup> Ob. Cit., p. 175.

os seus termos. Tanto que, em verdade e apesar da opinião do citado autor, a doutrina jus-ambiental é quase unânime em ressaltar e louvar o caráter econômico dos recursos hídricos.

Discorrido sobre estes elementos que revestem e caracterizam a cobrança pelo uso da água, em função de seu valor econômico, cumpre-se agora destacar a questão da natureza jurídica de tal cobrança, em razão de que também este tópico não encontrou, ainda, consonância na doutrina pertinente. Trata-se, evidentemente, de uma receita pública, por intermédio da qual o particular, *in casu* o usuário ou o poluidor, arca com uma contraprestação pecuniária ao Poder Público que, por sua vez, admite que aquele se utilize de um bem de uso comum<sup>217</sup>.

A problemática surge a partir da não configuração, pela Lei nº 9.433/97, da cobrança pelo uso da água em qualquer das modalidades de receitas públicas conhecidas em Direito: não a enquadrou como taxa, modalidade de tributo caracterizada por uma contraprestação de serviço público ou pelo exercício de poder de polícia, nem como tarifa ou preço público. Deixou, portanto, referido diploma legislativo ao critério da doutrina se debruçar sobre o tema e estabelecer a condição jurídica da cobrança pelo uso da água.

Não obstante haver na doutrina referência a taxa, a cobrança pelo uso da água está longe de se enquadrar nos pressupostos desta modalidade de tributo. A taxa pressupõe a existência de um serviço público, efetivamente prestado ou pelo menos posto à disposição do particular, ou o exercício do poder de polícia administrativa, sem que nenhuma destas situações podem ser enquadradas no cobrança pela utilização dos recursos hídricos.

---

<sup>217</sup> Maria Luiza Machado Granziera (*in* **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 211) faz um interessante paralelo entre a cobrança pelo uso da água com o pagamento que faz o particular ao Poder Público no sistema de Zona Azul: “Paga-se pelo uso privativo da água, em detrimento dos demais. O exemplo mais próximo dessa hipótese encontra-se em sistemas similares à chamada Zona Azul, em que se utiliza uma parte da via pública por determinado período, pagando por isso. O efeito dessa utilização é que, nesse interregno, o espaço da via pública, bem de uso comum, destina-se exclusivamente ao usuário, em detrimento do interesse dos demais”.

A primeira hipótese de incidência da taxa, disciplinada concomitantemente pelo art. 145, inc. II, da Constituição Federal e pelo art. 77 do Código Tributário Nacional<sup>218</sup>, atine ao serviço público, que tanto pode ser efetivamente prestado e usufruído pelo particular, como posto a sua disposição, ou seja, mesmo que dele o administrado não se utilize, é ainda sujeito passivo do tributo e portanto responsável pela obrigação tributária. Nestes termos, o serviço público é, segundo previsão legal, retribuído, através de uma contraprestação pecuniária a ser arcada pelo particular, quer usufrua de fato do serviço, quer não usufrua mas tenha tal serviço à sua disposição.

Já por poder de polícia<sup>219</sup> – segunda hipótese de incidência da taxa – se refere ao poder administrativo em que o Poder Público, na defesa dos interesses públicos, coletivos ou difusos, restringe a liberdade de ação do particular. Trata-se da modalidade de tributo pertinente ao princípio doutrinário, inerente aos diversos ramos do Direito Público, da supremacia do interesse público sobre o interesse individual.

Nota-se, assim, que em nenhuma das hipóteses de incidência da taxa se enquadra a cobrança pelo uso da água. Argumentos outros, entretanto, indicam que a mesma sequer tem natureza tributária, conforme se verificará a seguir.

Uma das características essenciais do tributo é sua natureza compulsória, conforme definido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional<sup>220</sup>. Ora, quanto à utilização de recursos hídricos, por se tratar de atividades

---

<sup>218</sup> Ambos os dispositivos estabelecem como fato gerador da taxa “o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

<sup>219</sup> Coube ao Código Tributário Nacional estabelecer o conceito legal de poder de polícia, aduzindo, ao seu art. 78, que “Considera-se poder de polícia 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”.

<sup>220</sup> Assim rege citado dispositivo: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

eminentemente particulares e muitas vezes empresariais, fica a cargo do próprio empreendedor definir se os recursos hídricos são necessários ou não à sua atividade. Não há qualquer forma de obrigação imposta pelo Poder Público ao uso das águas; pelo contrário, a cobrança pelo seu uso é considerada inclusive uma forma de desestimular a atividade degradadora, nos termos do princípio do poluidor-pagador.

Nestes mesmos termos explica Paulo José Leite Farias<sup>221</sup>, para quem

A cobrança da água não se subsume, na previsão do Código Tributário Nacional, como prestação pecuniária compulsória. Logo, não possui natureza tributária (...), o que descarta sua natureza de taxa, como espécie tributária que tem como fato gerador o exercício regular do Poder de Polícia, ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço público efetivo e divisível, restado ao contribuinte ou colocado à sua disposição.

É também esta noção que tem Fabiana Santos Dantas<sup>222</sup>, pois, “embora a doutrina refira-se à ‘taxa’, a cobrança dos recursos hídricos não pode ser definida em tais termos porque essas são compulsórias e resultam da prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia, submetendo-se ao regime de Direito Tributário, como definido na Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal”.

Não obstante, Maria Luiza Werneck dos Santos<sup>223</sup> se mostra desfavorável a tal tese, sendo uma das poucas vozes que aduzem que a cobrança constitui exemplo de taxa:

O pressuposto fático da cobrança, ou melhor, o pressuposto fático da prestação pecuniária devida pelo contribuinte é a outorga; se só vai pagar pelo uso da água aquele que está sujeito à outorga (art.12), e se a outorga é ato de poder de polícia, a prestação devida pelo uso da água teria necessariamente, a natureza jurídica de taxa, ex vi do art. 145, II, da Carta

<sup>221</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 439/440.

<sup>222</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 308.

<sup>223</sup> SANTOS, Maria Luiza Werneck dos (autora); MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda & DELMANTO, Fábio Machado de Almeida (Coordenadores). **Aspectos Relevantes da Política Nacional de Recursos Hídricos in As Leis Federais Mais Importantes de Proteção ao Meio Ambiente Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 254.



Federal. Sim, pois o exercício do poder de polícia é o fato gerador da espécie de tributo denominada taxa (arts. 145, II, da CF e 77 do CTN). (...) Ademais, o pagamento pelo uso da água será compulsório, haja vista que ninguém poderá furtar-se ao seu pagamento, salvo as exceções previstas na lei. Todas essas características são inerentes à espécie tributária denominada taxa.

*Data venia*, a tese da referida autora não parece merecer prosperar. A taxa, como modalidade de tributo, sujeita-se a limites constitucionais a que a doutrina específica denomina de Princípios de Direito Tributário, dentre os quais se destaca, pela relevância com o tema, o da estrita legalidade, estabelecido constitucionalmente pelo art. 150, inc. I<sup>224</sup>. Assim, não somente deve o tributo ser criado por lei, como também ter seu valor definido pelo mesmo diploma legislativo.

Ora, a cobrança pelo uso de água foi prevista pela Lei nº 9.433/97, mas seu valor não conta com qualquer regulamentação pela mesma Lei ou por qualquer outro diploma do mesmo nível. Ao contrário, o estabelecimento do valor fica a cargo dos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica, conforme reza referido texto normativo:

Art. 38. Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação:

...

VI - estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados.

No mais, a Lei da Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos não discrimina o *quantum* a ser desembolsado pelo usuário ou pelo poluidor, mas se limita a estabelecer parâmetros genéricos que devem ser levados em consideração na oportunidade de fixação do valor:

Art. 21. Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros:

I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação;

II - nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente.

---

<sup>224</sup> Assim reza referido dispositivo constitucional: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Portanto, o caráter facultativo e o estabelecimento do seu valor por ato discricionário, sobre o qual não há exigência de disciplinamento por lei, são suficientes para descaracterizar absolutamente a natureza jurídica da cobrança pelo uso da água como taxa. Aliás, não se trata também de qualquer outra modalidade tributária.

De todo o exposto, configurada a sua condição de receita extrafiscal, a cobrança pela utilização dos recursos hídricos se caracteriza como mero preço público, na medida em que é por intermédio dele que o Poder Público consente que determinado bem de uso comum, *in casu* a água, seja usufruído de maneira exclusiva por particular.

Tal entendimento consubstancia-se, ainda, no teor da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação às leis que as instituiu”.

De fato, as condições que caracterizam a cobrança pelo uso da água parecem aproximá-la da qualidade de preço público, na medida em que a relação jurídica, que se estabelece entre o usuário/poluidor e qualquer dos órgãos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, é de natureza contratual, discricionária, facultativa e, principalmente, onerosa.

Trata-se, portanto, do ônus financeiro devido pelo usuário ou poluidor como forma de contraprestação pecuniária pelo uso facultativo dos recursos hídricos sujeitos a outorga, na forma da combinação do art. 12 com o art. 20, ambos da Lei nº 9.433/97:

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

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

II – extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

IV – aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

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

...

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei.

Nestes exatos termos, entende Paulo José Leite Farias<sup>225</sup>, para quem “a natureza do produto da cobrança é de preço público, pois se trata de exploração de bem de domínio público. Sua natureza não é compulsória em decorrência de lei, mas negocial, cabendo ao detentor da gestão (Comitê de Bacia) estabelecer o respectivo valor”.

Não obstante, mais uma vez Maria Luiza Werneck dos Santos<sup>226</sup> infere-se no tema entendendo não configurada a qualidade de preço público da cobrança pelo uso dos recursos hídricos: “se a água não pode ser considerada como um bem dominical, porque insuscetível de alienação, parece-nos que está afastada a natureza de preço público, para a remuneração devida pelo uso da água. Até porque, o regime que se instaura entre o usuário e o Estado, pelo uso da água, é um regime legal e não contratual”.

*Data maxima venia*, a condição de regime legal não descaracteriza o regime contratual, até porque aquele é imprescindível em qualquer das relações jurídicas de Direito Público. Ora, qualquer dos órgãos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, como de resto toda a Administração Pública, sujeita-se ao Princípio Administrativo da Legalidade, segundo o qual, em resumo, ao Poder Público não cabe se afastar dos limites e disciplinamentos contidos em quaisquer das normas componentes do ordenamento jurídico.

---

<sup>225</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 441.

<sup>226</sup> SANTOS, Maria Luiza Werneck dos (autora); MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda & DELMANTO, Fábio Machado de Almeida (Coordenadores). **Aspectos Relevantes da Política Nacional de Recursos Hídricos in As Leis Federais Mais Importantes de Proteção ao Meio Ambiente Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 254.

A outorga tem natureza jurídica de concessão e, portanto, constitui-se de natureza contratual e negocial<sup>227</sup>. É o que também entende Maria Luiza Machado Granziera<sup>228</sup>, cujas palavras são suficientes para concluir a discussão: “A natureza do produto da cobrança é, pois, a de preço público, pois se trata de fonte de exploração de bem de domínio público. Sua natureza é negocial, cabendo ao detentor do domínio estabelecer o respectivo valor. Em sede de recursos hídricos, há uma sistemática de proposições e aprovações, no âmbito de Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos”.

### **3.6. Os Recursos Hídricos como Fatores de Proteção em Áreas de Preservação Permanente (APP)**

A Constituição Federal, em seu art. 225, incumbe à Administração Pública algumas atribuições com vistas a impedir a ação humana danosa ao equilíbrio ecológico, dentre as quais se destaca a necessidade de definição de espaços territoriais que, em função de suas características naturais, demandam uma maior atenção por parte das autoridades ambientais.

Assim reza mencionado dispositivo:

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.

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

...

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Esta é a conclusão a que se chega ao discutir-se a natureza jurídica da outorga, no item anterior. Ali, mostrou-se que a doutrina se revela dividida quanto à qualidade da outorga como autorização ou como concessão, sendo que foi esta última hipótese a apontada como válida.

<sup>228</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 211.

Dessa forma, entende-se que espaços territoriais protegidos constituem gênero do qual são espécies as Áreas de Preservação Permanente – APP e as Unidades de Conservação<sup>230</sup>. Aquelas são definidas pelo Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965)<sup>231</sup>, ao passo que estas últimas encontram disciplinamento jurídico na Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000 – conhecida como Lei do SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação) – que veio dar nova roupagem às áreas que, por serem detentoras de atributos naturais relevantes, necessitam de permanente atenção pelo Poder Público.

Segundo o magistério de Luís Paulo Sirvinskas<sup>232</sup>,

as Áreas de Preservação Permanente (APPs) são aquelas tuteladas amplamente pelo Poder Público, protegendo-se tanto a flora quanto a fauna. São, em outras palavras, áreas protegidas nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965 (Código Florestal), cobertas ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade ecológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Reitera-se que as APP, a exemplo das Unidades de Conservação, são áreas detentoras de recursos ambientais relevantes, os quais necessitam constante vigilância pela Administração Pública com vistas à preservação e conservação de tais recursos.

---

<sup>229</sup> A Constituição do Estado do Ceará também imputa à Administração Pública cearense desiderato semelhante: “Art. 259. O meio ambiente equilibrado e uma sadia qualidade de vida são direitos inalienáveis do povo, impondo-se ao Estado e à comunidade o dever de preservá-los e defendê-los. Parágrafo único. Para assegurar a efetividade desses direitos, cabe ao Poder Público, nos termos da lei estadual: (...) IV – estabelecer, dentro do planejamento geral de proteção do meio ambiente, áreas especificamente protegidas, criando, através de lei, parques, reservas, estações ecológicas e outras unidades de conservação, implantando-os e mantendo-os com os serviços públicos indispensáveis às suas finalidades”.

<sup>230</sup> A respeito da classificação, as Unidades de Conservação podem ser (a) unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. As unidades de proteção integral têm como categorias: (a) estação ecológica; (b) reserva biológica; (c) parque nacional, estadual ou Municipal, dependendo do ente federativo que a institua; (d) monumento natural; e (e) refúgio da vida silvestre. Já as unidades de uso sustentável se subclassificam em (a) área de proteção ambiental – APA; (b) área de relevante interesse ecológico – ARIE; (c) floresta nacional, estadual ou municipal; (d) reserva extrativista; (e) reserva de fauna; (f) reserva de desenvolvimento sustentável; e (g) reserva particular de patrimônio natural – RPPN.

<sup>231</sup> Os termos do Código Florestal, ao elencar as espécies de APP, foram ratificados pela Resolução CONAMA nº 303, de 20 de Março de 2002, que dispõe sobre parâmetros, definições e limites de APP.

<sup>232</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 251.

Destaca-se como ponto de dessemelhança a extensão territorial característica, o que leva a crer que a Unidade de Conservação pode abranger uma ou mais Áreas de Preservação Permanente, mas a relação inversa é pouco viável<sup>233</sup>.

Outra diferença entre ambos os tópicos reside na questão de suas respectivas formas de criação. As Áreas de Preservação Permanente estão elencadas no Código Florestal (Lei nº 4.771/65), cujos arts. 2º e 3º disciplinam, de maneira taxativa, os casos de APP, como por exemplo a vegetação ciliar, a vegetação fixadora de dunas, os manguezais, a vegetação verificada ao longo de rodovias etc.

Portanto, no caso das Áreas de Preservação Permanente, não há necessidade, em regra, de manifestação de vontade por parte do Poder Público, tampouco a edição de ato normativo que as crie. Basta a aplicação do que já está disposto no Código Florestal, à exceção dos casos previstos no art. 3º do mesmo diploma legal.

Já no que concerne às Unidades de Conservação, necessita, a fim de viabilizar a vigilância e o disciplinamento das atividades ali desenvolvidas, de ato normativo declaratório, em que se estabeleceriam, além de outros tópicos, a dimensão geográfica, as atividades permitidas e/ou proibidas, a formação do conselho gestor etc.

Portanto, é indispensável que a entidade federativa interessada na proteção da área crie, mediante ato normativo, a unidade de conservação. É o que reza o art. 22 da Lei do SNUC: “As unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público”<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> Como exemplo, cita-se a Área de Proteção Ambiental da Lagoa de Uruaú (Unidade de Conservação), criada pelo Decreto Estadual nº 25.335, de 26 de Janeiro de 1999, localizada no Município de Beberibe e que abrange a APP duna, a qual consiste na “unidade geomorfológica de constituição predominante arenosa, com aparência de cômoro ou colina, produzida pela ação dos ventos, situada no litoral ou no interior do continente, podendo estar recoberta, ou não, por vegetação”, segundo a Resolução CONAMA nº 303/2002.

<sup>234</sup> Em função da Lei do SNUC não ter especificado qual ato seria o pertinente, entende-se que o mesmo pode efetivar-se tanto na forma de lei ordinária, expedida pelo Poder Legislativo, quanto na

A APP tem duas espécies: (a) APP por expressa previsão legal, ou APP *ope legis*, que são as que estão enumeradas taxativamente pelo Código Florestal (art. 2º); e (b) APP administrativa ou instituída por ato do Poder Público, especificamente da autoridade ambiental competente, que também encontram previsão exemplificativa no art. 3º, também do Código Florestal.

As Áreas de Preservação Permanente, que mantém pertinência com o objeto do presente trabalho, encontram elenco *numerus clausus* no art. 2º do Código Florestal, que rege:

Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) Ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

1. De 30 (trinta) metros para cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2. De 50 (cinquenta) metros para cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3. De 100 (cem) metros para cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4. De 200 (duzentos) metros para cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5. De 500 (quinhentos) metros para cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) Ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios de águas naturais ou artificiais;

c) Nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olho d'água", qualquer que seja sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) No topo de morros, montes montanhas e serras;

e) Na encostas ou parte destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) Na restingas, como fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

g) Nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) Em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação

---

forma de decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo, sem necessidade de anuência do Legislativo. É possível, inclusive, a criação de Unidade de Conservação mediante mera portaria, expedida pela autoridade superior do órgão ou entidade ambiental do ente federativo. Portanto, no Estado do Ceará, tanto o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) quanto a SEMACE (Superintendência Estadual do Meio Ambiente) são competentes para a edição desta portaria. Ressalta-se que referido ato administrativo somente relaciona-se com a subcategoria "Reserva Particular de Patrimônio Natural", ao passo que todas as demais subcategorias necessitam de lei ou decreto para o fim de serem criadas.

As modalidades de APP, portanto, que mantêm relação intrínseca com os recursos hídricos são as indicadas nas alíneas *a*, *b* e *c* do transcrito dispositivo legal. Ao redor dos corpos d'água encontram-se inúmeras formas vegetais que também são merecedoras de atenção e proteção por parte do Poder Público. Nestes termos, o corpo d'água, em qualquer modalidade, tem, a rigor, sua vegetação marginal protegida diretamente pelo Código Florestal, a quem acompanha a Resolução CONAMA nº 303/2002.

Trata-se do que se convencionou chamar de mata ou vegetação ciliar, que consiste na localização à margem de corpos d'água. Ter-se-ia, sinteticamente, que o termo mata ciliar, na ótica de Luiz César Ribas<sup>235</sup>, “diz respeito à vegetação que se desenvolve ao longo dos rios e com influência direta dos mesmos, ocorrendo nas áreas de inundação”.

A relevância da proteção da mata ciliar, que consiste na vegetação localizada no entorno do corpo d'água, qualquer que seja ele – rios, lagos, lagoas, açudes etc. – é elucidada por Paulo Bezerril Júnior, citado por Paulo de Bessa Antunes<sup>236</sup>:

a cobertura vegetal tem um papel importante, tanto no deflúvio superficial – parte da chuva que escoar pela superfície do solo – como no deflúvio da base – resultado da percolação da água no solo – onde ela se desloca em baixas velocidades, alimentando os rios e lagos. A remoção da cobertura vegetal reduz o intervalo de tempo observado entre a queda da chuva e dos efeitos nos cursos de água, diminui a capacidade de retenção de água nas bacias hidrográficas e aumenta o pico das cheias. Além disso, a cobertura vegetal limita a possibilidade de erosão do solo, minimizando a poluição dos cursos de água por sedimentos.

Luciana Cordeiro de Souza<sup>237</sup> também justifica a necessidade de proteção da vegetação ciliar com o fito de, indiretamente, preservar o equilíbrio ecológico hídrico:

A vegetação que se desenvolve ao longo das margens do rio é denominada mata ciliar, e uma de suas funções é dificultar o assoreamento do leito dos rios, não permitindo que os sedimentos

<sup>235</sup> RIBAS, Luiz César. **A Problemática Ambiental**. Leme: Editora de Direito, 1999, p. 112.

<sup>236</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 268.

<sup>237</sup> SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua Proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, pp. 43/44.



carregados das partes altas cheguem com sua total intensidade. Além disso, suas raízes servem como fixadoras das margens e protegem contra os processos erosivos intensos. A mata ciliar é uma das principais fontes de alimentação da ictiofauna e da fauna terrestre que sobrevive em sua hinterlândia. Constitui-se também num protetor natural das águas fluviais quanto aos agrotóxicos utilizados na agricultura, pois permite a infiltração da água no solo que atua como um filtro para os resíduos líquidos, impedindo assim que os insumos agrícolas cheguem diretamente ao rio.

Verifica-se claramente, portanto, que a proteção à mata ciliar atinge indiretamente o próprio corpo d'água. Tanto que levou Paulo Affonso Leme Machado<sup>238</sup> a delinear a proteção legal à vegetação, quanto (a) à defesa das águas, como nos casos das alíneas a, b e c do art. 2º, a exemplo da mata ciliar *sub examine*, e (b) à defesa do solo, como nos demais casos.

Na condição de APP, qualquer das modalidades previstas no art. 2º do Código Florestal deixa de admitir exploração direta ou qualquer ação antrópica degradadora. Daí sua denominação de “preservação”, que, nos termos da Lei do SNUC, significa a “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais” (art. 2º, inc. VI).

Este é o mesmo posicionamento de Antônio Herman V. Benjamin<sup>239</sup>: “a Área de Preservação Permanente (APP) (...), como sua própria denominação demonstra – é área de “preservação” e não de “conservação” – não permite exploração econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo que com manejo”.

Vale ressaltar, por fim, que as matas ciliares que circunvizinham os corpos d'água são absolutamente imunes de supressão, pois não se lhes aplica a exceção contida no art. 3º, cujo *caput* refere-se não às APP para o efeito do Código Florestal (art. 2º), em que se insere a mata ciliar, mas às APP por ato declaratório:

---

<sup>238</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 407.

<sup>239</sup> BENJAMIM, Antônio Herman V. (Autor) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Organizador). **Desapropriação, Reserva Legal Florestal e Áreas de Preservação Permanente in Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 46.

Art. 3º. ...

§1º. A supressão total ou parcial das florestas de preservação permanente só será permitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Corroborando este entendimento as lições de José Afonso da Silva<sup>240</sup>:

a questão que se apresenta ao intérprete consiste em saber qual a abrangência do disposto no art. 3º, §1º. A técnica legislativa leva à conclusão de que o parágrafo só se refere à regra do artigo a que se vincula. Assim, quer dizer que somente as florestas de preservação permanente, assim declaradas nos termos do dito artigo, poderão sofrer a supressão nas condições estabelecidas no seu §1º. Vale dizer que nem as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente, *ex vi legis*, indicadas no art. 2º, (...) poderão ser suprimidas, nem total nem parcialmente.

No que tange às nascentes, não somente as mesmas são objeto de proteção pelo ordenamento jurídico-ambiental, mas também as formas vegetais que as circunvizinham. Tal proteção legal advém da Lei nº 7.754, de 14 de Abril de 1989<sup>241</sup>, que assim reza:

Art. 1º. São consideradas de preservação permanente, na força da Lei 4.771, de 15 de Setembro de 1965, as florestas e demais formas de vegetação natural existentes nas nascentes dos rios.

Art. 2º. Para os fins do disposto no artigo anterior, será constituída, nas nascentes dos rios, uma área em forma de paralelograma, denominada Paralelograma de Cobertura Florestal, na qual são vedadas a derrubada de árvores e qualquer forma de desmatamento.

De todo o exposto é que se compreende a necessidade de proteção da vegetação localizada à margem dos corpos d'água, em qualquer de suas modalidades, com vistas a evitar o prejuízo ecológico e a poluição hídrica. Os problemas ambientais, segundo Rodrigo Andreotti Musetti<sup>242</sup>, decorrentes de "obras de canalização de córregos (cursos d'água) e da retirada da cobertura

<sup>240</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 174.

<sup>241</sup> Tratando da mesma matéria de forma compatível, o Estado do Ceará, no poder-dever lhe conferido pelo inc. III do §1º do art. 225 da Constituição Federal, editou a Lei nº 12.522, de 15 de Dezembro de 1995, a qual definiu como áreas especialmente protegidas as nascentes e olhos d'água e a vegetação natural no seu entorno. Segundo tal diploma legal, será determinado, nas nascentes e olhos d'água, um perímetro denominado Perímetro de Conservação de Nascentes e Olhos D'água, onde é proibida qualquer forma de desmatamento vegetal.

<sup>242</sup> MUSETTI, Rodrigo Andreotti (autor) & SILVA, Bruno Campos (coordenador). **A Canalização de Córregos e o Direito à Paisagem Hídrica no Brasil** in **Direito Ambiental: Enfoques Variados**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, pp. 182/183.

vegetal (áreas de preservação permanente, etc.) caracterizam-se por inundações, assoreamento dos cursos d'água, alterações no balanço hídrico, alterações no clima”.

Daí o porquê da preocupação do legislador ordinário, que não se restringe aos recursos hídricos propriamente ditos, mas ao manancial por completo, na medida em que os componentes do ecossistema hídrico, sejam eles fatores bióticos ou abióticos, devem manter entre si relações harmônicas com vistas à consecução do fim almejado constitucionalmente, relativo ao equilíbrio ecológico como condição “essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*)

#### **4. DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE RECURSOS HÍDRICOS**

A forma federativa de Estado pressupõe a divisão territorial do poder com a descentralização e, conseguintemente, a democratização na tomada de decisões governamentais. Assim, o cidadão se sujeita a mais de uma organização político-administrativa, a saber a nacional, a regional e, no caso brasileiro, a local.

Aliás, os interesses em tais níveis são aqueles que, conjuntamente, formam a chamada “vontade nacional”, sendo que o governo central é dotado ao mesmo tempo de soberania e autonomia, ao passo que os demais entes federativos são revestidos exclusivamente por autonomia. Outrossim, tal autonomia alcança os âmbitos administrativo, político, legislativo e financeiro.

No Brasil, à União foram atribuídas constitucionalmente tanto a soberania quanto a autonomia, sendo que esta última foi conferida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na forma da combinação dos arts. 1º e 18 da Carta Magna, sendo que estes últimos foram caracterizados como ente federativo

de forma pioneira na organização federativa brasileira, não se encontrando cenário similar em nenhum outro regime federativo.

No mais, a doutrina tem-se inclinado à unanimidade ao dispor que o princípio federativo tem por elementos caracterizadores (a) a diferenciação entre a soberania atribuída à União e a autonomia pertinente a todos os entes federativos; (b) a participação de todos os entes na formação da chamada “vontade nacional” e (c) a distribuição de competências em matéria executiva, legislativa e jurisdicional.

Este último requisito constitui o objeto de estudo do presente Capítulo, em que serão analisados os aspectos teóricos e doutrinários do tema, para, após, partir-se para o enquadramento, no assunto, dos recursos hídricos, destacando-se a problemática gerada pelo texto constitucional e sugerindo-se solução.

#### **4.1. Repartição Constitucional de Competências e sua Condição de Requisito do Princípio Federativo**

Em doutrina, costuma-se informar que a autonomia de que são dotadas as entidades federativas deve ser visualizada sob os aspectos administrativo, político, financeiro e legislativo. O primeiro pressupõe a sistematização organizacional em órgãos e entidades próprios, desvinculados da estrutura administrativa dos demais entes federativos. A autonomia política implica a independência que os governantes de um nível devem manter em relação aos demais dirigentes. A autonomia financeira, por sua vez, refere-se à capacidade que tem cada ente federativo de dispor de meios econômicos próprios, arrecadando-os e gastando-os de forma independente.

Quanto à autonomia legislativa, é por intermédio dela que os entes federativos estão autorizados a criar suas leis próprias, inclusive disciplinando juridicamente as demais modalidades de autonomia. A capacidade legislativa de cada nível federativo é limitada e restrita, organizada de forma que a autonomia de um deles não se sobreponha à dos demais.

Nestes termos, a distribuição das matérias a ser objeto de disciplinamento normativo deve ser responsabilidade da *Lex Mater*, a qual tem por desiderato básico a organização estatal que, no que tange ao princípio federativo, deve atentar de forma racional para a distribuição espacial do poder legislativo. Nasce daí a questão da repartição constitucional de competências, que pressupõe a idéia de que a cada ente federativo foi indicado um rol de assuntos que podem receber a respectiva regulamentação legislativa.

A distribuição de competências é corolário do pacto federativo, na medida em que é nela que encontra sua fundamentação essencial. Nestes termos, a repartição de competências, advinda da autonomia legislativa, constitui princípio capital que admite a harmonia e conexão entre o governo central e os demais entes federativos.

Assim, a repartição de competências se efetiva através do exercício harmônico de tal prerrogativa para cada um dos entes federativos, a quem a Constituição não autoriza a invasão de atribuições no campo legislativo dos demais, sob pena de rompimento do *pactum foederis*. É por esta razão que cabem à própria Constituição a distribuição de matérias e a delimitação de limites no exercício da respectiva competência legislativa.

Assim, algumas matérias são de competência concorrente, em que cada ente tem uma parcela de responsabilidade no disciplinamento legislativo; outras, de competência privativa, na qual somente a um dos entes cabe a função de revestir a matéria com regulação jurídica. É nestes termos que também se expressa Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>243</sup>:

<sup>243</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 181.

A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de direito por elas. A noção de autonomia vincula-se, portanto, ao sistema de repartição de competências (*Kompetenzverteilung*) que determina a eficácia do próprio princípio federativo.

Nos regimes federativos adotados modernamente, em que a repartição de competências é constitucionalmente assegurada, vislumbram-se dois modelos de características bem distintas: (a) o que estabelece um rol de matérias a serem legisladas privativamente pelo poder central, ficando os demais entes com a competência residual; e (b) o que, ao contrário, discrimina as matérias a serem regulamentadas pelos entes federados, restando os tópicos remanescentes para o governo central.

No primeiro regime apontado acima, a competência privativa deve ser expressa e *numerus clausus*, ou seja, o elenco das matérias a serem regulamentadas privativamente pelo poder central deve ser taxativo e explícito, ao passo que as matérias remanescentes são referidas de forma genérica, tácita e implícita. Ao inverso, o segundo caso é baseado (a) em rol taxativo e expresso de assuntos a serem objetos de legislação pelos entes federados e (b) em referência abstrata da competência legislativa federal que, neste caso, é residual.

Jorge Miranda introduz esta abordagem na classificação dos modelos federativos quanto à relação jurídica entre os entes federativos, isto é, federalismo dualista e federalismo cooperativo<sup>244</sup>. O primeiro refere-se a distribuição rígida de competências entre o poder central e os entes federados, sem possibilidade de inversão de atribuições, ao passo que o segundo consiste no modelo, hodiernamente mais utilizado, em que se constata a colaboração mútua entre todas as entidades federativas na busca pelo fim comum, através de uma comedida flexibilidade na repartição de competências.

Segundo o constitucionalista lusitano<sup>245</sup>,

---

<sup>244</sup> A matéria foi discutida à saciedade no item 2.3.

<sup>245</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 312.

no federalismo clássico (Estados Unidos, Suíça), procede-se a uma repartição horizontal ou material: o dualismo de soberania envolve um dualismo legislativo e executivo (o Estado federal faz e executa as suas leis, e o mesmo fazem os Estados federados). No federalismo dito cooperativo (Alemanha), tende-se a uma repartição vertical: o Estado federal legisla ou define as bases gerais da legislação e os Estados federados executam ou desenvolvem as bases gerais.

Ressalta-se, ainda, que a repartição de competências, inclusive a de âmbito meramente administrativo, implica a inexistência de hierarquia entre os entes que formam o Estado federal. Assim, o poder central não se encontra num patamar hierárquico superior ao regional, nem este ao local. O que há entre eles é a necessidade de cumprimento fiel dos limites constitucionalmente discriminados quanto à respectiva competência, quer legislativa, quer administrativa. Tal assunto, no entanto, será abordado com maior profundidade oportunamente.

Cumprido, neste momento, a referência à modernização dos modelos de repartição de competências, que flexibiliza as competências privativas e residuais e faz gerar-se um campo comum de alçada, em que a responsabilidade é, conjuntamente, de todos os entes autônomos. Assim, o poder central, o regional e o local têm, ao mesmo tempo, competências privativas e comuns.

No caso das competências comuns, relativas às matérias sobre as quais todos os entes federativos podem, conjuntamente, criar normas reguladoras, cabe à Constituição estabelecer os limites e a forma de gerência das funções respectivas, de modo a evitar a invasão de uma esfera poder no círculo de competência de outra e, conseqüentemente, o abalo do pacto federativo.

Ocorre que, mesmo no caso das Constituições analíticas, muitas vezes se revela inviável o disciplinamento detalhado e específico das situações que seriam enquadradas expressamente como competência federal, estadual ou municipal. Nasce deste cenário o princípio doutrinário denominado “princípio da predominância de interesses”, aplicável precipuamente no campo concorrente das atribuições dos entes federativos. É sobre tal princípio que serão destinadas algumas linhas adiante.

## 4.2. O Princípio Teórico-Doutrinário da Predominância de Interesses e sua Ineficiência Prática

O princípio da predominância de interesses representa a base teórica de que dispõe o legislador constituinte originário ao distribuir as competências, legislativas e materiais, entre os entes federativos, proporcionando-lhe um direcionamento filosófico a partir da essência do interesse conexo a cada um dos entes federativos.

Em suma, o constituinte originário confere ao poder central as questões de índole nacional; ao poder estadual, as de âmbito regional; e ao poder municipal, as de caráter local. Para André Ramos Tavares<sup>246</sup>, tal princípio “significa, sucintamente, que à União cabe tratar das matérias de interesse geral, nacional e amplo. Aos Estados, daquelas que suscitam um interesse menor, mais regional. Por fim, aos Municípios cabe tratar das matérias de interesse restrito, especialmente local, circunscrito a sua órbita menor”.

Ocorre que o princípio, em não raras vezes, se revela inoperante e ineficaz na prática. Não são muitas as situações que se enquadram como relativa a interesse estritamente local, regional ou nacional. Ou seja, muitas vezes o aplicador ou intérprete se depara com conjunturas em que não consegue determinar-lhe a essência como local, regional ou nacional, pois as abrangem todas, em maior ou menor medida.

Tampouco tem repercussão prática a proposta, de André Ramos Tavares<sup>247</sup>, de solução da problemática a partir da diferenciação entre

---

<sup>246</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 999.

<sup>247</sup> Entende o citado constitucionalista (*in* **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1000), a este respeito, que “todos os interesses terão repercussão em cada uma das três esferas citadas. É por isso que se fala em “predominância” e não em “exclusividade”. Difícil ou impossível será a tarefa de sustentar uma matéria como sendo



“predominância” e “exclusividade” de interesses. Ora, no que tange à exclusividade, não se consegue visualizar sequer uma única circunstância em que somente o interesse de um ente federativo pode-se lhe relacionar. Assim, parece inexistir algum interesse exclusivamente local, regional ou nacional, pois a atuação de um dos entes federativos acaba gerando alguma repercussão, mínima que seja, positiva ou negativa, nos demais.

Mais razoável é a visão de Uadi Lammêgo Bulos<sup>248</sup>:

Acontece, porém, que certos assuntos não dizem respeito, apenas, à União, sendo de interesse também dos Estados. Noutros casos, temas de interesse local, repercutem no País inteiro (...) Resultado: o princípio da predominância do interesse, embora seja uma excelente regra para nortear a repartição de competências federativas, não consegue resolver a unanimidade das situações submetidas a seu crivo. Daí as técnicas de repartição de competências, que procuram contribuir para o equacionamento do grave problema da distribuição de competências federativas nos Estados contemporâneos.

No Brasil, ciente da problemática da ineficácia prática do princípio da predominância de interesses, o legislador constituinte de 1988 não o descartou por completo, mas também não se baseou exclusivamente nele para repartir as alçadas legislativas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Ao contrário, propôs parâmetros híbridos de repartição de competências: a do princípio e a do elenco expresso e taxativo.

E assim o fez, nos seguintes termos: à União atribuiu matérias privativas (art. 22) e concorrentes (art. 24); aos Estados, matérias delegadas (art. 22, §ú), concorrentes (art. 24), suplementares (art. 24, §§1º ao 4º) e residuais (art. 25, §1º); e aos Municípios, matérias privativas (art. 30, inc. I) e suplementares (art. 30, inc. II). Estabeleceu, ainda, as relações e soluções de eventuais antinomias no âmbito da competência concorrente, disciplinando que ao Estado cabe observar e suplementar a legislação federal e ao Município, a legislação federal e estadual.

É neste mesmo sentido que disserta Walber de Moura Agra<sup>249</sup>:

---

exclusivamente de âmbito nacional, regional ou local.

<sup>248</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 757.

Em decorrência da dificuldade de se precisar a quem pertence determinado interesse, o critério de repartição de competência adotado pelo Brasil não foi realizado apenas através da definição de qual ente estatal teria predominância na matéria, seguindo a fórmula de que, se o interesse fosse predominantemente nacional, caberia à União; se fosse estadual, ao Estado; se fosse municipal, ao Município. O critério escolhido foi o híbrido, também influenciado pelas decisões políticas tomadas em um contexto social determinado, pela tradição histórica e pela real possibilidade de implantação das competências, haja vista que aquelas matérias que necessitam de grande aporte financeiro ou de uniformidade legislativa na federação devem ficar ao encargo da União.

Cabe ainda aqui, no que pertine à competência legislativa da União, explicar acerca de uma pouco comentada diferenciação entre lei federal e lei nacional, pois relevante o enquadramento da Lei nº 9.433/97, que disciplina a Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e mantém irrefutável relevância com a matéria discutida neste trabalho acadêmico, em um dos dois conceitos.

Por lei nacional entende-se a proveniente do órgão legislativo federal – o Congresso Nacional – que, imperativamente, vincula não somente a União, mas os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que são obrigados, mesmo se eventualmente autorizados a legislar sobre a mesma matéria, a observar os limites estabelecidos na citada lei. Neste caso, a autonomia legislativa pertinente aos Estados e Municípios é reduzida e limitada.

Ao seu turno, a lei federal é aquela também oriunda do Congresso Nacional, mas que gera efeitos jurídicos somente em nível federal, na medida em que, mesmo na vigência da citada lei federal, os Estados e Municípios podem legislar de forma plena, na medida em que não lhe devem observância, senão à própria Constituição Federal<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 241.

<sup>250</sup> Exemplo que parece apto a clarear a diferenciação proposta é a do Código Tributário Nacional, que, como diz sua denominação, trata-se de lei nacional em função da vinculação que impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Por outro lado, como lei federal pode ser citada a Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Tal diploma legislativo, por ser federal, repercute somente neste nível federativo e não traz quaisquer conseqüências aos Estados, ao Distrito Federal e ao Município, que podem livremente – observados apenas os limites constitucionais – estabelecer os próprios regimes jurídicos para seus respectivos servidores públicos.

Diante de tais termos, parece que a Lei nº 9.433/97, que, reitera-se, disciplina a chamada “Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”, enquadra-se na primeira hipótese, ou seja, na qualidade de lei nacional. Neste ponto, pede-se vênua a Fabiana Santos Dantas<sup>251</sup> para discordar frontalmente de seus ensinamentos, que são os seguintes:

O que se denomina “Política Nacional” é, na verdade e ao fim, uma política para os recursos hídricos federais, uma vez que os Estados não são obrigados a seguir o modelo gerencial previsto na Lei 9.433/97, pois são dotados de autonomia para gerir seus próprios bens. Em primeiro lugar, porque não há competência da União para instituir normas gerais nessa matéria administrativa e, em segundo lugar, porque o Plano Nacional dos Recursos Hídricos não é vinculante para os Estados, vez que perdeu a natureza de lei em virtude do veto presidencial ao art. 35, VIII, da Lei 9.433/97.

Ora, os Estados, não obstante a redação do art. 22, inc. IV, da Constituição Federal (e aqui se apresenta o cerne do que merece discussão no presente capítulo), estão autorizados a disciplinar, via norma jurídica, a utilização dos recursos hídricos de seu próprio domínio. Mas, neste caso, a competência não é plena, pois em verdade estão os Estados limitados pelas diretrizes gerais discriminadas na referida Lei nº 9.433/97.

Outrossim, diz a autora que à União não cabe constituir normas gerais de recursos hídricos, o que em absoluto condiz com o teor do Texto Magno, precipuamente quanto aos parágrafos do art. 24, que disciplinam a relação entre as normas federais e estaduais relativas à competência concorrente e que serão objeto de esclarecimentos mais minuciosos adiante.

E mais: dizer que todo um diploma legislativo perdeu esta qualidade em função do veto de um único de seus 57 (cinquenta e sete) dispositivos não encontra qualquer amparo lógico ou jurídico.

Assim, parece mais razoável entender a Lei nº 9.433/97 como de caráter nacional, gerando efeitos principalmente em nível federal, mas também

---

<sup>251</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, PP. 297/298.

estadual. Os Estados, diante desta conjuntura, estão autorizados a legislar sobre águas, instituindo seu próprio Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos e critérios mais específicos da outorga e da cobrança pela utilização das águas, desde que observem, de forma irrefragável, os limites gerais propostos no referido diploma legislativo.

Nestes termos, se a Lei nº 9.433/97 estabelece que (a) a água é um bem de domínio público (art. 1º, inc. I) e que (b), em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais (art. 1º, inc. III), à eventual lei estadual sobre recursos hídricos não é juridicamente possível (a.1) admitir a existência, em seu território, de corpos d'água particulares, tampouco (b.1) de viabilizar a utilização dos recursos hídricos para fins de irrigação, quando em estado de insuficiência hídrica.

#### **4.3. Classificação das Competências Federativas: Competência Material e Competência Legislativa em Matéria de Recursos Hídricos**

Complementando o informado nas linhas anteriores, a Constituição Federal de 1988, ratificando a aplicação do princípio da predominância de interesse que se concretiza através do elenco taxativo de atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, classificou as competências federativas em dois grandes grupos: (a) competência material, (b) competência jurisdicional e (c) competência legislativa. Tal matéria, assim, mantém pertinência tanto com o princípio federativo como quanto o princípio da separação de poderes (CF/88, art. 2º).

Competência material ou administrativa é aquela de responsabilidade do Poder Executivo ou da Administração Pública, estritamente considerada. Refere-se ao atuar, ao agir ou ao fazer. É a prestação direta de

serviços públicos (sentido positivo), bem como a limitação da liberdade particular em prol de um interesse público mais relevante (sentido negativo).

A competência material pode ser:

a) exclusiva da União, no caso das matérias elencadas no art. 21 da Constituição Federal, em que somente tal ente federativo tem o poder-dever constitucional de desempenhar as atividades ali previstas. Assim, se o Estado ou Município executar qualquer das atribuições do art. 21, a conduta deverá ser declarada inconstitucional.

b) comum, quando todos os entes federativos são encarregados de exercer, conjuntamente, as matérias constantes do art. 23. A inércia de um ente federativo não justifica a de outro, tampouco a plena execução de qualquer das atividades ali arroladas por um ente não dispensa os outros da mesma função. A cooperação entre os entes federativos, para o cumprimento dos desideratos discriminados no referido dispositivo constitucional, deve, nos termos de seu parágrafo único ser disciplinada em leis complementares.

A propósito do tema em estudo, a competência para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, inc. XIX) é exclusiva da União. Nestes termos, cabe à União – e somente a ela – a organização do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e que o fez por intermédio da Lei nº 9.433/97. Ao Estado, quando muito, cabe a constituição de um sistema estadual de gerenciamento de recursos hídricos.

Quanto à competência jurisdicional, consiste na divisão de matérias entre o Poder Judiciário Federal e o Estadual para fins de aplicação da jurisdição e de solução de conflitos. O sistema adotado constitucionalmente é o do elenco taxativo de atribuições da Justiça Federal em primeira instância, previsto no art. 109, e a competência residual das Justiças Estaduais.

Acerca do tópico em comento, o inc. I do art. 109 da Constituição Federal<sup>252</sup> estabelece que a responsabilidade judicial é federal se atuar na ação a União, diretamente, ou autarquia federal, *in casu* a Agência Nacional de Águas (ANA) ou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). É ainda atribuição da Justiça Federal o julgamento de casos que envolvam bens ou interesses da União, como é o caso de dano ecológico ou crime ambiental ocorrido em corpos d'água de domínio federal, conforme previsto no art. 20, inc. III.

Por outro lado, em função de sua competência residual, à Justiça Estadual cabe o julgamento de casos, criminais ou não, que envolvam como parte processual qualquer órgão ou entidade componente do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, ou mesmo os de caráter ambiental, subordinados ou vinculados às Administrações Públicas estaduais ou municipais. Ademais, quando houver dano ecológico ou crime ambiental em qualquer dos corpos d'água previstos no art. 26, inc. I, da Constituição Federal, a competência jurisdicional também é atribuída ao Judiciário Estadual.

A respeito da competência legislativa, que efetivamente constitui o objeto do presente item, refere-se à aptidão constitucional de disciplinar, por intermédio de normas jurídico-legislativas<sup>253</sup>, as matérias elencadas taxativamente e as referidas apenas de forma implícita pelo Texto Magno. Nestes termos, a competência pode ser:

a) privativa (*ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz*), pertinente às matérias constantes do art. 22, sobre as quais a União – e somente a União – pode legislar. Assim, a edição de normas legislativas sobre qualquer

---

<sup>252</sup> Tal dispositivo constitucional dispõe o seguinte: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

<sup>253</sup> Quando o Poder Público disciplina determinada matéria por meio de ato administrativo (Decreto, Instrução Normativa, Resolução, Regulamento etc.), não cumpre função legislativa, mas material. Assim, atine à competência legislativa apenas as matérias disciplinadas por meio de lei (complementar, ordinária ou delegada) ou medida provisória.

dos tópicos ali elencados, pelo Estado ou pelo Município, seriam inconstitucionais, por afronta ao princípio da conformidade funcional.

b) concorrente (*konkurriende Kompetenz*), relativa ao rol de tópicos sobre os quais todos os entes federativos, conjuntamente, têm capacidade legislatória. Trata-se do objeto do art. 24 da Constituição Federal, que elenca, em 16 (dezesseis) incisos, as matérias a serem regulamentadas concorrentemente.

A doutrina costuma identificar, sobre esta divisão da competência legislativa, uma outra relação a partir das técnicas de repartição horizontal (privativa) e vertical (concorrente). É assim em Toshio Mukai<sup>254</sup>, Paulo José Leite Farias<sup>255</sup> e Rosah Russomano<sup>256</sup>. Ocorre que tal relação não parece conveniente, principalmente no que tange à técnica vertical de repartição de competências, na medida em que gera uma idéia de hierarquia entre as normas expedidas pelos entes federativos, o que geraria também a noção da existência de hierarquia entre eles próprios, o que não conta com qualquer respaldo doutrinário.

Pois bem, a competência privativa da União se forma a partir de rol taxativo de matérias, quais sejam as constantes do art. 22, acerca das quais somente a lei federal pode disciplinar. Não obstante, pode eventualmente lei complementar federal delegar aos Estados – mas não aos Municípios – a competência para regular algum dos temas originariamente privativos da União. É o que disciplina o parágrafo único do citado dispositivo constitucional: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Enquanto a competência privativa restringe a aptidão para editar normas jurídicas a apenas um ente federativo, *in casu* a União, a competência

---

<sup>254</sup> MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 16.

<sup>255</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 287.

<sup>256</sup> RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997, p. 307.

concorrente é a que faculta a mais de um ente federativo<sup>257</sup> a criação de normas regulamentares. A conclusão a que chega a conjuntura é que à União tanto cabe a competência privativa quanto, também, a concorrente, neste último caso responsabilizando-se pela instituição de normas de cunho genérico.

A tendência é, segundo Vladimir Passos de Freitas<sup>258</sup>, “ficar a União com a elaboração de normas gerais, deixando para as demais pessoas políticas a especificação das condutas, sempre atentando-se para a realidade local”.

Aliás, a cada ente federativo a Constituição atribui mais de uma modalidade de competência legislativa: à União, conforme as linhas acima, cabe a competência privativa e concorrente (arts. 22 e 24); aos Estados e Distrito Federal, a competência delegada (art. 22, §4º), concorrente (art. 24), suplementar (art. 24, §§1º a 4º) e residual (art. 25, §1º); aos Municípios, a competência privativa (art. 30, inc. I) e suplementar (art. 30, inc. II).

Não obstante o tratamento constitucional da matéria e o estudo ocasionalmente simplista da doutrina, o que se verifica na prática é que o conteúdo dos dispositivos acima citados gera inúmeros embaraços procedimentais entre os diversos órgãos ou entidades competentes para o trato da matéria. Acerca da distribuição de competências materiais, às vezes, uma entidade, deixando de cumprir desiderato institucional, atribui-o a terceiros; noutras, verificam-se sobreposição de atividades e competição entre as entidades.

O quadro se agrava quando referente à repartição de competências legislativas, dada a redação às vezes dúbia e indefinida do Texto Magno. Paulo de Bessa Antunes<sup>259</sup> também detectou a conjuntura negativa gerada pela sistemática confusa da Constituição:

<sup>257</sup> Reitera-se, aqui, o teor do contido no item 2.8., que trata da competência municipal para legislar sobre as matérias constantes do art. 24 da Constituição Federal, especialmente aquelas relativas a meio ambiente, mesmo não se lhe fazendo menção no *caput* do citado dispositivo. É que o art. 30, incs. I e II, atribui aos Municípios a capacidade para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

<sup>258</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

<sup>259</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 104/105.



O fato é que a nossa realidade concreta indica a existência de uma verdadeira “superposição legislativa”, com normas que se atropelam, tratam do mesmo assunto e tornam o universo normativo bastante obscuro. A desconexão e o desentrosamento entre os diversos órgãos e níveis de poder encarregados da proteção ambiental têm sido contestados com bastante frequência, muito embora não consigam ser superados. Na verdade, existe um avanço dos órgãos federais sobre os estaduais e municipais, de maneira cada vez mais insinuante.

Elida Séguin<sup>260</sup> demonstra a mesma preocupação:

As incertezas jurisdicionais existem e originam-se basicamente de termos vagos. Há uma imprecisão na competência federal no tocante às águas reservas, ou de interjurisdição, nos casos de águas entre dois ou mais Estados, ou quando houver interesse nacional, bem como uma obscuridade quanto à identificação do que é “interesse nacional” que permite ao governo federal ter seus poderes estendidos. O resultado de um sistema confuso de distribuição de competências cria uma administração pública titubeante que se transforma em instrumento para interesses políticos e prioridades privadas.

De fato, a crítica que fazem os autores, acima aludidos, é lúcida e de acordo com a realidade fática dos sistemas administrativos de meio ambiente e de recursos hídricos. Ao atribuir a competência ambiental, quer administrativa, quer legislativa e quer ainda jurisdicional, à União, aos Estados e aos Municípios, mas sem delimitar-lhes um campo de incidência específico para cada nível federativo, a Constituição deu margem ao surgimento deste cenário contraproducente.

Especificamente acerca do assunto ora discutido, a atribuição à União da competência privativa para legislar sobre águas é uma aberração que não encontra qualquer justificativa plausível, como se os Estados – a quem a Constituição atribuiu o domínio de certos corpos d’água – estivessem impedidos de disciplinar, via norma jurídica, a matéria. A proposta de solução da problemática será oportunamente apontada, deixando-se, desde logo, registrada a incoerência, neste aspecto, do Texto Magno.

---

<sup>260</sup> SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 190.

#### **4.4. As Formas de Manifestação das Competências Legislativas Estaduais: Delegação, Suplementação e Complementação**

O legislador constituinte originário de 1988, ao repartir entre os entes federativos as competências legislativas, fê-lo sob os auspícios abstratos do princípio da predominância de interesses e através da discriminação taxativa dos temas a sofrerem regulamentação. Dessa forma, adotou tanto a fórmula das competências enumeradas quanto remanescentes, sendo aquelas precípua à União e estas, aos Estados. Por sua vez, os Municípios são responsáveis, em regra de forma privativa, pelos assuntos de interesse predominantemente local.

Feitas estas considerações, que ratificaram o contido nos itens anteriores, mostra-se oportuna a verificação detalhística das noções de competência legislativa, em seus aspectos privativo, delegado, complementar e suplementar, todos previstos constitucionalmente. Esclarece-se, ademais, que a discussão doravante levará em consideração somente os tópicos envolvendo a União e os Estados, na medida em que a competência legislativa municipal, precipuamente acerca de meio ambiente, já fora efetivamente discutida no item 2.8. Destarte, na condição de ente federativo ao qual a Carta Magna não atribuiu o domínio hídrico, o Município perde um pouco de sua relevância na presente discussão.

Pois bem, a primeira forma pela qual se manifesta a competência legislativa é aquela que, em rol *numerus clausus*, a Constituição atribui particularmente à União a capacidade jurídica de editar as normas tendentes a regulamentar as matérias contidas no art. 22. Trata-se da competência legislativa privativa da União.

Aqui se verifica uma clara e necessária centralização de poder, na medida em que o elenco de tópicos do art. 22 espelha o interesse

predominantemente nacional<sup>261</sup>. O raio de incidência, portanto, de quaisquer das normas editadas por força do art. 22 abrange todo o território brasileiro, inviabilizando-se o tratamento diferenciado entre Estados, bem como impedindo que um Estado adote um comportamento de forma diferente do assumido por outro.

Ocorre que, nestes termos, a competência legislativa da União é meramente privativa, o que pressupõe a ausência de uma rigidez absoluta da capacidade concentradas nas mãos do poder central. Assim, a Constituição admite, em determinadas hipóteses, que o Estado possa normatizar alguns dos assuntos previstos no art. 22, desde que seja tal possibilidade prevista em lei complementar.

Nasce daí a diferença que a doutrina costuma visualizar entre competência privativa e exclusiva. Aquela se refere à competência legislativa, ao passo que esta última, à competência material ou administrativa. A competência exclusiva implica o absoluto impedimento constitucional de o Estado agir em qualquer dos assuntos atribuídos especificamente à União e elencados no art. 21. Aqui, a matéria não comporta exceções.

Já no que tange à competência privativa – legislativa – a Constituição admite, em certas hipóteses, que a União conceda ao Estado a viabilidade de o mesmo responsabilizar-se por atribuição originária e restritamente sua. Trata-se da possibilidade de delegação, cabível em caso de edição de lei complementar com tal conteúdo. Neste sentido, Nelson Oscar de Souza<sup>262</sup> aduz que o fundamento de tal diferenciação “está em que a competência é privativa – não exclusiva – e, portanto, delegável”.

---

<sup>261</sup> No citado dispositivo, consta que o Direito Penal como de competência privativa da União. Assim, no que tange aos crimes ambientais, somente podem ser tipificados em lei federal, evitando assim o cenário esdrúxulo de uma determinada conduta ser considerada crime ambiental num Estado, sem sê-lo em outro.

<sup>262</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83.

Não obstante, o entendimento aqui esposado, apesar de merecer, não encontra unicidade na doutrina. Toshio Mukai<sup>263</sup>, por exemplo, não reconhece qualquer distinção entre as competências privativa e exclusiva, argumentando que o que entre elas existe seria uma mera questão terminológica. Luís Paulo Sirvinskas<sup>264</sup>, por sua vez, sequer menciona qualquer diferença entre competência privativa e exclusiva, pois, segundo sua teoria, tanto a competência material quanto a legislativa seriam exclusivas.

Ocorre que com tais posicionamentos não se pode concordar. A competência privativa é a que comporta exceção (no caso de lei complementar assim disciplinando), quando a competência exclusiva é de natureza absoluta. Este é o entendimento da doutrina mais abalizada. É assim, por exemplo, para Helene Sivini Ferreira<sup>265</sup>, cujas lições são nas seguintes palavras:

Ocorre, entretanto, que nem todos os entes federativos estão autorizados a delegar competências e, portanto, tal distinção não apenas é necessária, mas ultrapassa a mera questão terminológica. (...) Em razão da utilização de um modelo organizacional que concentra poderes na União, o critério adotado para diferenciar as competências privativa e exclusiva tem como fundamento a regra de delegação contida no parágrafo único do art. 22 da Constituição, o qual está associado à competência legislativa privativa da União e trabalha com poderes enumerados. Dessa forma, enquanto as competências privativas podem ser delegadas, as exclusivas devem ser exercidas em sua integridade por um único ente da Federação. Seria, portanto, um equívoco cogitar da possibilidade de que tais poderes fossem transmitidos.

Assim, a competência legislativa, quando específica da União, é privativa e não exclusiva, na medida em que admite, segundo previsão constitucional (art. 22, parágrafo único), a possibilidade de transferência da autoridade normativa. E tal possibilidade equivale à edição de lei complementar federal disponibilizando aos Estados a alçada legislativa acerca das matérias originariamente federais.

---

<sup>263</sup> MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 18.

<sup>264</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 87.

<sup>265</sup> FERREIRA, Helene Sivini (Autora); CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Competências Ambientais in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 207/208.

Ocorre que surge aqui uma nova questão. Pelo menos em relação à questão ecológica, não houve ainda qualquer indício de projetos de lei complementar autorizando os Estados a legislar. E, parece, não haverá. Assim, as matérias ambientais constantes do art. 22 permanecem sob a responsabilidade particular da União<sup>266</sup>, sem qualquer viabilidade jurídica de, pelo menos neste momento, transferir-se a competência normativa aos Estados.

Paulo de Bessa Antunes<sup>267</sup> é mais pessimista. Segundo seu entendimento, por implicar a diminuição do poder central, a União não pretende dispor de tal competência e transmiti-la aos Estados. A competência privativa é, para o autor, “competência legislativa que só pode ser exercida pelos estados mediante autorização dada por lei complementar federal para casos específicos. Esta hipótese, na prática, é longínqua, visto que implica diminuição de poder”.

Celso Ribeiro Bastos<sup>268</sup> não é menos crítico. Segundo seu entendimento:

É facilmente perceptível e antecipável que essa legislação complementar não ocorrerá. A União será sempre mais tentada a de uma vez legislar sobre esses pontos (do art. 22) do que a cuidar de uma difícil lei complementar que especificará os pontos que depois serão versados pelos Estados. É, portanto, uma concessão hipócrita, falsa, tentar manter a aparência de uma competência estadual que não mais existe.

Ocorre que, improvável ou não, a delegação está efetivamente prevista pelo Texto Magno, sendo justamente esta possibilidade o critério de diferenciação entre a competência privativa, de cunho normativo, e a competência exclusiva, de natureza administrativa. Trata-se, portanto, da competência delegada ao Estado para legislar sobre matérias, ambientais ou não, previstas originariamente como de competência privativa da União.

<sup>266</sup> As matérias constantes do art. 22, que mantêm pertinência ao meio ambiente, são as previstas nos seguintes incisos: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIV - populações indígenas; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza.

<sup>267</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 107.

<sup>268</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 262.

No art. 24, a Constituição Federal atribui à União e aos Estados a autoridade para disciplinar, por meio de normas jurídico-legislativas, matérias que são concomitantemente de interesse nacional e regional. Aqui são visualizados os tópicos que mantêm uma relação mais direta e estreita com a questão ecológica, nos seguintes termos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

...

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Trata-se da competência legislativa concorrente, por intermédio da qual tanto a União quanto os Estados possuem alçada constitucional para disciplinar normativamente as matérias constantes do citado dispositivo. Sobre o tema, a doutrina passa a admitir duas modalidades de competência concorrente: (a) a competência cumulativa e (b) a competência não-cumulativa.

A primeira se refere à aptidão de todos os entes federativos de legislar de maneira conjunta e sem limitações jurídicas impostas por um ente em detrimento do outro. Já a competência não-cumulativa se refere ao grau de abstração que deve permear cada um dos níveis normativos, ou seja, ao poder central cabem as normas genéricas<sup>269</sup> e ao poder regional, as normas específicas.

Esta última hipótese é a assumida pelo legislador constituinte brasileiro. Para a consecução de harmonia legislativa, passível em razão de

---

<sup>269</sup> Luís Carlos Silva de Moraes (*in Curso de Direito Ambiental*. 2º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 56) insere convenientemente no tema o princípio da isonomia: “A lei é genérica por excelência e, nessa qualidade, reside sua importância. Aplicável a todos, de forma impessoal, como forma de garantir que todos são iguais perante a lei (art. 5º), devendo assim se manter enquanto possível, tratando as especialidades introduzidas como exceções de interpretação restrita, sob pena de, assim não se fazendo, infringir o princípio da isonomia”. No mesmo sentido, professora Paulo José Leite Farias. (*in Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 294): “Normas gerais (...) são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja, normas de aplicação isonômica em todo o território nacional”.

eventuais antinomias entre normas federais e estaduais, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para a edição de normas de cunho genérico e abstrato e aos Estados, dadas suas peculiaridades, a competência supletiva e complementar.

Trata-se do conteúdo dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 24. ...

§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Esta sistemática de distribuição de competências legislativas foi inspirada na ordem constitucional alemã, cujas características federativas são, em vários aspectos, assemelhadas à adotadas pelo legislador constituinte pátrio. É o que lembram Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>270</sup>, para quem, “além do regime de competências privativas e exclusivas, a Constituição Federal determinou, nos moldes da Constituição alemã, regime de competências concorrentes, cabendo à União, neste caso, legislar sobre as normas gerais, deixando aos Estados competência complementar e supletiva”.

Neste mesmo sentido, leciona Pinto Ferreira<sup>271</sup>:

Esta orientação deriva aliás do regime constitucional social-weimariano de 1919. A origem do art. 24 da Constituição brasileira de 1988 deriva do art. 10 da Constituição alemã de 1919, determinado que “O *Reich* pode fixar normas gerais por via legislativa” (“*Das Reich kann im Wege der Gesetzgebung Grundgesetze aufstellen*”). De acordo com esta disposição, o governo federal poderia fixar normas gerais, sem descer a pormenores, o que ainda acontece com a Constituição de Bonn de 1949, nos arts. 71 e 73. A mesma origem tem o art. 24 da Lei Magna de 1988.

De todos estes termos, verifica-se que a União tanto pode legislar de forma privativa, no caso das matérias constantes do art. 22, como de maneira genérica, *ex vi* o disposto no art. 24. Na competência privativa, a União não se

<sup>270</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental** *in* **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 47.

<sup>271</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996, pp. 255/256.

restringe por limite ou expansão da abstração: são cabíveis tanto as normas gerais como as específicas, ficando a critério do próprio legislador federal definir a extensão e a amplitude de suas regras. No caso da competência concorrente, ao contrário, a União deve se limitar à edição de normas genéricas, a fim de possibilitar aos Estados a transposição de tais normas às suas características específicas.

Não obstante a virtuosa intenção do legislador constituinte originário de 1988, o que se verifica na prática, pelo menos no que se refere à legislação ambiental, é que as normas emitidas pela União, ao invés de gerais, são demasiadamente detalhísticas e minuciosas, que, por isso, inviabilizam aos Estados o enquadramento de tais normas às suas peculiaridades. É o que também adverte Luís Paulo Sirvinskas<sup>272</sup>, para quem, “no Brasil, as normas gerais estabelecidas pela União são, em regra, extremamente detalhistas, restando aos Estados e ao Distrito Federal pouco ou nenhum espaço para legislar”.

Assim, vislumbra-se hoje uma centralização excessiva da tomada de decisões, no campo normativo, em âmbito federal, na medida em que a União, ao legislar privativa e concorrentemente, acaba estabelecendo normas genéricas e também específicas, o que enfraquece o raio de ação legislativa dos Estados. No caso da competência concorrente, a norma federal deve ser geral para permitir aos Estados que desempenhem também a competência normativa, dentro dos limites que suas peculiaridades permitem.

Nestes exatos termos, Paulo Affonso Leme Machado<sup>273</sup> reconhece a problemática:

A norma geral federal diferencia-se da norma privativa federal. A norma geral situa-se no campo da competência concorrente limitada e a norma privativa não tem limite de extensão, pois pode conter não só o geral como o pormenor ou o detalhe. A norma geral federal deve deixar espaço para

<sup>272</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 92.

<sup>273</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme (Autor); CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Federalismo, Amianto e Meio Ambiente: Julgado Sobre Competência in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 225/226.



que os Estados ou os Municípios exerçam sua competência suplementar (art. 24, §2º). A norma geral federal não pode ser completa; caso contrário, converte-se em norma exclusiva ou em norma privativa. Assim, a competência privativa só abrange as matérias do art. 22 e não as constantes do art. 24 da Constituição.

Apesar de este ser o cenário no qual, de fato, é vislumbrada a legislação atual, os termos constitucionais são os que efetivamente merecem comentários da doutrina e que, por isso, serão atidos doravante. E, neste aspecto, a Constituição, disciplinando a competência legislativa concorrente, atribui à União as normas gerais e aos Estados, a norma suplementar.

Por norma suplementar entende-se a pertinente à atribuição específica do Estado no âmbito da competência legislativa concorrente, qual seja a de, observando os limites genéricos previstos na lei federal, disciplinar sobre as matérias constantes do art. 24 de forma específica e atentando às suas características próprias. A regra suplementar, neste contexto, não tem vida própria, pois sua finalidade, segundo Luís Carlos Silva de Moraes<sup>274</sup>, é “adaptar a regra geral às situações de fato, para que o bem jurídico possa ser protegido de forma satisfatória, pois somente a regra geral, nesses casos, mostra-se insuficiente”.

A este respeito, a competência estadual não se sobressai à da União, mas com ela harmoniza-se. A compatibilidade entre estes dois níveis normativos é possível com a observância dos exatos limites constitucionais da abstração da norma: a federal, geral, e a estadual, específica. A competência suplementar, assim, caracteriza-se pela adequação, pelo legislador estadual, dos parâmetros genéricos e abstratos definidos pela norma federal à especificidade concreta do Estado.

Suplementar, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado<sup>275</sup>, não é desunir. Suplementar “não é somente ornamentar uma norma geral, como

<sup>274</sup> MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. 2º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 57.

<sup>275</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme (Autor), CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Federalismo, Amianto e Meio Ambiente: Julgado Sobre Competência in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 229.

se essa competência representasse uma superfluidade. Adicional, completar e aprimorar a norma geral federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo. O contrário é praticar um federalismo ‘consentido’, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas”.

Ocorre que pode, eventualmente, o Estado se deparar com a necessidade de regulação de determinado objeto previsto no art. 24, sem que a União tenha ainda despertado também para tal necessidade. Assim, se não houver lei federal sobre o assunto, o Estado não está limitado juridicamente, dada a inexistência de parâmetros normativos genéricos a serem observados, e, por isso, pode legislar de maneira plena.

Trata-se do permissivo constitucional contido no §3º do art. 24, que rege: “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”, que disciplina a capacidade legiferante complementar. Não obstante a competência legislativa “plena” do Estado, ainda comporta esta algumas limitações que devem ser observadas. Tais limitações são verificadas no plano espacial e temporal.

No âmbito espacial, é evidente que a norma estadual só alcança aplicabilidade e eficácia no território do próprio Estado, que deve atender às suas peculiaridades e características específicas. Ultrapassando tais limites – a exemplo da legislação estadual que disciplina um ecossistema não verificado em seus limites territoriais ou verificado apenas num Estado vizinho – a norma estadual se sujeitaria à declaração de inconstitucionalidade. Também exorbitaria da capacidade normativa estadual a edição de norma jurídica, mesmo tendo por objeto qualquer dos tópicos previstos no art. 24, que implicasse interesse nacional, e não especificamente regional, na medida em que não atenderia suas peculiaridades.

A outra limitação é de índole temporal. Refere-se à hipótese expressamente prevista no §4º da art. 24 da Carta Magna, que rege: “A

superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Assim, havendo norma estadual precedente quando da edição de norma federal sobre o mesmo assunto, aquela deve adequar seu conteúdo ao desta última, sob pena de declaração de invalidade. Trata-se da aplicação da máxima, extraída do Direito Constitucional germânico, do *Bundesrecht bricht Landesrecht*, por intermédio da qual, no caso de antinomia entre norma federal e estadual, prevalece a primeira<sup>276</sup>.

É o que também entendem Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>277</sup>, pois, “no campo das competências concorrentes cumulativas há praticamente consenso doutrinário no sentido de que, havendo choque entre normas federais e estaduais, prevalecem as regras da União, desde que se conteúdo seja, efetivamente, de norma geral”.

Apesar de, à primeira vista, o contexto indicar uma pretensa hierarquia legislativa, a mesma é meramente aparente, pois a repartição constitucional de competência legislativa concorrente pertine ao regime federal cooperativo e, nesta qualidade, não admite relação de subordinação entre as entidades federativas.

Não é, entretanto, o que pensam Luís Paulo Sirvinkas<sup>278</sup> e Toshio Mukai<sup>279</sup>. Para este último, na competência concorrente, “avulta a hierarquia legislativa, onde o exercício primário do poder de legislar está a ela vinculado, com

---

<sup>276</sup> Tal máxima é utilizada em face dos inúmeros ramos do Direito Público. Entretanto, parece não ter aplicabilidade no caso de antinomias entre normas ambientais editadas por níveis federativos distintos, conforme se destacará oportunamente.

<sup>277</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental in *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 49.

<sup>278</sup> SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 96.

<sup>279</sup> MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 21.

a limitação dessa hierarquia ao campo estrito das normas gerais (União) e suplementares a estas, ainda em termos de normas gerais (Estados)”.

Felizmente, o entendimento dos autores não é confirmado pela doutrina mais abalizada, que atende pela inexistência de relação hierárquica entre as entidades federativas e, conseqüentemente, entre suas respectivas normas jurídicas. Nestes termos, o que se verifica, em realidade, é apenas uma antinomia gerada pela superposição de normas de diversos níveis incidente sobre um espaço territorial em comum, conforme a clássica teoria kelseniana<sup>280</sup>.

No mesmo sentido pensa, por exemplo, de Paulo José Leite Farias<sup>281</sup>, para quem o entendimento pela existência de hierarquia entre normas federais e estaduais “não deve prosperar, pois (...) não se fala em colisão de normas, mas, sim, em complementação; não há hierarquia, o que há, conforme visão de Kelsen (...) é a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território”.

Maria Helena Diniz<sup>282</sup> não possui posicionamento contrário:

Não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais; esta somente existirá quando houver possibilidade de concorrência entre as diferentes esferas de ação. Apenas nos casos de assuntos sobre os quais pode-se manifestar qualquer dos poderes, conjuntamente, isto é, na esfera de competência concorrente, e que se tem a primazia, por exemplo, da lei federal sobre a estadual.

De todo o exposto, verificada e confirmada a absoluta inexistência de hierarquia entre as normas editadas pela União e pelo Estado, conclui-se ainda a necessidade de observância de suas respectivas competências. Assim, se houvesse hierarquia, a norma federal, em nenhuma hipótese, perderia eficácia se confrontada com a norma estadual de mesmo conteúdo mas com tratamento diverso.

---

<sup>280</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 295/296.

<sup>281</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 331.

<sup>282</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 351.

Ocorre que a competência normativa concorrente, ao unificar as matérias a serem legisladas por mais de um ente federativo, disciplinou também as atribuições, sobre o assunto, de cada um deles. Conforme reiteradamente informado, à norma federal cabe o enfoque geral e à estadual, o específico, que atende às peculiaridades do Estado, no uso de sua competência legiferante suplementar.

Assim, na ocasião de um conflito entre normas federais e estaduais, se aquelas, em não cumprindo seu limite constitucional, forem de caráter específico, devem ceder à prevalência e aplicabilidade destas últimas. Dentro de seus respectivos campos de autonomia legiferante, a norma mais específica, *in casu* a estadual, pode derrogar a norma federal que, extrapolando os limites constitucionais atribuídos à sua competência, penetra na esfera de competência estadual.

Este também é o posicionamento de Verônica Bezerra Guimarães<sup>283</sup>:

Via de regra, as normas gerais devem estabelecer, genericamente, princípio e diretrizes, para não esvaziar as competências do Estado e do Município. Se a União extrapolar seu espaço legislativo, regulando assuntos específicos, que dizem respeito à área de competência e à autonomia estadual ou municipal, a Lei Federal não prevalecerá, pois a questão é de competência fixada constitucionalmente e não de hierarquia.

Do exposto, revela-se fácil a distinção entre competência legislativa suplementar e complementar. Aquela é disciplinada no §2º do art. 24 e, portanto, pressupõe a existência de norma federal de caráter geral, a cujos limites a norma estadual deve observância. Já a competência complementar é usufruída pelo Estado quando inexistir lei federal sobre o assunto a ser legislado, de forma ilimitada juridicamente, salvo pelos próprios dispositivos constitucionais.

---

<sup>283</sup> GUIMARÃES, Verônica Bezerra (Autora) & KRELL, Andreas J. (Organizador). **As Competências Federativas para o Controle da Poluição do Ar Causada por Veículos Automotores** in **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 211.

Nestes termos, a competência estadual suplementar, na prática, resta prejudicada em razão da excessiva atividade legiferante da União, que se mantém no insistente comportamento de impor regras normativas às situações específicas, em tese atribuição dos Estados, conforme relatado há pouco.

Acerca da repartição de constitucional de competências legislativas especificamente ambientais, a concorrência entre a União e os Estados ganha destaque, em razão do tratamento que a matéria se fez merecedora. Na conformidade do referido há algumas linhas, a questão ecológica é mais diretamente visualizada no art. 24 (competência concorrente) do que no art. 22 (competência privativa da União).

No âmbito da legislação ambiental concorrente, a sistemática é a mesma das demais matérias, ou seja, a União incumbe-se do estabelecimento de normas gerais, que serve como limites para a legislação estadual suplementar, a quem cabe a fixação das normas específicas. Paulo de Bessa Antunes<sup>284</sup> lembra, a este respeito, que a concorrência e a capacidade suplementar do Estado constituem “um caminho interessante para a proteção do meio ambiente, pois a maior proximidade entre o bem a ser tutelado e a agência de controle ambiental é bastante positiva para o meio ambiental”.

Ilustrativamente, pode-se citar, neste contexto, o teor o que rege a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81):

Art. 6º. ...

§ 1º. Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboração normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

Destarte, a Lei do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (Lei nº 7.661, de 16 de Maio de 1988) também confere aos Estados e Municípios desiderato semelhante, qual seja a aptidão suplementar:

Art. 5º. ...

---

<sup>284</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 110/111.

§ 1º. Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos.

Ocorre que os limites estabelecidos pela União, através de suas normas gerais, não são suficientes para resolver eventuais conflitos com normas estaduais – específicas – não se devendo aplicar, no ordenamento ambiental, a máxima do *Bundesrecht bricht Landesrecht*, segundo a qual o conflito entre normas de níveis federativos diferentes é resolvido através da prevalência da norma federal. Tratar-se-ia de interpretação imediatista e descuidada do teor do §3º do art. 24 da Constituição Federal, que não cabe em Direito Ambiental.

A *contrario sensu*, identificam-se correntes doutrinárias que indicam que a máxima deve ser consagrada, inclusive no campo do jus-ambientalismo. Não obstante, o que deve dominar, é a máxima do *in dubio pro natura*, segundo o qual, na verificação de antinomias entre normas ambientais, deve-se sobressair a de caráter mais protetora do equilíbrio ambiental ou mais restritiva ao direito de poluir.

Neste sentido, colacionam-se algumas oportunas opiniões doutrinárias neste mesmo sentido. Para Heline Sivini Ferreira<sup>285</sup>, os conflitos entre normas ambientais de níveis federativos diferentes “devem ser solucionados tendo por base o princípio *in dubio pro natura*, devendo prevalecer a norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, ou seja, o meio ambiente”.

Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger<sup>286</sup> não ousam tratar contrariamente: “O critério básico para a solução de conflitos normativos ambientais entre os diferentes entes federativos é aquele que garante a prevalência da norma que defenda melhor o direito fundamental tutelado, por se

---

<sup>285</sup> FERREIRA, Heline Sivini (Autora); CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Competências Ambientais in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 215.

<sup>286</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Autoras) & FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **A Autonomia Municipal e a Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental in Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonada, 1998, p. 55.

tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional: *in dubio pro natura*".

Paulo José Leite Farias<sup>287</sup> é mais incisivo:

Pelos já citados §§1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se *fortiori ratione*, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional que se impõe à ordem jurídica central ou regional (*in dubio pro natura*). Assim, o princípio do *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção ambiental.

De todo o exposto, o posicionamento acerca da aplicabilidade da máxima *in dubio pro natura* autoriza uma melhor proteção jurídica aos ecossistemas, na medida em que mesma que a lei federal permita determinada conduta degradadora, a norma estadual pode vedá-la. Outrossim, se a própria lei federal prever parâmetros mínimos de defesa ambiental, por si só plenamente eficientes no seu desígnio, dispensa regulamentação Estado a Estado.

O que a boa exegese não admite é a possibilidade do Estado em disciplinar matéria ambiental de forma mais permissiva ou menos restritiva do que a norma federal, extrapolando os limites mínimos disciplinados por esta última, ocasião em que a norma estadual estaria fadada à inconstitucionalidade<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 356.

<sup>288</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal, de maneira implícita, incidiu a máxima na decisão constante da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.086-7/SC (Pleno - medida liminar - Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1994), ao declarar a inconstitucionalidade de norma estadual, *in casu* o art. 182, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que dispensava Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), em relação às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais. A decisão foi nos seguintes termos: "Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o §3º do art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender às peculiaridades locais ausentes na espécie".



A *contrario sensu*, Verônica Bezerra Guimarães<sup>289</sup> faz críticas incisivas à máxima do *in dubio pro natura*:

Esse paradigma toma a proteção da norma mais restritiva ao meio ambiente como critério único a ser observável, desconsiderando outras variáveis. Verifica a norma ou o ato que mais protege o meio ambiente, independentemente da observância da repartição constitucional federativa de competências e do respeito às autonomias. (...) A adoção de uma proteção máxima parece ferir o sistema federativo, embora seja uma tese muito simpática aos ambientalistas e defensores da natureza em geral. Pode haver extrapolação de competência, com o conseqüente esvaziamento de alguma esfera político-administrativa, além de não haver qualquer orientação legal neste sentido.

*Data venia*, o posicionamento favorável à máxima não desconsidera as outras variáveis a que se refere a autora. É evidente que a aplicação de tal princípio interpretativo só é conveniente quando as outras formas exegéticas se revelarem incapazes de resolver o conflito, mormente quando diante de duas normas provenientes de entes federativos diferentes e em observância aos seus respectivos campos de amplitude normativa.

Ora, se a norma federal, que deve ser genérica, assim não for, é, ela própria, inconstitucional, pois afronta a autonomia estadual dentro da competência legislativa concorrente. Outrossim, se genérica for a norma estadual – mesmo havendo lei federal disciplinando o mesmo assunto – consiste, também, em afronta ao Texto Magno e, portanto, inexistente no mundo jurídico.

Assim, a máxima do *in dubio pro natura* pode ser aproveitada no caso de duas normas dotadas da presunção de constitucionalidade. Se inconstitucional alguma delas, sequer há necessidade de raciocínio hermenêutico, pois a questão já se encontra resolvida. Daí a sua plena aplicabilidade como forma de solução de antinomias entre normas ambientais de níveis federativos diferentes.

---

<sup>289</sup> GUIMARÃES, Verônica Bezerra (Autora) & KRELL, Andreas J. (Organizador). **As Competências Federativas para o Controle da Poluição do Ar Causada por Veículos Automotores** in *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 216/217.

#### **4.5. Competência Privativa da União para Legislar sobre Águas: O alcance Normativo do art. 22, inc. IV, da Constituição**

Conforme o exposto no item anterior, à União cabe o disciplinamento, via normas legislativas genéricas, das matérias elencadas taxativamente no art. 24 da Constituição Federal, ficando os Estados com a responsabilidade de suplementar tais normas, observando seus limites e parâmetros.

Visualizando o quadro normativo ambiental de hoje, constata-se que são as normas federais as que ganham mais importância, na medida em que, em não raras vezes, os Estados e Municípios exoneram-se da responsabilidade constitucional de suplementar a legislação federal, limitando-se a, de forma direta, aplicá-las administrativamente.

Ocorre que, quando analisados conjuntamente os arts. 22 e 24, que tratam respectivamente da competência legislativa privativa da União e da competência concorrente entre a própria e o Estado, diagnosticam-se algumas incoerências lógicas que complexificam ainda mais a já árdua tarefa hermenêutica<sup>290</sup>.

O problema que surge também diz respeito às águas, vez que é inviável se compreender a razão que levou o constituinte de 1988 a conferir somente à União a aptidão legiferante sobre o assunto, mesmo quando ele próprio dotou o Estado do domínio patrimonial de corpos d'água. Como admitir, então, que a Constituição arroga ao Estado a condição de proprietário de recursos hídricos e o impede de legislar sobre os mesmos?

---

<sup>290</sup> À margem do Direito Ambiental, pode-se citar, ilustrativamente, a questão da seguridade social que, segundo o art. 22, inc. XXIII, constitui matéria sujeita à competência legislativa privativa da União. Por outro lado, o art. 24, inc. XII, impõe não somente à União, mas aos Estados e ao Distrito Federal a capacidade para legislar sobre previdência e saúde, que, em verdade, são setores daquela seguridade, conforme reza o art. 194, *in fine*: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Destarte, a conclusão simplória a que chegaria uma análise não sistematizada do Texto Magno, segundo a qual somente à União caberia a aptidão legislativa sobre águas, permitir-lhe-ia legislar sobre bens que não sejam de seu domínio, a exemplo de rios estaduais? Estas são as questões fundamentais que a Constituição apresenta e que reclamam uma solução plausível, o que a doutrina tem dificuldade em apresentar.

Ora, a capacidade legislativa deve estar atrelada à questão do domínio. Como a Constituição definiu a União como proprietária exclusiva dos recursos minerais, dotou-a também da competência legislativa privativa para legislar sobre minas e jazidas<sup>291</sup>. Entretanto, esta lógica não foi transposta ao tema hídrico, cujos dispositivos pertinentes geram a polêmica destacada neste trabalho acadêmico, acerca da competência dos entes federativos para disciplinarem as águas.

A problemática também é visualizada por Maria Luiza Machado Granziera<sup>292</sup>:

Chama-se a atenção para o paradoxo que se coloca entre a competência privativa da União para legislar sobre águas e a capacidade dos entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para legislar sobre os bens públicos sob seu domínio. Se aos Estados ficasse proibida a competência de fixar normas sobre os bens de seu domínio, restaria uma lacuna no Direito, pois tampouco a União poder legislar sobre matéria administrativa, sobre os bens que não lhe pertencem.

Vladimir Passos de Freitas<sup>293</sup>, *a contrario sensu*, apresenta uma solução simplista para a problemática, aduzindo tratar-se a questão hídrica de assunto de interesse nacional. Segundo o autor, entre as matérias de competência privativamente federal, estão as águas: “A reserva que se faz à União para tais assuntos tem motivo justo. É que o interesse, em tais hipóteses, é

---

<sup>291</sup> Sobre o tema, regem os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 20. São bens da União: (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.

<sup>292</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 66.

<sup>293</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

predominantemente nacional. Por exemplo, águas é assunto de grande interesse atual. Há em todo o mundo grande preocupação com a sua possível escassez”.

Ainda mais desvencilhada da razoabilidade é a tese de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>294</sup>, para quem o art. 22, inc. IV, deferiu somente “à União legislar sobre a utilização de todos os recursos hídricos do território nacional, inclusive sobre as águas incluídas no patrimônio dos Estados ou passadas para o de qualquer entidade pública”.

Em absoluto tais entendimentos devem prosperar. Prefere-se, aqui, enfileirar-se à corrente doutrinária que elege a crítica, e não o conformismo, a tal incongruência patente. José Afonso da Silva<sup>295</sup> é dos mais contundentes algozes acerca da opção constituinte:

Não é muito coerente atribuir aos Estados o domínio de águas (...) sem lhes reconhecer a competência para legislar, ainda que fosse apenas suplementarmente, sobre águas. Como poderão os Estados administrar suas águas se a competência para legislar sobre elas é privativa da União?

Geraldo Ferreira Lanfredi<sup>296</sup> disserta rigorosamente no mesmo sentido: “Malgrado seja atribuído aos Estados o domínio de águas superficiais ou subterrâneas, a Constituição reconhece a competência privativa da União para legislar sobre as águas. Pergunta-se, então, como os Estados poderão administrar suas águas, se não gozam de competência para legislar sobre a matéria”.

Não visualizar o problema, aceitando passivamente o lapso do constituinte de 1988, é viciar de inconstitucionalidade os ordenamentos jurídico-ambientais dos Estados, no que se refere aos recursos hídricos<sup>297</sup>. Note-se, ainda,

---

<sup>294</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 173.

<sup>295</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 122.

<sup>296</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 178/179.

<sup>297</sup> Especificamente no caso do Estado do Ceará, acatar a tese da competência privativa da União para legislar sobre águas implica considerar inconstitucionais: (a) a Lei nº 11.996, de 24 de Julho de 1992, que dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos e institui o Sistema Integrado de Gestão de Recursos Hídricos – SIGERH; (b) a Lei nº 12.522, de 15 de Dezembro de 1995, que define como áreas especialmente protegidas as nascentes e olhos d'água e a vegetação natural no

que cada Estado possui um corpo legislativo específico sobre a matéria, os quais estariam, então, fadados à revogação por afrontarem o Texto Magno.

A solução, então, para a problemática pode ser extraída de outro dispositivo constitucional, qual seja o inc. VI do art. 24, transcrito anteriormente, que atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal o desiderato de legislar, dentre outros temas relativos à questão ecológica, sobre a defesa dos recursos naturais. E, evidentemente, nestes estão incluídos os recursos hídricos.

Recursos naturais são elementos constitutivos dos ecossistemas, essenciais à manutenção ou restabelecimento do seu equilíbrio ecológico. Podem se constituir em (a) fatores bióticos, que são os seres vivos, especialmente a fauna, a flora e os decompositores (bactérias e fungos), e em (b) fatores abióticos, que são os recursos naturais que complementam o ecossistema, tais como o solo, o subsolo, o relevo, o clima, os ventos e, principalmente, as águas.

Daí a importância que mantêm, com o tema, as ciências naturais como Geologia, Geomorfologia, Climatologia, Meteorologia e, *in casu*, a Hidrologia. Destarte, a condição da água como recurso natural conta inclusive com disciplinamento legal neste sentido. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a propósito, enquadra os recursos hídricos como recursos ambientais:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

...

V - recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

Assim, se por um lado, seria contrária à Constituição a legislação estadual referente a águas, nos termos do insólito art. 22, inv. IV, por outro, tal legislação tem confirmada sua constitucionalidade a partir do teor do art. 24, inc. VIII, sendo esta última hipótese a mais coerente e afeta à boa exegese constitucional.

---

seu entorno; e (c) o Decreto nº 24.264, de 12 de Novembro de 1996, que regulamenta a cobrança pela utilização dos recursos hídricos.

Neste sentido, José Adônis Callou de Araújo Sá e Luciana Ribeiro Campos<sup>298</sup> observam que “os Estados não receberam competência para legislar sobre águas, porquanto a Constituição reservou-a privativamente à União. (...) Há de se levar em conta, por outro lado, que a água é considerada hoje um fato ambiental e está também inserida dentre os bens do domínio dos Estados, podendo merecer tratamento legislativo sob este aspecto”.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>299</sup> não tem posicionamento diferenciado, atestando a validade da aplicação do art. 24 para fundamentar a constitucionalidade da legislação estadual acerca de recursos hídricos, no uso da competência suplementar disciplinada pelos parágrafos do citado artigo: “diante desta celeuma, em que não restou claro ser competência da União legislar sobre a matéria águas ou caber a ela somente a edição de normas gerais, temos que a melhor interpretação é extraída com base no art. 24, de modo que a competência para legislar sobre normas gerais é atribuída à União, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar complementarmente”.

Também Geraldo Ferreira Lanfredi<sup>300</sup> professa:

As constituições estaduais procuraram resolver o problema inserindo, nas respectivas cartas, capítulos sobre a proteção dos recursos hídricos, fundados na competência comum dos Estados para proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas (art. 23, VI), assim como na sua competência para legislar concorrentemente sobre a proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VIII) e ainda sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente.

Assim, a única justificativa lógica e razoável para o teor do inc. IV do art. 22 é que o mesmo se refere exclusivamente às águas de domínio da própria União, inclusive as pertinentes ao mar territorial, à zona econômica

---

<sup>298</sup> SÁ, José Adônis Callou de Araújo e CAMPOS, Luciana Ribeiro (autores); CAMPOS, José Nilson Bezerra & STUDART, Ticiania Marinho (editores). **Gestão das Águas: Princípios e Práticas**. Porto Alegre: ABRH, 2003, p. 212.

<sup>299</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 130.

<sup>300</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 178/179.

exclusiva e à plataforma continental. Desta forma também antevê Dimas Macedo<sup>301</sup>, para quem,

No que tange à competência privativa da União para legislar sobre águas, prevista no inc. IV do art. 22 referido, cumpre salientar que citada previsão atende ao natural desdobramento do que está preceituado no art. 20, incisos III e IV da Constituição Federal, que trata das águas fluentes ou em depósitos pertencentes ao domínio da União, excluídas, neste caso, as áreas das ilhas oceânicas e costeiras pertencentes ao domínio dos Estados, dos Municípios ou de propriedade de terceiros.

E arremata<sup>302</sup>:

Vê-se, assim, pela disciplina do art. 22, inciso IV, da Constituição Brasileira, que legislar sobre águas é competência privativa da União, mas que essa competência deve ser entendida apenas em termos estratégicos, haja vista o sistema federativo que preside à organização do Estado brasileiro, onde a discriminação das águas que são bens de domínio da União se faz correlata à explicitação das águas cujo domínio pertence à pessoa política dos Estados.

No mais, deve ser descartada a tese de que o Estado, para que lhe seja constitucionalmente possível legislar sobre águas, deve assumir sua competência legislativa delegada ou aguardar a edição da lei complementar de que trata o parágrafo único do art. 22. Neste aspecto, não se acata a doutrina segundo a qual somente após prévia autorização pela União, mediante lei complementar, estariam os Estados autorizados a legiferar sobre os seus próprios recursos hídricos.

Tampouco é pertinente a tese que a competência legislativa do Estado a respeito de águas deve se limitar à edição de atos administrativos ou ao cumprimento de função material, como quer Maria Luiza Machado Granziera, cujo posicionamento se dá neste sentido:

A forma de solucionar o impasse foi o entendimento de que a competência para legislar sobre águas, em sentido genérico e que pertence à União, não deve ser confundida com a capacidade de cada ente político brasileiro – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para estabelecer regras administrativas sobre os bens que se encontram sob seu respectivo domínio, entendido esse termo como guarda e administração.

---

<sup>301</sup> MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 75/76.

<sup>302</sup> MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 78.

Em absoluto se deve concordar com tal posição. A competência material ou administrativa não se confunde com a competência legislativa. A edição de atos administrativos, em qualquer de suas modalidades (decreto, regulamento, resolução, instrução normativa etc.), atine à capacidade executiva e ao teor do art. 23, precipuamente seus seguintes incisos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

...

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

Assim, a competência prevista neste dispositivo é meramente administrativa, e contra a qual não cabe qualquer argumentação ou procedimento exegético mais complexo, dada a clarividência com que foi redigida. O cumprimento dos desideratos descritos, quer por meio de ação direta, quer por intermédio da edição de atos administrativos de império, não se depreende com a capacidade legiferante.

Mesmo se constituindo a lei e o ato administrativo como normas jurídicas, ambos se referem a diferentes modalidades de competência constitucional: aquela, à competência legislativa (arts. 22 e 24); esta, à competência material (arts. 21 e 23).

Propõe-se, de todo o exposto, que existe competência legislativa estadual acerca dos recursos hídricos, em dois aspectos patentes: (a) competência plena, quando se referir aos seus próprios corpos d'água; (b) competência suplementar, ou seja, observando-se, em determinados casos, os limites propostos na legislação federal.

Exemplo desta última hipótese é a questão da classificação da água segundo seu uso preponderante, disciplinada pela Resolução CONAMA nº 20/86. Segundo referida Resolução, a água pode ser (a) doce, quando desprovida



de salinidade; (b) salobra: com salinidade inferior à oceânica; e (c) salina: com salinidade oceânica. Neste caso, como lembra Fabiana Santos Dantas<sup>303</sup>, os Estados-membros não podem “alterar a classificação acima exposta, cabendo-lhes tão-somente realizar o enquadramento com base nesse mínimo qualitativo fixado para cada uso”.

Vladimir Passos de Freitas, inclusive, atribui a tal ato administrativo a validade jurídica da norma estadual sobre águas. Não obstante, o autor comenta com equívoco a necessidade de prévia lei complementar autorizado os Estados a criar atos normativos acerca do tema, o que, conforme comentando, é absolutamente dispensável.

Anota o autor<sup>304</sup>, citando o exemplo de lei paranaense sobre recursos hídricos:

Apesar da exigência de lei complementar, foi editada no Estado do Paraná, em 07.03.1989, a Lei 8.935, que diz respeito aos requisitos mínimos para as águas provenientes de bacias mananciais destinadas ao abastecimento público. Ora, se é verdade que cabe à União legislar sobre águas, fica difícil justificar que o Estado-membro tenha editado lei sem a autorização constitucional da lei complementar. Na verdade, isso certamente ocorreu em razão da existência da Resolução 20, de 18.06.1986, do Conama, que promoveu a classificação de nove classes de águas doces, salobras e salinas no território nacional. Em última análise, as dificuldades da edição de uma lei complementar provavelmente originaram a Resolução do Conama e esta justificou uma lei estadual.

O teor do parágrafo único do art. 22 – disciplinando a hipótese do Estado em legislar sobre qualquer das matérias previstas no referido artigo, possível somente por intermédio de lei complementar – não é pertinente à matéria que ora se discute, vez que os Estados não precisam aguardar a edição de tal lei complementar para que possam disciplinar o uso de bens que compõem o seu próprio domínio, como os recursos hídricos. É sobre esta condição que o item seguinte se aterá.

---

<sup>303</sup> DANTAS, Fabiana Santos & KRELL, Andreas J. **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 312.

<sup>304</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

#### **4.6. Competência Concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para Legislar sobre Defesa dos Recursos Naturais**

Foi discutida, há pouco, a problemática gerada pela redação constitucional ambígua quanto à competência legislativa acerca das águas, na medida em que, por um lado, a Constituição atribui privativamente à União a competência para legislar sobre águas, mas, por outro, trata como matéria de competência concorrente o disciplinamento da defesa dos recursos naturais, dentre os quais, evidentemente, encontram-se os recursos hídricos. Destarte, não se concebe a Carta ter imputado aos Estados o domínio hídrico e, ao mesmo tempo, lhes vedado a capacidade para regular sobre seu próprio patrimônio. Daí a incoerência, neste tópico, do Texto Magno.

Não obstante, foi proposta solução da questão, a partir da análise sistemática do texto constitucional e bifurcando a capacidade legiferante do Estado em (a) capacidade plena, quando pertinente aos corpos d'água de seu domínio, e (b) capacidade supletiva, oportunidade em que os Estados, ao disciplinar os recursos hídricos, devem observância aos limites mínimos fixados pela legislação federal.

A capacidade supletiva, inclusive, consubstancia-se no que reza o art. 24, inc. VI, combinado com o §2º do mesmo artigo. Referem-se à capacidade do Estado legislar sobre defesa dos recursos ambientais, suplementando eventualmente a legislação federal preexistente sobre a mesma matéria, ou seja, trazendo os aspectos gerais ali disciplinados para a concretude de suas peculiaridades ambientais.

Este, felizmente, é o entendimento mais verificado nas doutrinas constitucionalista e, principalmente, ambientalista, conforme diagnosticado há

algumas linhas atrás, mas que receberá tratamento mais minucioso pelo presente item.

De início, destaca-se que entre normas constitucionais, mesmo no caso do conflito destacado neste trabalho acadêmico, não há hierarquia e, portanto, antinomia. Esta é diagnosticada no choque entre normas infraconstitucionais e se revolve a partir dos clássicos critérios elencados por Norberto Bobbio<sup>305</sup>, quais sejam o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Em Direito Constitucional, tais critérios de solução de antinomias, bem como os procedimentos hermenêuticos savignyanos, são benéficos mas, em não raras vezes, insuficientes para o enfretamento do problema em nível constitucional. Aqui, o pretense conflito entre normas constitucionais encontram critérios específicos de solução, a exemplo do princípio da concordância prática (*balancing*, do Direito anglo-saxônico), da proporcionalidade e da razoabilidade, sobre os quais foi dado tratamento metucioso no Capítulo 3 deste trabalho acadêmico (item 3.7.).

Neste diapasão, a atividade hermenêutica ganha importância irrefutável, por ocasião em que se depara o aplicador do Direito Constitucional com normas cujos conteúdos chocam-se entre si. O teor do inc. IV do art. 22, de aplicabilidade discutível, ao colidir com o do inc. VI do art. 24, gera este aparente conflito que merece ser resolvido a partir das soluções oferecidas até aqui.

Assim, pede-se vênia para discordar frontalmente do que ensina Paulo de Bessa Antunes<sup>306</sup>, a respeito de sua proposta de solução:

É preciso que se chegue a uma solução que seja capaz de dotar de um mínimo de lógica todas as mencionadas disposições constitucionais. Contudo, não se pode falar de uma lógica geral, mas da lógica de um determinado sistema. A lógica que tem sido a prevalente é aquela que considera que as competências privativas da União têm precedência sobre

---

<sup>305</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

<sup>306</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 106/107.

todas as outras formas de competência, quando os assuntos tiverem entre si interseções relevantes.

Em absoluto merece tal tese prosperar. Baseada no entendimento simplório da existência de hierarquia entre normas federais e estaduais, esta teoria deve naufragar em razão de entendimentos consubstanciados pela melhor doutrina, pertinentes, por exemplo, à máxima do *in dubio pro natura* e à condição, frente ao tema, da norma suplementar prevista no §2º do art. 24.

Ademais, na hipótese de “antinomia” constitucional<sup>307</sup>, o intérprete deve proceder ao sopesamento dos respectivos valores envolvidos e enunciados nas normas constitucionais pertinentes. E, *in casu*, é evidente que deve prevalecer o entendimento plausível da aptidão do Estado em legislar sobre recursos hídricos – sua defesa e utilização – na conformidade do previsto no art. 24, inc. VI.

Não cabe ao aplicador, entretanto, destacar absolutamente o prescrito no art. 22, inc. IV, como se não tivesse valor, eficácia ou aplicabilidade. Em verdade, tal dispositivo constitucional se refere à capacidade legiferante privativa da União que, nestes limites, atine aos recursos hídricos de seu exclusivo domínio.

A doutrina administrativista, a exemplo do que já fez a ambiental e a constitucionalista, também já assumiu esta tese. Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>308</sup>, por exemplo, assevera:

A competência para legislar sobre águas foi reservada privativamente à União pelo art. 22, IV da Constituição. (...) Isto, contudo não impede os Estados de estabelecerem normas sobre o policiamento de suas águas, visando a sua proteção, pois o art. 24, inciso VI, da Constituição lhes defere competência concorrente com a União para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”. Por isso mesmo, não ferem a Constituição Federal as normas da Constituição paulista referentes a recursos hídricos, contidas nos artigos 205 a 213, e que visam, em síntese, o seu adequado aproveitamento; a

<sup>307</sup> Parece acertada a teoria segunda a qual não se haveria de falar em antinomia entre normas constitucionais, sejam princípios ou regras constitucionais. A antinomia – conflito de normas – seria inerente, de forma exclusiva, às normas infraconstitucionais, sendo solucionada pelos critérios, já apontados, da cronologia, da hierarquia e da especificidade.

<sup>308</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 686.

proteção contra poluição, super exploração e erosão; a destinação de recursos hídricos públicos para os serviços de proteção às águas.

Não se questiona, diante de todo o exposto, a capacidade legislativa estadual acerca de recursos hídricos. O que não podem, segundo advertência de Dimas Macedo<sup>309</sup>, “são os Estados dispor de uma política legislativa de águas com implicação em possíveis monopólios de recursos hídricos regionais, almejando fins estratégicos ou geopolíticos, porque assim se estaria a ferir o equilíbrio federativo da República, proibido pelo sistema e o regime adotados na Constituição”.

No mais, parece absolutamente superada qualquer suspeita acerca da condição do Estado frente ao tema, como apto a produzir normas jurídicas sobre águas. Nem mesmo a pretensa antinomia ou a superposição legislativa são capazes de reduzir a solidez da competência legislativa estadual.

Na prática, entretanto, o que se verifica é que a legislação ambiental produzida pela União é, ao mesmo tempo, genérica e detalhista, diminuindo o campo de ação do Estado. Este, não obstante, pode, consoante o teor do art. 24, inc. IV, disciplinar o uso e demais elementos que envolvem e mantêm pertinência com os corpos d’água de domínio estadual.

Colacionam-se ainda, a este respeito, as lições de Sebastião Valdir Gomes<sup>310</sup>, que merecem comentários oportunos:

A Constituição da República não primou pela técnica legislativa no tocante à competência legislativa em matéria de águas, porque em diferentes dispositivos tratou do mesmo assunto. O art. 22, inc. IV, concede à União competência para legislar sobre a matéria. É dominante o entendimento de que este dispositivo, conjugado ao art. 24, incs. VI, VIII e XII; e ao art. 30, incs. I e II, importa em que tal âmbito de competência da União não exclui a competência supletiva dos Estados e Municípios.

É apropriado o entendimento aqui transcrito, que enquadra não só ao Estado, mas também o Município, como aptos a produzirem normas

---

<sup>309</sup> MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 77/78.

<sup>310</sup> GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp. 130/131.

legislativas acerca de recursos hídricos. No caso do Município, entretanto, tem-se que a competência não é plena, na medida em que ao mesmo a Constituição não autorizou o domínio hídrico.

Assim, a competência municipal a respeito de águas é meramente suplementar, nos termos do art. 30, inc. I e, principalmente, inc. II. Nestes termos, em não raras vezes são verificados lagos e lagoas integralmente abrangidos por território municipal, o que se leva a depreender que está, *in casu*, caracterizado o interesse local pertinente à defesa ambiental. Mesmo legislando sobre tais corpos d'água, o Município não os incorpora em seu patrimônio, que permanecem sob o domínio estadual ou federal<sup>311</sup>.

#### **4.7. Das Políticas Estaduais de Recursos Hídricos e a Condição do Estado do Ceará**

Todo o explanado até as linhas anteriores, opinando pela plena validade constitucional da legislação estadual sobre águas, é ratificado na prática pela existência, nos Estados, das respectivas políticas estaduais de recursos hídricos. Não se tem notícia, a propósito, de qualquer iniciativa tendente à declaração de inconstitucionalidade das citadas políticas estaduais.

Assim, a compatibilidade de tais políticas com os termos constitucionais se dá em função principalmente da dominialidade, que a própria Carta Magna impõe, em determinadas situações, aos Estados, dispensando-se inclusive a prévia previsão em lei complementar federal autorizando os Estados a legislar neste sentido.

---

<sup>311</sup> A este respeito, a Constituição do Estado do Ceará determina que, com vistas à viabilização do gerenciamento e da legislação pelo Município, deverão estes ser precedidos de Convênio envolvendo o próprio Estado, como legítimo dono, e o Município interessado. Rege, nestes termos, **o parágrafo único do art. 324**: “O Estado celebrará convênio com os Municípios para a gestão, por estes, do uso das águas de interesse exclusivamente locais”.

É o que também leciona Fabiana Santos Dantas<sup>312</sup>: “os Estados-membros possuem competência administrativa sobre os seus próprios recursos hídricos, decorrente de sua condição de domínio, autorizando a instituição de sistemas estaduais de gerenciamento, sem a necessidade da autorização por Lei Complementar”.

O Estado do Ceará, especificamente, dispõe de uma política de recursos hídricos, estabelecida pela Lei nº 11.996, de 24 de Julho de 1992, tendo sido recepcionada pela Constituição Estadual de 1989, cujo art. 318 estabelece a obrigação, dos Estados e dos Municípios, “de preservar as águas e promover seu racional aproveitamento”.

Destarte, acatando os termos gerais disciplinados pela Lei Federal nº 9.433/97, a Constituição Estadual reza ainda, a este respeito, o que se segue:

Art. 326. A administração manterá atualizado o plano estadual de recursos hídricos e instituirá, por lei, seu sistema de gestão, congregando organismos estaduais e municipais e a sociedade civil e assegurará recursos financeiros e mecanismos institucionais necessários para garantir:

- I - a utilização racional das águas superficiais e subterrâneas;
- II - o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos e o rateio dos custos das respectivas obras na forma da lei;
- III - a proteção das águas contra ações que possam comprometer o seu uso atual ou futuro;
- IV - a defesa contra eventos críticos, que ofereçam riscos à saúde, e à segurança pública, e ocasionem prejuízos econômicos ou sociais.

A relevância jurídica da política cearense de recursos hídricos é destacada por Paulo José Leite Farias<sup>313</sup>, que cita “a Companhia de Gestão de Recursos Hídricos (COGERH) do Ceará, responsável pela administração e oferta de água no Estado. A política estadual de recursos hídricos, prevista no art. 326 da Constituição Estadual, foi disciplinada pela Lei nº 11.996, de 24 de julho de 1992”.

---

<sup>312</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 292.

<sup>313</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 399.

E a importância do tema para o Estado do Ceará, como de resto para os demais Estados nordestinos, se sobreleva em função de sua reconhecida escassez verificada principalmente no setor semi-árido, o qual ocupa maior parte do território da região. Daí a validade da discriminação de atividades ordenadas em função de seu uso prioritário.

Diferentemente do que elenca a legislação hídrica federal (Lei nº 9.433/93), preponderando o consumo humano e a dessedentação de animais<sup>314</sup>, a Lei Estadual nº 11.966/92 atribui ao abastecimento das populações seu uso prioritário. Trata-se da combinação dos seguintes dispositivos constantes do referido diploma legislativo estadual:

Art. 2º - A Política Estadual de Recursos Hídricos atenderá aos seguintes princípios:

(...)

II - Princípios de Aproveitamento:

a) O aproveitamento dos Recursos Hídricos deve ter como prioridade maior o abastecimento das populações.

Art. 3º - A Política Estadual de Recursos Hídricos se desenvolverá de acordo com as seguintes diretrizes:

I – Prioridade máxima ao aumento de oferta d'água e em qualquer circunstância, ao abastecimento às populações humanas.

Conclusivamente, não se há, assim, de contestar a constitucionalidade desta ou de qualquer outra lei de origem estadual, que tem nos recursos hídricos seu objeto de regulação, por força de tudo o que foi explanado, precipuamente acerca do permissivo constitucional contido no art. 24, inc. VI, que atribui à União e aos Estados, de forma concorrente, a competência legislativa acerca de recursos naturais, sendo que nestes as águas são indiscutivelmente enquadradas.

Assim, proposta que foi a solução da problemática causada por redação imprecisa, constatada ao se contrapor o que regem os arts. 22, inc. IV, e 24, inc. VI, passa-se doravante a discutir outra questão de relevância para o tema, qual seja a dominialidade hídrica, na medida em que, conforme já destacado, o

---

<sup>314</sup> É o que rege o art. 1º da referida Lei: “A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: (...) III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais”.



tratamento constitucional é, em não raras vezes, relegado a nível inferior de importância quando de encontro às situações fáticas com que se deparam os órgãos competentes, principalmente no que tange à insistência na tese da possibilidade jurídica de águas de domínio privado, o que em absoluto conta com respaldo jurídico-constitucional.

## 5. DA TITULARIDADE PATRIMONIAL DOS RECURSOS HÍDRICOS

O direito à propriedade constitui exemplo de direito fundamental que tem se submetido a tratamento jurídico bastante diferenciado ao longo dos séculos, evoluindo historicamente de maneira cíclica em que era garantido de maneira absoluta para, então, passar a merecer restrição estatal, em maior ou menor medida dependendo do sistema de produção adotado. Nestes termos, mostra-se conveniente alguma discussão sobre a evolução histórica de tal instituto, mesmo que de forma *an passan* e despretensiosa.

A Antiguidade Clássica rendeu à matéria suas primeiras conotações jurídicas. Da teoria jusfilosófica grega ao positivismo do Direito Privado romano, a propriedade era tratada de forma quase religiosa, que vinculava a situação da alma do proprietário no *post mortem*. Foi, no período, que a propriedade alcançou a condição de direito absoluto, ao qual não se aplicava qualquer forma de restrição.

Após a fragmentação do Império Romano, o direito à propriedade já não mais ostentava o *status* de direito absoluto, na medida em que era o Estado, centrado na figura do rei, que ditava as condições de usufruto. Destarte, a propriedade particular sujeitava-se à expropriação *ad nutum* pelo monarca, verdadeiro representante de Deus e amparado pelos princípios do direito divino.

Através da estrutura social hierarquizada e estática da Alta Idade Média, predominavam as relações de vassalagem, por intermédio das quais o senhor feudal ou suserano destinava um lote de suas terras ao vassalo, a quem competia proporcionar trabalho e fidelidade, em troca de proteção e de um lugar no sistema de produção. Assim, a propriedade, basicamente, direcionava-se para as mãos do senhor feudal, para o monarca (Primeiro Estado) e, também, para a Igreja (Segundo Estado).

Mas foi na Baixa Idade Média que a matéria passou a receber tratamento jurídico específico, apontando-se-lhe como causa de um evolucionismo calcado nas mazelas sociais e na submissão do homem pelo próprio homem. O chamado “contrato social” – doutrina filosófica e sociológica reinante nos idos do Iluminismo e anos pré-Revolução Francesa (Séc. XVIII) – teve em como principais expoentes Hobbes, com sua obra “Leviatã”, Locke, de “Tratado de Direito Civil”, e Rousseau, como seu “Contrato Social ou Princípios de Direito Político”.

Para os citados pensadores, o surgimento da propriedade, corolário dos direitos civis, teria sido a grande causa da organização social ilegítima. Como jusnaturalista convicto, Rousseau passa a entender a evolução cronológica nas seguintes fases: (a) direito natural, que elenca as regras de conduta humana sem descaracterizar-lhe a liberdade e o estado de natureza; (b) pacto social, figurado na organização social ilegítima em que os fortes se sobressaem e dominam os mais fracos, institucionalizando a conjuntura no aparelhamento estatal; (c) direito civil, que disciplina os direitos da classe dominante e os deveres da classe dominada, que seriam respectivamente garantidos e exigidos pelo Estado.

Nestes termos, pregavam os contratualistas a ruptura entre um estado primitivo, denominado de estado de natureza (*status naturae*), e um segundo, chamado cívico (*status civitatis*), em que se incorporou na figura do Estado o patrulhamento das liberdades individuais, justamente mediante o contrato social. Surgem, em sua forma mais primitiva, as noções principiológicas da predominância do interesse público sobre o individual.

Com o fortalecimento dos movimentos constitucionalistas, aponta-se a Revolução Francesa – e o disciplinamento positivado dos direitos fundamentais – como principal marco histórico divisor de eras, dando início à Idade Moderna baseada nos dogmas iluministas e renascentistas. Os direitos civis, atrelados à idéia da *Liberté*, primeiro dos clássicos lemas da Revolução (*Egalité, Fraternité et Liberté*), abarcaram a propriedade e lhe revestiram com novas concepções, vedando ao Estado a expropriação indiscriminada.

No Constitucionalismo Contemporâneo do século passado, fundamentado na tripartição de sistemas de produção, a propriedade podia ser plena (Estados liberais), limitada (Estados socialistas) e condicionada (Estados sociais democratas). Neste último caso, aponta-se ilustrativamente a célebre máxima de que “a propriedade obriga”<sup>315</sup>, contida na Carta weimariana de 1919 (*Die Verfassung des Deutschen Reiches*).

O cunho social da Constituição de Weimar serviu de subsídio para inúmeros outros documentos constitucionais no mundo contemporâneo, que adotaram o mesmo modelo em detrimento do liberalismo exacerbado, em que o Estado se desvinculava quase que integralmente, e do socialismo autoritarista, que anulava a hierarquia social e os direitos burgueses.

O Brasil, nestes termos, reassumiu, a exemplo do que já havia feito nas Constituições de 1934 e de 1946, os contornos de Estado social-democrata pelo teor da Constituição de 1988, em que estão contidos dispositivos predominantemente liberais, a exemplo do art. 1º, inc. IV, do art. 5º, inc. XIII, e do art. 170, inc. IV, mas também, e de forma mais contundente, outros de índole socializante, como os arts. 3º, 7º e 8º.

No que se refere especificamente à propriedade, taxou-a a Constituição de direito fundamental, tanto que incluiu a matéria no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º. A Carta assegurou o direito à propriedade mas, ao mesmo tempo, determinou o cumprimento de função social, tendo em vista, mais uma vez, a observância ao princípio de Direito Público da supremacia do interesse público sobre o individual.

É o que também entende Carlos Alberto Bittar<sup>316</sup>:

Nessa área revela-se a Constituição coerente com o estágio atual da civilização, porque, se de um lado reconhece e assegura os direitos reais,

---

<sup>315</sup> Assim rege o “Artikel 153”: (3) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. Ou “A propriedade obriga. Seu uso deve atender simultaneamente o bem estar comum”.

<sup>316</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 2.

com ênfase para o de propriedade, de outro, realça a respectiva função social, harmonizando, pois, os interesses envolvidos no complexo mundo das relações jurídicas. Fá-lo, no entanto, com certa proeminência para o caráter social, dado o influxo de doutrinas de cunho socialista que inspiraram a redemocratização do país.

Diante do exposto, resta acrescentar que o tratamento constitucional acerca da matéria, pelo menos em nível teórico, se reveste de natureza democratizante ao ensejar o usufruto individual de bens de forma não prejudicial à coletividade. A matéria, outrossim, ganha novos contornos quando se trata da propriedade do Estado e a condição jurídica dos bens públicos, precipuamente os de uso comum do povo.

É justamente nesta última qualidade que se enquadram os corpos d'água, sejam rios, lagos, lagoas, açudes etc. Ocorre que, sob o ponto de vista concreto, o contexto constitucional, em não raras vezes, é descumprido por quem ilusoriamente se convence proprietário de recursos hídricos. É justamente sobre este cenário que se apresenta a problemática a ser discutida no presente capítulo, em que serão propostos os entendimentos mais coerentemente vinculados com a real intenção do legislador constituinte originário de 1988.

### **5.1. Divisão de Bens Públicos e a Condição dos Recursos Hídricos na Evolução Constitucional Brasileira**

Tendo-se verificado, à vôo de pássaro, a evolução histórica do direito à propriedade no contexto mundial, convém doravante uma análise, também meramente trivial, acerca do tratamento que a matéria recebeu das Cartas anteriores, a fim de se visualizar um quadro comparativo entre as circunstâncias históricas e a conjuntura atual.

Note-se, ainda, que a divisão de bens só é pertinente aos regimes federativos, na medida em que nos Estados dito unitários a matéria não encontra

fundamento lógico. Este cenário é inerente inclusive quando se trata de recursos hídricos, que, dada sua carência, têm merecido a publicização e a tutela estatal direta ao longo da história constitucional brasileira.

Na Constituição Imperial de 1824, a única a disciplinar a forma unitária de Estado, os recursos hídricos não foram sequer mencionados, como de resto os bens públicos, que também não mereceram disciplinamento em nível constitucional. Não obstante, segundo lembra Luciana Cordeiro de Souza<sup>317</sup>, à época, pertenciam “todos os rios à Coroa, em conformidade com as Ordenações do Reino”.

Na primeira Constituição republicana, de 1891, os recursos hídricos também não foram disciplinados de maneira mais direta. Assim, não existiu na referida Carta disposição sobre águas, mas houve sobre navegação fluvial. Determinou, nestes termos, como limitação ao poder de tributar, a vedação de se criar impostos sobre embarcações<sup>318</sup>; atribuiu privativamente ao Congresso Nacional competência legislativa acerca de navegação de rios que banhem mais de um Estado<sup>319</sup>; por fim, imputou à Justiça Federal a competência jurisdicional de conhecer e julgar ações envolvendo a navegação fluvial<sup>320</sup>.

Já a Constituição de 1934 passou a tutelar de maneira mais detalhada os recursos hídricos. Tratou, de forma pioneira, da questão da competência legislativa sobre águas, a quem atribuiu privativamente à União<sup>321</sup>, bem como, a este mesmo ente federativo, conferiu o domínio dos corpos d'água que banhem mais de um Estado, situam-se em áreas limítrofes com outros países

---

<sup>317</sup> SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua Proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, pp. 77/78.

<sup>318</sup> “Art. 11. É vedado aos Estados, como à União: (1º) criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem”.

<sup>319</sup> “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) (6º) legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiros”.

<sup>320</sup> “Art. 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: (...) (g) as questões de direito marítimo e navegação assim no oceano como nos rios e lagos do País”.

<sup>321</sup> “Art. 5º. Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: (...) (j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração”.

ou destes provenham<sup>322</sup>. Aos Estados caberia o domínio não dos rios e lagos, mas de suas respectivas margens<sup>323</sup>.

No mais, disciplinou a competência jurisdicional – a exemplo do que fez a Carta anterior – ao impor à Justiça Federal o julgamento de casos relativos à navegação nos rios e lagos<sup>324</sup>, matéria, inclusive, de competência legislativa federal<sup>325</sup>. Outrossim, restringiu aos brasileiros natos a praticagem<sup>326</sup>, em navios nacionais, dos rios e lagos brasileiros<sup>327</sup>. Destaca-se, ainda, que o Decreto nº 24.643/34 – Código de Águas – iniciou sua vigência de forma quase que simultânea à Carta de 1934.

A Constituição de 1937, em termos de águas, não se diferenciou da tutela que o tema recebeu da Carta anterior. Assim, o domínio da União e dos Estados permaneceu intacto<sup>328</sup>, bem como a questão da praticagem, que continuou restrita aos brasileiros natos<sup>329</sup>. Quanto à competência legislativa, permaneceu nas mãos da União a capacidade legiferante acerca de recursos

---

<sup>322</sup> “Art. 20. São do domínio da União: (...) II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro”.

<sup>323</sup> “Art. 21. São do domínio dos Estados: (...) II - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular”.

<sup>324</sup> “Art. 81. Aos Juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância: (...) (g) as questões de Direito marítimo e navegação no oceano ou nos rios e lagos do País, e de navegação aérea”.

<sup>325</sup> “Art. 91. Compete ao Senado Federal: 1 - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: (...) (h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União”.

<sup>326</sup> A praticagem é matéria de Direito Marítimo e constitui a pilotagem de embarcações a partir do pleno conhecimento, pelo prático, das condições físicas e geográficas do mar ou do rio a ser navegado.

<sup>327</sup> “Art. 132. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos”.

<sup>328</sup> “Art. 36. São do domínio federal: (...) (b) os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros”.

“Art. 37. São do domínio dos Estados: (...) (b) as margens dos rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular”.

<sup>329</sup> “Art. 149. Os proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, bem com os tripulantes, na proporção de dois terços devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos”.

hídricos<sup>330</sup>. Entretanto, houve alteração significativa por força da possibilidade expressa que os Estados tinham de legislar sobre a matéria:

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração.

Destarte, a publicização dos recursos hídricos encontrou na Carta de 1937 tratamento mais diligente, pois por meio dela o Poder Público nacionalizou as quedas d'água, indisponibilizando-as ao domínio privado. A Constituição, entretanto, admitiu expressamente a possibilidade jurídica da propriedade particular incidente sobre outros corpos d'água, conforme se depreende da leitura dos seguintes dispositivos constantes da Polaca:

Art. 143. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

Art. 144. A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.

A Constituição de 1946 não inovou da mesma forma que sua antecedente, pois manteve o mesmo tratamento quanto à competência legislativa privativa da União<sup>331</sup> e a condição de bem público das quedas d'água<sup>332</sup>. Não obstante, a divisão do domínio entre a União e os Estados<sup>333</sup>, excluindo os

<sup>330</sup> “Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...) XI - as comunicações e os transportes por via férrea, via d'água, via aérea ou estradas de rodagem, desde que tenham caráter internacional ou interestadual; (...) XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração”.

<sup>331</sup> “Art. 5º. Compete à União: XV - legislar sobre: (I) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca”.

<sup>332</sup> “Art. 152. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”.

<sup>333</sup> “Art. 34. Incluem-se entre os bens da União: I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países”.



Municípios, verificou-se expressamente na Carta *sub examine*, revogando tacitamente o Código de Águas no dispositivo que admitia o domínio das três esferas federativas.

Neste sentido são as lições de Luciana Cordeiro de Souza<sup>334</sup> que, dissertando sobre a bifurcação entre o domínio federa e estadual, atesta: “Na Constituição Republicana de 18.09.1946 (...), alterou-se o direito anterior no que se refere ao domínio hídrico, excluindo os Municípios da categoria de detentores do domínio das águas”.

É o que também professa Hely Lopes Meirelles<sup>335</sup>:

Os rios públicos, na partilha constitucional, desde 1946, ficaram repartidos entre a União e os Estados-membros, sem se atribuir qualquer domínio fluvial ou lacustre aos Municípios, o que já importava derrogação do art. 29 do Código de Águas, que os distribuía entre as três entidades estatais. Outra observação que se impõe é a de que na distribuição das águas internas foi abandonado o critério tradicional da navegabilidade ou fluviabilidade, só se levando em conta a condição territorial das correntes ou lagos.

A Constituição de 1967, por sua vez, inclusive a Emenda Constitucional nº 01/69, deixou de acompanhar a tendência inovadora das Cartas anteriores, ao manter estritamente reiterada a forma como os recursos hídricos foram tutelados constitucionalmente, inclusive quanto à competência legislativa<sup>336</sup> e repartição dominial<sup>337</sup>.

De todo o resto, confirmar-se-á, adiante, que a Constituição de 1988 foi a responsável pelo moderno disciplinamento dos recursos hídricos, dada

---

“Art. 35. Incluem-se este os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e fez no território estadual”.

<sup>334</sup> SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua Proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, pp. 77/78.

<sup>335</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 556/557.

<sup>336</sup> “Art. 8º. Compete à União: (...) XVII - legislar sobre: (...) (I) águas, energia elétrica e telecomunicações”.

<sup>337</sup> “Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: (...) II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países”.

“Art. 5º. Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

a sua condição de recurso ambiental de importância irrefutável para a coletividade humana e demais seres vivos, mas, ao mesmo tempo, conforme recentemente reconhecido, não renovável e cada vez mais escasso.

## **5.2. Bens Públicos, seu Disciplinamento pelo Código Civil e a Condição dos Recursos Hídricos**

Antes, porém, da análise dos dispositivos constitucionais que regulamentam a divisão dos bens hídricos entre a União e os Estados, excluindo do quadro os Municípios e os particulares, em bem assim em razão dos termos adotados pelo legislador constituinte originário de 1988 em atribuir ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a condição de bem de uso comum do povo, revela-se conveniente o exame da classificação dos bens públicos propostas pelo Código Civil.

Destaca-se ainda que os comentários seguintes referir-se-ão aos preceitos contidos no novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002), que, não obstante o condão de revogar o antigo Código Civil de Clóvis Beviláqua (Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916), tratam ambos a matéria de forma assemelhada, a partir da classificação dos bens entre públicos e particulares.

Bens públicos, assim, seriam os pertencentes ao Poder Público, ou, nos termos do Código Civil, pertencentes “às pessoas jurídicas de direito público interno” (art. 98), quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas. Por exclusão, todos os outros, inclusive aqueles pertencentes às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), são considerados bens particulares.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>338</sup>, inclusive, elogia a didática elementar com que o legislador ordinário disciplinou a questão. Para referido autor, “a classificação dos bens em públicos e privados assentou-se no critério subjetivo da titularidade, e, ao adotá-lo, teve em vista a simplicidade doutrinária e a necessidade de um sistema prático de disciplina”.

Parece, entretanto, que tal classificação não coaduna com a situação concreta dos bens públicos – e aqui se verifica a problemática proposta pelo presente trabalho acadêmico – pois, em não raras vezes, são tratados como se privados fossem. Isto se justifica, em muitas oportunidades, pela impotência dos mecanismos estatais de controle em preservar e defender seus próprios bens. A tendência é serem verificadas situações em que indivíduos se utilizam de bens públicos como se fossem de sua propriedade, ou, pior, como se não fossem de ninguém, destruindo sua função essencial e impedindo o seu usufruto por outros indivíduos<sup>339</sup>.

Destarte, o Código Civil, ao considerar que, residualmente, todos os bens que não sejam públicos são privados, comete o equívoco em olvidar das *res nullius*, quais sejam as coisas sobre as quais não incide propriedade ou domínio, a exemplo dos tesouros e das coisas abandonadas. É o que também entende Washington de Barros Monteiro:

São públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a quem pertencerem (art. 98). O preceito é ambíguo. Dá a entender que só sejam públicos os bens dos Estados, ou dos Municípios, quando do domínio nacional; nessa afirmativa se contém manifesta contradição. Além disso, por exclusão, o que não pertencer à União, aos Estados, ou aos Municípios será de propriedade dos particulares, segundo o texto. Ora, isso não é absolutamente verdade. Muitas coisas existem, no mar e em terra, que não pertencem a ninguém (as pérolas que jazem no

---

<sup>338</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 443.

<sup>339</sup> A conduta referida no comentário é tipificada no Código Penal como crime de dano, em sua modalidade qualificada, conforme previsão do art. 163, parágrafo único: “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Se o crime é cometido: III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista: Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

fundo dos mares, os tesouros, as águas pluviais não captadas, as coisas abandonadas, as *res nullius* etc.).

Outra crítica extraída da doutrina civilista quanto a esta classificação refere-se à inconveniência do tratamento da matéria pelo Direito Privado, vez que os bens públicos constituem objeto do Direito Administrativo. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira<sup>340</sup>, segundo quem “teria feito melhor o legislador civilista ao não cogitar desta classificação, e nada mencionar quanto aos bens públicos, procurando abster-se de consignar matéria estranha ao direito privado (...), já que a sua disciplina escapa ao direito civil, para pertencer ao direito constitucional e ao direito administrativo”.

Pois bem, a classificação dos bens públicos está prevista no art. 99 do Código Civil, que assim reza:

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.

Diante desta proposição legal, serão doravante analisadas cada uma destas categorias de bens públicos, incluindo na discussão o enquadramento dos recursos hídricos, bem como a proposta da doutrina do Direito Ambiental de inclusão de uma nova categoria de bens, além dos públicos e particulares, qual seja a dos bens difusos, em que estariam abrangidos os recursos naturais.

Acerca dos bens de usos comum do povo (*res communes omnium*), são aqueles que podem, indistinta e indiscriminadamente, ser utilizados por qualquer pessoa. Assim, o particular pode usufruir de tais bens sem prévia autorização solene do Poder Público. Apesar do Código Civil não conceituá-los, exemplifica-os: são as praças, as praias, as áreas de lazer, as ruas etc.

---

<sup>340</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 441/442.

Não é juridicamente possível, em regra, a especificação das qualidades das pessoas que podem se utilizar dos bens de uso comum do povo. Assim, brasileiros o podem da mesma forma que os estrangeiros. Também não deve haver, salvo eventual motivo de interesse público, restrição de uso em razão de “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, na forma do art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal. Até mesmo as pessoas jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado, estão autorizadas legalmente a se servir dos bens de uso comum.

A regra para utilização dos bens de uso comum do povo é a da gratuidade. Não obstante, o usufruto, desde que assim previsto legalmente, pode eventualmente ser oneroso, a exemplo de um pedágio para utilização de uma via pública, ou a taxa de visitação cobrada em algumas categorias de Unidade de Conservação da Natureza, a exemplo das Unidades de Proteção Integral<sup>341</sup>. Destarte, a onerosidade conta com expressa permissão do próprio Código Civil que admite a cobrança de retribuição pecuniária pela utilização de bem de uso comum do povo<sup>342</sup>, na forma do art. 103.

Sem embargo, os bens desta categoria podem até mesmo ter restringido ou impedido o seu uso, desde que a partir de fundamentação baseada em motivo de interesse público. Ilustrativamente, cabe à Administração Pública impedir o acesso do indivíduo a praia, originariamente bem de uso comum do povo, mas utilizada como assento a instalações militares de defesa do território nacional.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>343</sup> também ressalta esta possibilidade, aduzindo que mantém a condição de bem de uso comum do povo “se o Poder

<sup>341</sup> A este respeito, reza a Lei nº 9.985/2000, que regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação: “Art. 35. Os recursos obtidos pelas unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral mediante a cobrança de taxa de visitação e outras rendas decorrentes de arrecadação, serviços e atividades da própria unidade serão aplicados de acordo com os seguintes critérios: I - até cinqüenta por cento, e não menos que vinte e cinco por cento, na implementação, manutenção e gestão da própria unidade; II - até cinqüenta por cento, e não menos que vinte e cinco por cento, na regularização fundiária das unidades de conservação do Grupo; III - até cinqüenta por cento, e não menos que quinze por cento, na implementação, manutenção e gestão de outras unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral”.

<sup>342</sup> Vide item 4.4.

Público regulamentar seu uso, restringi-lo ou tornar sua utilização onerosa, como o caso do pedágio nas rodovias. Pode até mesmo a administração restringir ou vedar o uso, em razão de segurança nacional ou do próprio povo, como é o caso da proibição do tráfego ou a interdição de uma estrada”.

No mais, convém ainda destacar a advertência que, sobre a matéria, faz Diógenes Gasparini<sup>344</sup>, para quem a utilização do bem de uso comum do povo deve ser normal, ou seja,

há de ser conforme a destinação do bem. Assim, uma praça não pode ser utilizada para se entender um varal e secar roupa, nem uma rua utilizada como campo de bochas ou malhas. Mas não é tudo. O uso deve, ainda, ser normal. Destarte, qualquer utilização, como o uso de uma praça para a realização de comício ou de uma rua para a promoção de passeata estudantil ou comemoração da vitória de certo time de futebol, deve ser previamente informada à autoridade competente (art. 5º, XVI, da CF).

Não obstante, acerca da dominialidade dos bens de uso comum do povo a doutrina, especialmente no que tange à doutrina do Direito Privado, não se tem verificado uma unanimidade de entendimentos. Assim, correntes há que se posicionam favoráveis à tese de que os bens de uso comum do povo são, na exegese trivial dos termos do Código Civil, de propriedade da Administração Pública, federal, estadual ou municipal.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>345</sup>, nestes termos, atribui à entidade de direito público a propriedade do bem, sendo apenas “usuário todo o povo”. Exatamente no mesmo sentido, professa Sílvio de Salvo Venosa<sup>346</sup>: “os bens de uso comum do povo são aqueles de que o povo se utiliza; pertencem à União, aos Estados ou aos Municípios, conforme o caso”.

Outro civilista de autoridade, a corroborar com a tese da propriedade dos bens de uso comum do povo à Administração Pública, é

---

<sup>343</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 340.

<sup>344</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 673.

<sup>345</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 443.

<sup>346</sup> Ob. Cit., p. 340.

Washington de Barros Monteiro<sup>347</sup>, para quem tais bens, “em verdade, pertencem ao ente de direito público (União, Estado ou Município), que tem a respectiva guarda, administração e fiscalização. A comunidade tem apenas o uso e gozo, condicionados naturalmente à observância dos regulamentos administrativos”.

Não obstante a credibilidade que os autores acima citados mantêm no estudo da matéria, pede-se vênia aos mesmos a fim de dar à matéria um tratamento mais aproximado do Direito Público, discordando dos posicionamentos propostos e admitindo, sim, o domínio coletivo dos bens de uso comum do povo. Não parece, de forma alguma, juridicamente racional conceber a propriedade de tais bens a ninguém especificamente, nem ao menos ao Poder Público.

Aliás, sequer se pode falar em propriedade como instituto jurídico a incidir sobre os bens de uso comum do povo. Não se trata, portanto, de propriedade, mas de domínio, que parecer ter um campo de aplicação mais genérico do que o primeiro instituto. Não são sinônimos nem se confundem: a propriedade é mais restrita e advém de tutela legal, precipuamente pelo Código Civil (arts. 1.228 e seguintes) ao passo que o domínio tem uma noção mais abstrata e, muitas vezes, merece disciplinamento em nível constitucional.

Ilustrativamente, quando a Constituição de 1988 atesta que os recursos minerais são bens federais (art. 20, inc. IX), trata-se, de fato, de propriedade, pois somente à própria União, diretamente ou por meio de concessão, pode deles usufruir; por outro lado, o mar territorial, sendo tutelado pelo mesmo dispositivo constitucional (inc. VI), refere-se a domínio, pois existe a possibilidade de qualquer pessoa, indistintamente, dele se utilizar. Assim, a propriedade tem um caráter mais restritivo e o domínio, mas ampliativo.

Nestes termos, conclui-se pela plena validade teórica do entendimento de que aos bens de uso comum do povo não se imputa a propriedade da Administração Pública, pois, em realidade, não lhe pertencem. À Administração cabe a gerência, a tutela, o disciplinamento do uso, a possibilidade

<sup>347</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume I. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 153.

de restrição ou impedimento, a fixação e cobrança por retribuição pecuniária pelo uso, sem que nada disso implique a propriedade dos bens de uso comum do povo.

Cabe-lhe, inclusive, o poder-dever de reivindicar os bens de uso comum do povo quando utilizados de forma ilícita ou que impeça o livre e franco acesso de outros do povo. Na consecução do poder de polícia, a Administração pode, em tese sem prévia anuência judicial (auto-executoriedade) e com o uso de força (coercibilidade), reverter em favor da coletividade um bem de que se utilizava, privativa e ilegalmente, o particular.

Assim, parece correta a filiação à corrente encontrada principalmente na doutrina publicista, em detrimento dos entendimentos referidos pelos autores de Direito Civil acima indicados. Para o Direito Público, os bens de uso comum do povo não pertencem à Administração, mas à própria coletividade – ou ao povo, como aduz sua terminologia.

Pinto Ferreira<sup>348</sup>, citando o posicionamento clássico de Clóvis Beviláqua, posiciona-se favorável ao entendimento segundo o qual

os bens públicos de uso comum (*res communis omnium*) pertencem a todos; o proprietário desses bens é a coletividade, é o povo. Já os bens públicos de uso especial são propriedades da União, dos Estados ou dos Municípios, porém aplicados a determinada ordem de serviço público. Enfim, os bens dominiais são patrimoniais; sobre eles a União, os Estados ou os Municípios exercem poderes de proprietários, segundo os preceitos do direito constitucional e administrativo.

Portanto, os bens de uso comum do povo não pertencem à Administração, cuja função se restringe à gerência e proteção. Tampouco podem ser considerados *res nullius*, como se neles não incidisse domínio ou se ninguém deles fosse dono. Coerente é a posição acima esposada, por intermédio da qual os bens de uso comum do povo pertencem à coletividade.

---

<sup>348</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 261.



É nesta categoria que se enquadram os recursos hídricos. São, portanto, bens de uso comum do povo. Aliás, o elenco de bens de uso comum do povo trazido pelo art. 99 do Código Civil inclui os mares e os rios e, como se trata de rol meramente exemplificativo, podem aqui ser adicionados os lagos, lagoas, açudes, córregos e quaisquer outros corpos d'água.

Outrossim, na qualidade de bem de uso comum do povo, não constituem as águas *res nullius*, na medida em que encontram na coletividade o titular de seu domínio. A água, para Geraldo Ferreira Lanfredi<sup>349</sup>, “sendo um bem comum de todos, deve ser considerada um patrimônio coletivo desta e das futuras gerações”.

Cabe, destarte, à União e aos Estados, por intermédio de seus respectivos órgãos componentes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, não a propriedade, mas a gerência e administração do uso da água, inclusive com o poder-dever de instituir a cobrança por tal uso e analisar os requisitos para a outorga.

Adverte-se, a propósito, que a noção de bem de uso comum do povo extraída do Código Civil tem conotação diversa da contida no texto constitucional, especificamente no *caput* do art. 225, que atribui tal condição ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesta última proposição, reveste-se de caráter difuso, cujo domínio e, ao mesmo tempo, responsabilidade pela preservação são de todas as pessoas, indiscriminadamente.

Assim também entende Paulo José Leite Farias<sup>350</sup>: “a categorização de bem de uso comum do povo posto no texto constitucional vincula a fruição dos elementos integrantes do conjunto ambiental não somente à sua utilização racional, mas ao respeito à função social da propriedade”.

---

<sup>349</sup> LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

<sup>350</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 252.

Nestes termos, o Código Civil, ao atribuir a determinado bem a qualidade de bem de uso comum do povo, possibilita seu usufruto por qualquer pessoa, indistintamente. Já a Constituição, ao fazê-lo, não somente faculta a utilização por qualquer do povo, mas lhe impõe a responsabilidade pelo uso racional e pela preservação de suas características essenciais.

Nasce aqui o fundamento do princípio de Direito Ambiental da colaboração, segundo o qual a obrigação pela preservação ambiental não é somente do particular ou do Poder Público, mas de ambos concomitantemente. É o que se depreende da leitura do referido *caput* do art. 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á 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.

Ademais, a água, na condição de bem de uso comum do povo, é absolutamente inalienável, não se admitindo a hipótese de comercialização ou venda, pelo Poder Público, ao particular. A outorga onerosa e a cobrança de retribuição pecuniária pela utilização dos recursos hídricos não constituem, nem de longe, condições de alienação ou venda.

Ao dispor sobre a questão, a Lei nº 9.433/97, veemente e peremptoriamente, veda a alienação e atesta, no art. 18, que a outorga “não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso”. Tal dispositivo, segundo Maria Luiza Machado Granziera<sup>351</sup>, “apenas vem a corroborar o entendimento de que os recursos hídricos, bens públicos de uso comum, não são passíveis de alienação, mas tão-somente pode ser conferido ao interessado o seu uso privativo, cuja precariedade irá variar de acordo com a finalidade da utilização”.

Ademais, o Código Civil também impõe aos bens de uso comum do povo a inalienabilidade:

---

<sup>351</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 189.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

A condição de inalienável, nestes termos, é extensiva à segunda modalidade de bens públicos prevista no Código Civil, qual sejam os bens especiais, que são os bens por intermédio dos quais a Administração Pública cumpre seu desiderato maior: a prestação de serviços públicos. É na utilização de tais bens que a Administração – direta, autárquica e fundacional, de qualquer dos entes federativos – executa os serviços públicos.

Neste caso, diferentemente dos bens de uso comum do povo em que o titular do domínio é a coletividade, os bens de uso especial compreendem o patrimônio dos órgãos e das entidades administrativas, efetivamente seu proprietário. Destarte, o elenco discriminado no inc. II do art. 99, referente aos bens de uso especial, é, a exemplo do rol dos bens de uso comum do povo previsto no inc. I, meramente exemplificativo e não taxativo, daí porque não se resumem aos “edifícios ou terrenos” destinados ao serviço público.

Os bens de uso especial, como instrumentos dos órgãos e entidades administrativas, tanto podem ser móveis quanto imóveis. Exemplificam-se os edifícios das repartições públicas, os mercados, os presídios, escolas e hospitais públicos, os fóruns, os quartéis, os veículos, o mobiliário, os computadores etc.

Aqui, a restrição de uso é mais patente. Enquanto que os bens de uso comum do povo, em tese, podem ser utilizados indistintamente por quem quer que seja, habitualmente de forma gratuita, os bens de uso especial são utilizáveis diretamente pela Administração, somente admitindo-se uso particular se previamente disciplinado em lei ou ato administrativo específico.

É o que também entende Sílvio de Salvo Venosa<sup>352</sup>, para quem os bens de uso especial distinguem-se dos bens de uso comum do povo “porque o

---

<sup>352</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 340/341.

Poder Público não tem apenas a titularidade, mas também sua utilização. Seu uso pelos particulares é regulamentado, e a Administração tanto pode permitir que os interessados ingressem em suas dependências, como proibir”.

Posicionamento diferente não tem Caio Mário da Silva Pereira<sup>353</sup>:

Bens de uso especial, que as entidades respectivas destinam aos seus serviços ou a fins determinados, como os edifícios ou terrenos aplicados ao seu funcionamento. O regime dominial destes bens difere dos anteriores (de uso comum do povo), pois que aqui o *dominus* (entidade de direito público) reúne à sua titularidade a utilização. Mas esta não significa a proibição de freqüência ou de penetração do público. As entidades públicas podem permitir que os interessados ingressem nas dependências dos estabelecimentos dedicados aos serviços públicos, como lhes é lícito proibi-lo, sem desnaturar a qualidade do bem.

Já no que tange aos bens dominicais ou dominiais, constituem os bens – diferentemente dos primeiros, que são inalienáveis – que compõem o patrimônio disponível da Administração, federal, estadual, distrital ou municipal. Nesta condição, os bens podem ser utilizados pelo Poder Público para qualquer fim, mesmo a venda, comercialização ou alienação.

Aqui, a Administração atua como se particular fosse, sendo a utilização dos bens dominicais, por essa razão, tutelada em sede de Direito Privado. São, segundo as lições de Walber de Moura Agra<sup>354</sup>, “disponibilizados para assegurar o cumprimento de obrigações financeiras e não são considerados bens ligados diretamente à satisfação das necessidades do serviço público, sendo por isso regidos pelo regime jurídico do direito privado”.

É inclusive o que reza o Código Civil, ao equiparar ao bem dominical os bens utilizados pela Administração segundo os dogmas privatistas:

Art. 99. ...

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.

<sup>353</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 444.

<sup>354</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 237.

Apesar de, a rigor, ser nas normas de Direito Privado que se encontra o disciplinamento dos bens dominicais, em não raras vezes as regras de Direito Administrativo também lhe são aplicáveis. Assim, a alienação ou qualquer outra forma de utilização de tais bens são, em tese, sujeitas a requisitos como a avaliação e a submissão a prévio procedimento licitatório.

Os bens dominicais, de propriedade da Administração, podem por esta ser utilizados como forma de obter renda e dividendos, a partir de quando autoriza ao particular seu uso direto, mesmo quando lhe transfere definitivamente a propriedade. Assim acontece com os terrenos de marinha, as terras devolutas, os títulos da dívida pública etc.

São, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira<sup>355</sup>, “bens que se integram no acervo da riqueza da entidade, e se destinam à aquisição pelos interessados. Mas a oportunidade e a forma de alienação subordinam-se às disposições disciplinares específicas, incorrendo na sanção de ineficácia se não se observam”.

Trata-se da única categoria de bem público que o Código Civil admite a alienação, vendando esta possibilidade aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Assim, se for do interesse, motivado e razoável, da Administração em se desfazer de um bem de uso comum do povo ou de uso especial (aquele em hipóteses menos comuns), somente pode-se efetivar através de um procedimento administrativo que altere a condição destes bens e os transforme em bens dominicais. Trata-se da desafetação, que exige um procedimento formal e

---

<sup>355</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 445.

difícultoso, com participação não somente da Administração, mas do Poder Legislativo, que deve lhe dar anuência.

A propósito, o Código Civil também se preocupou com a tutela das águas, nos arts. 1.288 e seguintes. Ocorre que o prisma com que foram tratadas não pertence ao objetivo do presente trabalho acadêmico, pois os dispositivos apontados não se relacionam diretamente à questão do domínio, mas sim ao direito de vizinhança.

Não obstante, o Código Civil, no art. 1.260, implicitamente reconhece o caráter público dos recursos hídricos, ao indicar que a propriedade do solo em que se encontra a água não pressupõe a da própria:

Art. 1.290. O proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores.

A criticar apenas a expressão “proprietário de nascente”, pois a mesma, seja na condição de local onde brota a corrente d’água (rio, riacho ou córrego), seja na hipótese de olho d’água, não admite a incidência de propriedade particular. A propósito, a nascente conta com definição legal constante da Resolução CONAMA nº 303/2002: trata-se do “local onde aflora naturalmente, mesmo que de forma intermitente, a água subterrânea” (art. 2º, inc. II).

Visto o tratamento que o Código Civil dispensou aos bens públicos e privados, enquadrando na primeira condição os recursos hídricos de forma compatível com os ditames da Lei nº 9.433/97, que admite exclusivamente a dominialidade pública, convém dar algum destaque a uma nova corrente doutrinária que introduz, no tema, uma terceira categoria de bens: os bens difusos.

Esta teoria se corporificou a partir da tendência constitucional em dotar o meio ambiente ecologicamente equilibrado não somente da qualidade bem de uso comum do povo, mas também a importância que este meio ambiente em relação à busca pela “sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*). Assim, o bem de

uso comum do povo seria bem público; mas, ao se lhe incidir a sadia qualidade de vida, converte-se no bem difuso.

Neste sentido, posiciona-se Luciana Cordeiro de Souza:

A partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou o bem difuso, vemos o fim da dicotomia do bem público e privado. Outrora os bens, se não privados, amparados paternalisticamente pelo Código Civil, seriam públicos, protegidos sob os tentáculos da Administração Pública, esta que tem demonstrado sua incapacidade de gerir seus bens. (...) Portanto, temo ao lado do bem público e do bem privado, uma terceira categoria de bem, chamado difuso.

É em Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>356</sup> que se encontra a voz mais contundente a disseminar a teoria da existência desta terceira categoria de bens:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, aludida dicotomia (entre bens públicos e privados) trazida pelo Código Civil recebeu tratamento distinto. Isto porque nosso sistema positivo traduziu a necessidade de orientar um novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades, principalmente metaindividuais.

E arremata, aduzindo que é “da somatória dos dois aspectos: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que estrutura constitucionalmente o bem ambiental”<sup>357</sup>.

Ocorre que este pensamento não merece prosperar. A inclusão da sadia qualidade de vida não é suficiente para desconfigurar a qualidade dos bens públicos. A sadia qualidade de vida pode perfeitamente ser embutida nos atributos que caracterizam os bens públicos, especificamente os de uso comum do povo, sem alterar-lhes esta condição.

Assim, esta terceira categoria de bem – o bem difuso – nada mais é do que o próprio bem público, pois em nada diferem. Os elementos que formam esta pretensa categoria podem ser trasladados para as características atribuídas aos bens públicos, sem que isto lhes gere qualquer variação.

---

<sup>356</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 59.

<sup>357</sup> Ob. Cit., p. 60.

Tampouco o legislador constituinte originário de 1988 teve a intenção de criar tal nova categoria de bem. Ao contrário, lançou mão da mesma expressão utilizada há décadas pelo antigo Código Civil, qual seja o “bem de uso comum do povo” que, não obstante, mantém traços comuns e distintivos quando referidos respectivamente pelo Texto Magno e pelo Código Civil, conforme destacado há algumas linhas.

Mas nada disto é doutrinariamente suficiente para a criação de uma nova categoria de bem. O quadro, gerado pelo Código Civil, da dicotomia dos bens em públicos e privados permanece incólume, mesmo com o surgimento de algumas teorias que, apesar de originais, não têm o condão de alterar a proposta do legislador ordinário e constituinte sobre o tema.

### **5.3. Divisão Constitucional de Bens Públicos e dos Recursos Hídricos na Federação Brasileira**

A evolução histórica do instituto da propriedade, colacionada no início deste capítulo, pode, em parte, ser aplicada à questão do domínio hídrico, pois a água, na condição de essencial à vida humana e a atividades econômicas das mais diversas, principalmente as de natureza agropastoril, sempre foi utilizada como parâmetro de valores incidentes sobre bens imóveis.

Foi assim desde a Antigüidade Clássica, época em que o direito de propriedade era considerado absoluto. Em relação à água, vigorava a máxima do *first in use, first in right*, ou seja, a partir do momento em que determinado indivíduo (a) se apropriava de uma área dotada de recursos naturais, inclusive hídricos, (b) proclamava-se unilateralmente seu dono e (c) não encontrava resistência de terceiros, configurava-se na hipótese a propriedade sobre a água.



Adiante, com o disciplinamento jurídico da propriedade, a água passou a pertencer ao dono da área que a abrangia. A propriedade do solo implicava à da água ali verificada. Ainda hoje – apesar de não mais contar com qualquer amparo constitucional – o cenário ainda é o que se verifica concretamente, o que inclusive justifica a realização do presente trabalho acadêmico.

Hodiernamente, dada a crescente preocupação quanto à escassez e não renovabilidade da água, os países vêm adotando a regra da dominialidade pública incidente sobre os recursos hídricos, considerados que são como bens coletivos ou de uso comum. O particular, ao pretender usar tais recursos naturais, somente o pode fazer após prévia outorga da Administração encarregada da gerência, em tese de maneira onerosa a fim de consolidar o caráter econômico da água.

Ainda acerca da utilização das águas, embora seja direito de todos, lembra Hely Lopes Meirelles<sup>358</sup> que se sujeita “sempre à regulamentação necessária à preservação dos mananciais e à eqüitativa distribuição do consumo. Essa regulamentação constitui o regime jurídico das águas de cada país, que o estabelece segundo suas conveniências e o sistema hidrográfico nacional, no legítimo exercício de sua soberania”.

E assim não foi diferente com o Brasil. *In casu*, o legislador constituinte originário de 1988 dividiu o domínio hídrico entre a União e os Estados, conforme se depreende da análise dos arts. 20 e 26:

Art. 20. São bens da União:

...

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

...

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

...

---

<sup>358</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 554.

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Assim, são rios federais os que banham mais de um Estado, a exemplo do rio São Francisco, que nasce em Minas Gerais, na serra da Canastra, percorre o Estado da Bahia fazendo sua fronteira com o Estado de Pernambuco, consistindo ainda divisa natural entre os Estados de Sergipe e Alagoas. São também águas federais aqueles que servem como fronteiras naturais entre o Brasil e país vizinho, a exemplo do rio Paraná, localizado na divisa entre Brasil, Paraguai e Argentina, e da lagoa Mirim, entre Brasil e Uruguai. No mais, rios que provenham do estrangeiro e encontram foz no Brasil também são rios federais, a exemplo do Amazonas, cujo leito principal nasce na Cordilheira dos Andes peruana e desemboca no Oceano Atlântico, na divisa entre Amapá e Pará.

Por exclusão, todas os demais corpos d'água são de domínio estadual, inclusive os lençóis freáticos. Especificamente, os lagos e lagoas, por se localizarem integralmente em território de um único Estado, nele encontra seu domínio, o mesmo ocorrendo com os rios que nascem e têm foz nos limites territoriais de um mesmo Estado. São exemplos os rios Tietê, das Almas, Guarapó e Comprido (São Paulo), rios Macaé e Pavuna, e lagoa Rodrigo de Freitas (Rio de Janeiro), rios Pacoti, Cocó, Ceará e Curú (Ceará).

É juridicamente possível, ainda, na forma do inc. I do art. 26, *in fine*, a existência de um corpo d'água inteiramente abrangido por um único Estado mas de domínio federal, desde que “decorrentes de obras da União”. É o caso, por exemplo, do açude Castanhão, encravado integralmente no sertão central cearense, mas proveniente de obra federal<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> O açude Castanhão adveio de obra a cargo do Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS. A propósito, lembra Paulo José Leite Farias (*in* **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 428.) que se incluem, como corpos hídricos federais, “as águas em reservatórios construídos pela União, como, por exemplo: reservatórios da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – CODEVASF, do Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS, do extinto Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS, Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF etc.”.

Pois bem, como a Constituição repartiu o domínio das águas entre a União e os Estados, não mais cabe qualquer discussão a respeito da viabilidade de haver, no Brasil, águas particulares. Esta conjuntura, entretanto, adveio da nova ordem constitucional, pois a legislação vigente anteriormente à Lei Maior, centrada no antigo Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), previa a existência de três categorias de águas:

- a) *águas públicas*, que seriam os mares, as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuantes, as correntes de que se façam estas águas, as fontes e reservatórios públicos, as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput fluminis*, os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade e fluabilidade;
- b) *águas comuns*, a saber as correntes não navegáveis ou fluáveis e de que essas não se façam;
- c) *águas particulares*, quais sejam as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns e as públicas.

Esta classificação introduzida em nosso ordenamento pelo Código de Águas, portanto, não parece ter sido recepcionada pela Carta de 1988. A nova sistemática indica a titularidade patrimonial dos recursos hídricos bipartida entre a União e os Estados, não cabendo, portanto, a titularidade privada ou particular sobre um corpo d'água.

Na verdade, explicam José Adonis Callou de Sá e Luciana Ribeira Campos<sup>360</sup> (*apud*, 2001), “as águas, como integrantes do patrimônio ambiental,

---

<sup>360</sup> SÁ, José Adônias Callou de Araújo e CAMPOS, Luciana Ribeiro (autores); CAMPOS, José Nilson Bezerra & STUDART, Ticiania Marinho (editores). **Gestão das Águas: Princípios e Práticas**. Porto Alegre: ABRH, 2003, p. 211.

são bens de uso comum de todos (...) A Lei Fundamental publicizou as águas, repartindo o domínio entre a União e os Estados”. Não existe mais, portanto, as águas municipais, nem águas comuns, muito menos as águas particulares. Todos os corpos d’água são de domínio público, mesmos os encravados em terrenos particulares.

Tal entendimento encontra respaldo na doutrina de outros autores. Paulo José Leite Farias<sup>361</sup> é taxativo: “Pelo disposto na Constituição Federal sobre o tema, as águas passaram a ser consideradas bens dos Estados e da União, pela titularidade pública, são tratadas como bens públicos, nos expressos termos do previsto no art. 26, inc. I (águas estaduais) e do art. 20, inc. III (águas federais) da Constituição Federal”.

Maria Luiza Machado Granziera, por sua vez, atribui não à Constituição, mas ao teor da Lei nº 9.433/97 a solução da problemática:

A Constituição Federal de 1988 dividiu o domínio hídrico entre a União e os Estados, nada dispondo sobre as águas particulares. Isso não deixou de criar uma dúvida quanto à extinção das mesmas. (...) Após a edição da Lei nº 9.433/97, caíram por terra quaisquer dúvidas que pudessem restar acerca da publicização dos recursos hídricos no Brasil. O art. 1º, inciso I, da Lei das Águas, tornou definitiva a condição pública das águas no Brasil, fixando que “a água é um bem de domínio público”.

José Afonso da Silva<sup>362</sup> é outro autor que se posiciona no mesmo sentido:

A água é um bem insusceptível de apropriação privada, por ser (...) indispensável à vida, ainda que na legislação e na doutrina se fale, frequentemente, em águas do domínio particular e águas do domínio público. Isto não pode ter outro sentido, hoje, quanto às primeiras, de águas que se situam ou passam em propriedade do domínio privado, e assim, enquanto estão dentro dela, ficam sujeitas à apropriação e à administração do proprietário desse domínio. Tanto é certo isso que as águas correntes que transitam numa propriedade privada, mesmo quando sejam daquelas tidas como de domínio particular, deverão seguir seu leito, porque não podem ser retidas em definitivo no poder do particular como coisa de sua propriedade privada. Toda água, em verdade, é um bem de uso comum de todos. Tanto que ninguém pode, licitamente, impedir que o sedento sorva a água tida como de domínio particular.

---

<sup>361</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 397.

<sup>362</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 120/121.

E conclui: “Essa posição é, hoje, sem sombra de dúvida, agasalhada pela Constituição de 1988. Esta reparte o domínio das águas entre a União e os Estados, modificando profundamente o Código de Águas, eliminando as antigas águas municipais, as comuns e as particulares”.

Não obstante o correto entendimento aqui esposado, na doutrina ainda se encontram vozes que o questionam, acreditando ou pelo menos fazendo supor a possibilidade jurídica da existência de águas particulares. E o fazem no juízo da prevalência do direito adquirido, que constitui direito fundamental preconizado pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Neste sentido, questiona Fabiana Santos Dantas<sup>363</sup>, para quem a “idéia de dominialidade pública dos recursos hídricos não é unânime, impondo-se definir se ainda subsistem águas privadas no Brasil, em razão do exposto respeito aos direitos adquiridos contido no art. 5º, XXXVI, ou se, por outro lado, a nova e exaustiva disciplina constitucional logrou abolir qualquer propriedade privada sobre as águas”.

Mais contencioso é Paulo Affonso Leme Machado<sup>364</sup> que, assumindo posição, atesta:

Há razoabilidade em sustentar-se que o “direito adquirido” (art. 5º, XXXVI, da CF) socorre esses proprietários particulares no sentido de obterem indenizações dos Estados quando estes pretenderem o domínio das águas referidas no art. 8º do Código das Águas. Não se pode simplesmente tentar introduzir no regime jurídico das nascentes privadas o sistema da outorga e da cobrança do uso desse recurso específico pelo viés da “função social” da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF/88). Houve um negável esvaziamento do direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF/88), que acarreta nesse caso a obrigação de indenizar ou de não cobrar a água utilizada.

Ora, a definição pela condição de bem público das águas pode ser atribuída ao legislador constituinte originário de 1988, a quem a Teoria Constitucional não admite, em tese, restrição de índole jurídica, por se tratar de

<sup>363</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 280.

<sup>364</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 447.

órgão essencialmente político ou metajurídico. Cabe-lhe, *ab initio*, o disciplinamento da organização estatal e dos direitos fundamentais, sem se ater a nenhuma norma ou condição pretérita

Daí o porquê da boa exegese constitucional não admitir se falar em direito adquirido em face do próprio Texto Magno originário, o qual, em tese, não se encontra adstrito à necessidade de observância de direitos privados, principalmente os que, *in casu*, afrontam de morte princípio norteador das condutas de um Estado democrático de Direito, qual seja a prevalência dos interesses públicos em detrimento dos particulares.

Está, portanto, plenamente rechaçada qualquer teoria que proponha desvirtuar (a) o contexto constitucional relativo ao domínio público das águas e (b) a inexistência de águas particulares no Brasil pós-1988. assim, claramente se vislumbra a bipartição do domínio hídrico entre a União e os Estados, consoante o teor dos arts. 20 e 26 acima transcritos.

Pode-se, não obstante, ultrapassar os limites do contexto e enquadrar o Distrito Federal na discussão. Assim, entende-se que os corpos d'água integralmente verificados no território do Distrito Federal, nele encontrarão o titular de seu domínio. Assim, ilustrativamente, o lago Paranoá e o rio Sobradinho são incluídos no patrimônio do Distrito Federal, e não no do Estado de Goiás.

Este, entretanto, não é o entendimento de Fabiana Santos Dantas<sup>365</sup> que, comentando acerca da competência para a expedição de outorga de uso, aduz que tal competência é incompatível com a natureza do Distrito Federal:

A autoridade competente para a outorga é o Poder Executivo Federal ou dos Estados. Parece-nos incompreensível atribuir tal competência administrativa ao Distrito Federal, pois o mesmo não é titular de domínio sobre quaisquer recursos hídricos, o que justificaria o seu poder de

---

<sup>365</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direto Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 306.

disposição: apenas no exercício da competência delegada pela União poderíamos admitir uma competência do Distrito Federal para conceder outorgas, como disposto nos art. 31 e 14, §1º, da Lei 9.433/97.

Prefere-se pedir vênias à autora e se filiar à corrente que entende viável o domínio hídrico distrital, conforme também esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>366</sup>, para quem “o Distrito Federal, por extensão implícita no princípio da competência legislativa, disporá sobre o mesmo rol de bens atribuídos aos Estados”.

Sem embargo, o único ente federativo a quem o constituinte de 1988 não atribuiu a titularidade patrimonial sobre os recursos hídricos foi o Município. A este, mesmo manifestando interesse na preservação de manancial encontrado integralmente em seu território, não cabe o domínio hídrico, que permanece nas mãos da União ou do Estado.

É o que também lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>367</sup>: “os Municípios não foram contemplados explicitamente na partícula dominical constitucional, tendo ficado excluídos, assim, do exercício do domínio sobre terras devolutas, sobre rios e lagos”.

Isto não quer dizer que aos Municípios não cabe qualquer responsabilidade sobre a preservação de recursos hídricos: compete-lhe, em nível administrativo, o combate à poluição hídrica e a fiscalização das outorgas para utilização de águas em seu território, na conformidade do que dispõem os incs. VI e XI do art. 23 da Constituição Federal. Destarte, é sua atribuição legiferante os assuntos de interesse local, o que ocorre habitualmente em se tratando de recursos hídricos, sobretudo corpos d’água de pequena extensão, a exemplo de lagoas e açudes.

Entretanto, tais competências de índole material e legislativa do Município em relação a águas não são suficientes para dotar-lhe de domínio hídrico que – reitera-se – restringe-se à União, ao Estado e, inclusive, ao Distrito

<sup>366</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 344.

<sup>367</sup> Ob. Cit., p. 344.

Federal. Assim, são, no final de contas, apenas três as modalidades de domínios das águas no Brasil: águas federais, estaduais ou distritais. O Município não constitui *dominus* da água, apesar dos interesses sobre os corpos d'água que eventualmente percorrem ou se encontram em seu território.

O legislador constituinte originário de 1988, a propósito, disciplinou a questão de maneira sensata e prudente, ao dotar os recursos hídricos da dominialidade exclusivamente pública e não mais admitir a propriedade privada que lhes eram incidentes quando da vigência do Código de Águas, em 1934. Nestes termos, o Poder Público passa a ter competência para monitorar diretamente a utilização das águas, no uso do poder de polícia administrativa, com vistas à proteção de direitos fundamentais das mais variadas modalidades, a exemplo da vida, da saúde, da higiene, do lazer etc.

O poder de polícia administrativa evita, também, que a utilização dos recursos hídricos por particular gere prejuízos à coletividade ou a outros particulares, a partir, por exemplo, da restrição do acesso à água ou do acesso a corpo hídrico poluído. Ressurge aqui o princípio da prevalência dos interesses públicos sobre o individual, que, fundamentando o poder de polícia, deve margear todo comportamento administrativo.

Adverte-se, não obstante, que a dominialidade da água, atribuída constitucionalmente à União e aos Estados, não os transforma em proprietários dos recursos hídricos, mas em seus gestores. Tal condição permite aos apontados entes federativos, na defesa do interesse coletivo, a imposição ao particular da restrição de uso ou da possibilidade de uso somente mediante outorga onerosa.

Neste contexto também entende Patryck de Araújo Ayala<sup>368</sup>:

Conquanto esteja submetida a um regime de dominialidade pública, a ordem constitucional brasileira (art. 225, *caput*) veda a possibilidade de que a água seja objeto de relações de apropriação exclusiva por parte dos

---

<sup>368</sup> AYALA, Patryck de Araújo (Autor); CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira in Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 295/296.



próprios entes federados, parecendo ser mais adequado considerar que atuam somente na posição de responsáveis, interessados (*stakeholders*) e guardiões institucionais do bem de interesse público, que é afeto, originariamente, a toda a coletividade. (...) O regime de dominialidade não pode originar relações de propriedade, mas sim de gestão pública sobre as águas, em uma relação de *trust* perante os recursos hídricos (bem), em que não há proprietários, mas fiduciários ou responsáveis, posição que parece poder ser atribuída, no texto constitucional brasileiro, à União (art. 20, III) e aos Estados-membros (art. 26, I), tendo como beneficiários todos os cidadãos.

Todo o exposto até a última linha leva a crer na impossibilidade jurídica de recursos hídricos particulares, cuja ocorrência afrontaria a essência constitucional no trato da matéria e a apropriada intenção do legislador constituinte originário ao dotar os corpos d'água de dominialidade exclusivamente pública. Assim, as águas comuns, particulares e, também, municipais, perderam a viabilidade jurídica conquistada pelo Código de Águas a partir da Carta de 1988, cujos termos foram ratificados, à saciedade, pelo teor da Lei nº 9.433/97.

Nem mesmo as nascentes localizadas integralmente em propriedade particular podem ser assim consideradas. Daí a plausibilidade do entendimento pela inconstitucionalidade do art. 1.290 do Código Civil<sup>369</sup>, que, ao fazer referência ao proprietário de nascente, admite o domínio privado do referido corpo d'água, o que diametralmente afronta o Texto Magno. Paulo José Leite Farias<sup>370</sup> também se posiciona no mesmo sentido, ao informar que não existem “mais águas particulares no país. Mesmo as nascentes que se encontram nos limites de uma propriedade privada, definidas, então pelo Código de Águas como privadas, como os rios que servem de limites entre duas propriedades privadas, definidas, então, pelo Código de Águas como comuns (condomínio privado), todas, atualmente, são águas públicas”.

Neste ponto, parece não prosperar o entendimento esposado por Fabiana Santos Dantas<sup>371</sup>, cujas lições destacam que o Código Civil de 2002,

<sup>369</sup> Assim rege o referido dispositivo legal: “O proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores”.

<sup>370</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 397.

<sup>371</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental**

“posterior à Lei 9.433/97, admite a propriedade privada de nascentes e águas pluviais, ligada à propriedade do solo, bem como o seu aproveitamento para consumo (não detalhando a espécie de uso, que pode ir de dessedentação humana e animal até à irrigação), vedando-lhe tão-somente a retenção e desvio das águas remanescentes para os prédios inferiores”. As nascentes, quer na condição de olho d’água, quer na de fonte ou afloramento de rio, são de domínio público como qualquer outro corpo d’água.

Chega-se mesmo a afirmar, categoricamente, que inclusive os reservatórios de água e os açudes construídos, em sua totalidade, com recursos financeiros particulares são categorizados como bens públicos de uso comum do povo, dada a publicização ou estatização que os corpos d’água, em quaisquer de suas modalidades, mereceram da Carta Magna. O Poder Público, constitucionalmente, incorporou em seu patrimônio os bens hídricos que, antes e sob a vigência do Código de Águas, estavam sujeitos a regime de propriedade privada.

Christian Guy Caubet<sup>372</sup>, neste mesmo sentido, assevera que a propriedade privada da água “já não existe na nossa ordem jurídica, nos sentido de uma pessoa proclamar-se e agir como proprietária da água que se encontra em seu fundo, quer como corpo d’água, cercado por terras do dono do fundo, quer como curso d’água, proveniente de outro fundo e com destino pra um terceiro”.

Sebastião Valdir Gomes<sup>373</sup> também é adepto deste posicionamento, pois a Constituição e a Lei nº 9.433/97, ao dotarem os recursos hídricos da condição de bem público, foram expressos “no sentido de que se trata de bem público, independentemente de estarem situadas em propriedades particulares ou públicas, ficando extinto o regime jurídico das águas particulares”.

---

**no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 272.

<sup>372</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 143.

<sup>373</sup> GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 135.

Mesmo no caso de águas represadas, quando assim permitidas, admitem o usufruto particular condicionado à prévia outorga e de forma a não prejudicar os interesses dos vizinhos. Christian Guy Caubet<sup>374</sup> também ressalta esta condição, ao lecionar que “as águas represadas, como todos os cursos e corpos d’água, mesmo que estejam inteiramente dentro de um fundo totalmente privado, não podem ser usadas pelos donos dos fundos, onde quer que se encontrem, sem uma outorga e em condições aprovadas por diversos agentes participantes do processo de gestão, os usuários”.

Reconhece-se, entretanto, que as águas pluviais podem ser receptadas e acumuladas pelo particular e, nesta condição, admitem a incidência da propriedade privada. Assim, a segunda parte do art. 1.290 do Código Civil encontra respaldo constitucional, desde que o cenário concreto esteja em irrestrito acordo com o teor do referido dispositivo legal. Ou seja, o proprietário do solo onde são retidas as águas da chuva pode usufruir delas livremente, mas, ao satisfazerem-se “as necessidades de consumo”, não lhe é lícito impedir seu acesso à população circunvizinha.

E aqui parece coadunar com a posição de Paulo Affonso Leme Machado<sup>375</sup> que, tratando da matéria, professa:

As águas das chuvas têm ligação com as águas superficiais e subterrâneas, mas seu regime jurídico não está necessariamente escravizado ao regime daquelas. A Lei 9.433/97 não modificou as sábias regras de 1934 (do Código de Águas). Essas regras estimulam os proprietários privados a captar as águas das chuvas para as suas necessidades básicas. Não se trata de impermeabilizar toda a propriedade para transformá-la num reservatório pluvial, impedindo-se totalmente a infiltração ou a percolação das águas. Possibilita-se àqueles que não são proprietários privados (ou que tenham propriedades de pequena extensão) dirigirem-se livremente às praças, espaços livres ou outros espaços públicos para coletar as águas procedentes das chuvas. Segue-se o direito natural, valoriza-se a economia doméstica e observa-se a solidariedade nos lugares áridos.

---

<sup>374</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 146.

<sup>375</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 448.

Assim, a única situação em que o ordenamento jurídico-ambiental admite o domínio privado dos recursos hídricos é, especificamente, a captação e acumulação de águas das chuvas que, não obstante, sujeitam-se ao regime de uso disciplinado na segunda parte do art. 1.290 do Código Civil. Todas as outras hipóteses se referem ao domínio público das águas.

Ocorre que também não são os recursos hídricos integrantes do patrimônio privado do Poder Público: constituem bens de uso comum do povo, e não bens dominiais. A União e os Estados não são seus proprietários, mas seus gestores. Não consistem os recursos hídricos em bens alienáveis, pois (a) o art. 100 Código Civil não admite esta qualidade para os bens de uso comum e (b) a utilização outorgada de uso pelo particular não implica a alienação, segundo o disposto no art. 18 da Lei nº 9.433/97.

Esta advertência é corroborada por Paulo José Leite Farias<sup>376</sup>:

A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não permite ao poder público federal e estadual alienar a água como se fosse seu *dominus*. A titularidade do poder público na noção de água como bem público, como em qualquer recurso natural, prende-se à função estatal de administrar (cuidar de algo que não é seu, mas sim da coletividade). Nesse aspecto, o art. 18 da Lei 9.433/97 para corroborar que a água não é bem dominical público, afirma que “a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”. (...) Assim, nos termos da Constituição Federal, cabe ao poder público somente outorgar os direitos de uso da água, pois o poder público na água não é *dominus* no sentido estrito, mas sim administrador de um bem comum a todos.

Até mesmo Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>377</sup>, ao defender sua tese da tripartição dos bens em públicos, particulares e difusos, atesta que os bens ambientais

não são propriedade de qualquer dos entes federados, o que significa dizer, por exemplo, que os rios e lagos de que trata o art. 20, III, da Constituição Federal não são bens de propriedade da União. Na verdade, esta atua como simples administradora de um bem que pertence à coletividade, devendo geri-lo sempre com a participação direta da

---

<sup>376</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 399/400.

<sup>377</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 65/66.

sociedade. Dessa forma, temos que a Constituição Federal, ao outorgar o “domínio” de alguns bens à União ou aos Estados, não nos permite concluir que tenha atribuído a eles a titularidade de bens ambientais. Significa dizer tão-somente que a União ou o Estado (dependendo do bem) serão seus gestores, de forma que toda vez que alguém quiser explorar algum dos aludidos bens deverá estar autorizado pelo respectivo ente federado, porquanto este será o ente responsável pela “administração” do bem e pelo dever de prezar pela sua preservação.

Ocorre que, não obstante todo o exposto, a qualificação legalmente estabelecida da água como bem de domínio público é objeto de críticas de alguns doutrinadores que se posicionam pela incongruência textual e até mesma pela inconstitucionalidade do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.433/97, que regulamenta esta condição dos recursos hídricos. Christian Guy Caubet<sup>378</sup>, por exemplo, entende que “a lei incorre em erro ao estabelecer que a água é um bem de domínio público. Diversos autores sublinham que a água é um bem de natureza muito particular, de uso comum de todos: nem de domínio público exclusivo, nem suscetível de qualquer tipo de apropriação privada”.

Luciana Cordeiro de Souza<sup>379</sup> direciona sua crítica para o mesmo foco: “A Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (...), cometeu uma impropriedade ao considerar, nesse mesmo artigo 1º, no seu inc. I, a água como sendo um bem de domínio público. Ora, a água como bem ambiental, de uso comum do povo, trata-se de um bem difuso. Portanto, podemos invocar a inconstitucionalidade desse inciso”.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>380</sup>, insistindo na tese do bem difuso como terceira categoria de bens, ao lado do público e do privado, entende por inconstitucional a condição da água como bem de domínio público, pois a Lei nº 9.433/97, no seu art. 1º,

ao estabelecer os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, refletiu uma impropriedade. No inciso I desse artigo, preceituou-se que a água é um bem de domínio público. Tal assertiva padece de inconstitucionalidade, porquanto, conforme foi demonstrado, a água é um

---

<sup>378</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 143.

<sup>379</sup> SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua Proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 106.

<sup>380</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 133.

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, inc. I, encontra-se em total desarmonia com o Texto Constitucional, não encontrando neste qualquer suporte de validade.

Reitera-se, acerca do tema, o que já foi assumido anteriormente acerca da classificação, oriunda do Código Civil, dos bens públicos e privados, em que não é cabível uma terceira categoria. A noção dos bens ditos difusos nada mais é do que um prolongamento do conceito de bens de uso comum do povo: conseqüentemente, os bens difusos estão inseridos na categoria de bens públicos. Suas características e peculiaridades, apesar da indiscutível relevância, a exemplo da destacada “sadia qualidade de vida”, não são suficientes para a criação doutrinária desta nova modalidade de bens.

Assim, os bens são públicos ou privados tão somente, enquadrando-se na primeira hipótese os bens ambientais e os ditos difusos. E os recursos hídricos – como este trabalho acadêmico se propôs a demonstrar – são bens de uso comum do povo e gerenciados pela Administração, não sendo juridicamente possível a tese de dominialidade privada sobre as águas.

Não obstante, a doutrina administrativista pátria não reconhece este cenário, atrelada à ultrapassada tese da vigência, pós-1988, do Código de Águas e, portanto, à possibilidade da compatibilidade do domínio hídrico privado com a nova ordem constitucional. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>381</sup>, por exemplo, ao comentar a classificação das águas em (a) públicas, (b) comuns, (c) particulares e (d) comuns de todos, segundo a previsão do Código de Águas, atesta que as “águas particulares definem-se por exclusão: são as situadas em terrenos particulares, desde que não estejam classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as comuns (art. 8º do Código de Águas)”.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>382</sup> também admite a propriedade particular das águas, inclusive no caso de corpos d’água encravados

<sup>381</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 685.

<sup>382</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 560.

integralmente em uma área privada: “os lagos e lagoas situados e cercados por um só prédio particular e que não forem alimentados por correntes públicas não são bens públicos (§3º do art. 2º do Código de Águas)”. Para o citado autor, os corpos d’água públicos restringir-se-iam aos “situados em terrenos públicos, os navegáveis ou fluviáveis, os de que estes se façam e os que lhes determinem a navegabilidade ou fluviabilidade”.

Mas é em Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>383</sup> que são encontrados os entendimentos mais gravemente equivocados, pois constam de sua obra críticas expressas à condição de bem público dos recursos hídricos. Aduz, ainda, que a propriedade da água constitui direito fundamental do indivíduo, sem sequer fazer referência ao novo tratamento legal e doutrinário que a matéria recebeu a partir da edição da Lei nº 9.433/97. Assim entende referido publicista:

Esclareça-se, ainda, que não se pode inferir que o regime constitucional inaugurado em 1988 haja desapropriado as águas particulares, revogando, em consequência, a classificação das águas então vigente. Desde logo, porque os artigos 20 e 26 da Constituição tratam apenas da partilha dominial federativa das águas públicas entre União e Estados, apenas mencionando-as, mas sem o propósito de classificá-las quanto à titularidade do domínio, sem definir o que seriam águas públicas, pois, para este específico propósito, previu a edição de legislação infraconstitucional própria, destinada a perfazer a disciplina jurídica das águas no art. 22, IV. Com efeito, a simples existência de, pelo menos, um outro regime dominial, que só poderia ser o das águas particulares, uma vez que o direito de propriedade sobre águas está, como sempre esteve, garantido no elenco dos direitos fundamentais. Assim, a mera capitulação constitucional dos dois tipos de dominialidade estatal, sobre águas públicas, induz, necessariamente, a sua contraparte lógica, que é a existência da dominialidade privada, sobre águas particulares, como, tampouco, aquela previsão em nada impede que sejam infraconstitucionalmente reconhecidos outros regimes, que a lei ordinária já tenha tradicionalmente contemplado, como o das águas adésotas (e.g. as das precipitações), e o de águas comuns, com caracterização técnica própria (cf. art. 7º do Código de Águas). Finalmente, não existindo, como efetivamente não existe inequívoca e expressa disposição extinguindo a dominialidade privada sobre águas, o que seria, além de juridicamente aberrante do regime, uma esdruxularia fisicamente impossível, não se está autorizado a retirar tão drástica consequência meramente por via interpretativa.

Merece urgente revisão o entendimento esposado pelos administrativistas citados, especialmente Diogo de Figueiredo Moreira Neto, cujas

<sup>383</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 362/363.

notas acerca de recursos hídricos são dignas de todas as críticas, pela contra-mão exegética em relação á doutrina mais abalizada, seja do Direito Constitucional ou do Direito Ambiental.

Assim, o Texto Magno e a legislação infraconstitucional, notadamente a Lei nº 9.433/97 e o Código Civil, são uníssonos em admitir exclusivamente a dominialidade pública das águas. Isso significa dizer que, na hipótese de um corpo d'água abrangido integralmente por uma propriedade particular, esta não pressupõe à daquele, pois o domínio da água é distinto da do solo em que é encontrada.

Se à população circunvizinha a tal propriedade particular não se disponibilizar acesso a qualquer outro corpo d'água, o dono daquela área será obrigado, em amor ao princípio da prevalência do interesse público sobre o individual, a tolerar a abertura de uma via que permita o ingresso daquela população na área e o acesso à água. Trata-se do instrumento administrativo denominado servidão que, *in casu* dos recursos hídricos, não gera sequer direito à indenização.

Tal conjuntura, aliás, só é possível ao caráter público dos recursos hídricos, pois qualquer outra situação geraria direito à indenização em face do estabelecimento de uma servidão em propriedade particular. De forma genérica, mas indiretamente acatando o cenário indicado acima, Fabiana Santos Dantas<sup>384</sup>, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular em relação aos recursos hídricos, professa que o “caráter comunal do patrimônio ambiental autoriza a submissão de toda atividade pública e privada de fruição dos bens ambientais ao interesse público, publicizando o uso da propriedade para nela introduzir um certo controle social, compatibilizando a satisfação de necessidades individuais à necessidade de realizar concomitantemente o interesse público”.

---

<sup>384</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direto Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 276.



Destarte, a necessidade de se tolerar a abertura de servidão para permitir o acesso à população circunvizinha decorre também do princípio da função social da propriedade, que impõe limites, com fundamento no interesse coletivo, ao usufruto de bens pelo indivíduo. Christian Guy Caubet<sup>385</sup>, comentando sobre o tópico, assevera:

A noção de domínio público indica que as finalidades a serem alcançadas, com o uso do bem água, têm mais valor que o direito de propriedade antigo. Raramente a noção de função social da propriedade adquiriu um sentido tão forte e tão necessário. Hoje em dia, o domínio público da água permite estabelecer propriedades que jamais passaram pelas cogitações dos que se apropriavam da água, simplesmente porque esta atravessava seu fundo; ou nele se encontrava parada.

Sem embargo, a função social da propriedade comina ao particular não somente a obrigação de tolerar o acesso aos recursos hídricos verificados em sua propriedade, mas também o de manter e conservar o ecossistema em equilíbrio, evitando poluição e danos nos mananciais e propiciando água de qualidade para os que precisam.

#### **5.4. O Domínio da Fauna Ictiológica e o Tratamento Jurídico da Pesca**

De todo o exposto, chega-se à conclusão de que os corpos d'água encontrados na área de um particular não lhe pertencem e, por conseguinte, não lhe é possível impedir o acesso de quem quer que seja para a utilização daquela água. Ocorre que, apesar de a água não compor a propriedade deste indivíduo, a fauna ictiológica ali verificada a compõe.

O tratamento jurídico da fauna, inclusive a aquática, possui traços em comum, mas outros de natureza distinta do que fizeram merecer os recursos hídricos. Tópico dos mais interessantes e que tem merecido especial atenção diz respeito aos direitos dos animais, ou seja, se têm eles direitos contra ações

---

<sup>385</sup> CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 146.

antrópicas e se são, efetivamente, sujeitos de direitos. A doutrina mais abalizada indica que a fauna constitui objeto de proteção legal, apesar de não ser sujeito de direito: o vasto elenco de normas jurídicas alicerçarem a proteção dos animais não os caracteriza como finalidade da norma jurídica.

Sem embargo, os animais seriam considerados bens, sobre os quais incidiria a ação antrópica degradadora e, por conseqüência, as normas protetoras. Assim, não seriam sujeitos de direito, uma vez que as normas de Direito Ambiental têm por finalidade favorecer o próprio homem, único sujeito de direito, e somente por via indireta os vegetais e os animais.

Tanto é verdade este posicionamento que o Direito Civil, taxativamente, declarou-os como bens, e, portanto, objetos de direito, sobre os quais incide a ação do homem. Dessa forma, a situação jurídica dos animais os caracteriza como coisas, bens semoventes, objetos de propriedade e outros interesses alheios. O estágio atual de desenvolvimento das normas protecionistas não somente resguarda diretamente os animais, como tipifica como crimes determinadas condutas envolvendo a fauna.

No Brasil, a situação jurídica dos animais foi estabelecida inicialmente com a edição do Código Civil de 1916, o qual, em seu artigo 593 e parágrafos, considera os animais como coisas, bens semoventes, objetos de propriedade e outros interesses alheios. Em 1934, foi editado o Decreto nº 24.645, de 10 de Julho de 1934, que estabeleceu medidas de proteção aos animais, e cujo art. 3º elenca extensivo rol do que se consideram maus-tratos.

Paralelamente, entrou em vigor os Código de Caça (Decreto-lei nº 5.894, de 20 de Outubro de 1943) e de Pesca (Decreto-lei nº 794, de 19 de Outubro de 1938), os quais enquadravam os animais como *res nullius*, isto é, sem dono ou proprietário identificável, embora passíveis de domínio. Ambos os Códigos, entretanto, foram revogados pela Lei de Proteção à Fauna, de 1967 (Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada pela Lei 7.653, de 12 de Fevereiro de 1988), que instituiu novos tipos penais, criou o Conselho Nacional de Proteção à

Fauna e transformou em crimes condutas que outrora eram consideradas meras contravenções penais. Marco de destaque diz respeito à impossibilidade de concessão de fiança no caso de crimes contra a fauna.

A fauna ictiológica também recebeu atenção, com a edição do chamado Código de Pesca – Decreto-lei nº 221, de 28 de Fevereiro de 1967 – dispendo sobre a proteção e estímulos à pesca, mais tarde alterado pela Lei nº 7.679, de 23 de Novembro de 1988. Foi a partir da edição do Código de Pesca que a fauna aquática ganhou atenção especial, principalmente por ter-se resolvida a questão de seu domínio, o qual passou a ser público, diferentemente do tratamento lhe concedido pelo Código Civil e pelo antigo Código de Pesca. Finalmente, a Lei de Crimes Ambientais trata dos crimes contra a fauna em seus arts. 29 ao 37, merecendo especial destaque os arts. 36 ao 35, por se referirem especificadamente à pesca.

A expressão “fauna”, tomada em seu sentido lato, consiste no conjunto de todos os animais de uma região ou de um determinado período geológico. José Afonso da Silva<sup>386</sup> elenca, como espécies do gênero fauna, a fauna silvestre, a fauna aquática e a fauna das árvores e do solo (microorganismos). Aos seus olhos, a fauna aquática seria distinta da fauna silvestre, pois a própria Constituição fez esta distinção “ao falar respectivamente em pesca, modo de captura de espécies daquela, e em caça, atividade destinada a capturar animais silvestres vivos ou mortos”.

Este entendimento, entretanto, parece falho quando analisados detidamente os demais dispositivos legais pertinentes. Assim, o entendimento mais correto seria aquele segundo o qual a fauna aquática não se diferencia da fauna silvestre, mas constitui uma modalidade desta. Verifique-se, neste contexto, o conceito legal de fauna silvestre insculpido pelo art. 1º da Lei de Proteção à Fauna:

---

<sup>386</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 194/195.

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

O que caracterizaria, portanto, a fauna silvestre é o fato de suas espécies viverem naturalmente fora do cativeiro. Para Paulo Affonso Leme Machado<sup>387</sup>, “num sentido amplo, poder-se-ia enquadrar na fauna silvestre a fauna aquática, pois o art. 1º da Lei nº 5.197/67 caracterizou a fauna silvestre a ser protegida como os animais que vivem naturalmente fora do cativeiro. Não há dúvida de que os peixes, os crustáceos, a baleia e outros vivem na água e naturalmente fora do cativeiro”.

Sob outro aspecto, quando a Lei de Crimes Ambientais trata dos atos delituosos relativos à pesca, fá-lo no capítulo referente aos crimes contra a fauna. Diante de todo o exposto, parece resolvida a questão da abrangência da fauna silvestre, gênero do qual a fauna aquática é espécie.

Ainda sob a égide do art. 1º da Lei de Proteção à Fauna, a fauna silvestre constitui propriedade do Estado. Entende-se por “Estado” o Poder Público como um todo, abrangendo todos os entes federativos, e não somente a União como até bem pouco tempo entendia-se. Ocorre que a interpretação que se dava à utilização do termo “Estado” restringia-se ao ente federal: a fauna silvestre consistia em propriedade da União e, portanto, os crimes contra a fauna eram conhecidos e julgados exclusivamente no âmbito da Justiça Federal<sup>388</sup>.

---

<sup>387</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 443.

<sup>388</sup> O Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado acerca da questão, de modo a consolidar o entendimento através da Súmula nº 91, que assim regia a matéria: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”. O próprio STJ, em decisão ulterior, decidiu cancelar a Súmula nº 91, estendendo ao Poder Judiciário Estadual a competência para o julgamento de crimes contra a fauna quando não há bem ou interesse federal atingido. Para demonstrar este novo posicionamento, optou-se por fazer referência à nova tendência do Tribunal quando se depara com casos de conflito de competência envolvendo julgamento de crimes contra a fauna: “Conflito de Competência. Penal. Crime contra a fauna. Pesca predatória mediante a utilização de petrechos proibidos. Ausência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça Estadual. (1) A partir do cancelamento do enunciado n.º 91 da súmula desta Corte, a competência da Justiça Federal restringe-se aos casos em que os crimes ambientais foram perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas. (2) O crime do caso sub examine não se amolda às hipóteses

Este posicionamento, entretanto, hoje não encontra mais guarida, pois, após o advento da Lei de Crimes Ambientais, a fiscalização das atividades envolvendo a fauna foi repartida entre todos os entes federativos. Trazendo para o caso específico da fauna aquática, a questão também provoca discussão, uma vez que o Decreto-lei nº 221/67 se manifestou de forma que não restringiu a titularidade patrimonial em favor de nenhum dos entes federativos, mas, de uma forma genérica, taxou a fauna ictiológica como de domínio público: “São de domínio público todos os animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais” (art. 3º).

Ocorre que a condição das águas dominiais não mais é relevante em função do tratamento constitucional da matéria, que lhe atribuiu caráter exclusivamente público e bipartiu seu domínio somente à União e aos Estados, não mais persistindo a figura da água particular, mesmo quando o corpo hídrico esteja integralmente inserido em propriedade privada. Neste caso, a água não pertence ao indivíduo, mas os peixes e demais componentes da fauna aquática são de sua propriedade.

Assim, ao indivíduo não cabe impedir a utilização da água por outrem, mas lhe é juridicamente possível proteger a fauna ictiológica restrita a sua propriedade<sup>389</sup>.

O conceito de pesca é encontrado à sociedade nos dispositivos legais pertinentes. De início, destaca-se a definição contida no Decreto-lei nº 221/67:

Art. 1º. Para os efeitos deste Decreto-lei define-se por pesca todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais freqüente meio de vida.

---

que justificam a fixação da competência na Justiça Federal. (3) Conflito de competência conhecido para declarar competente para processar e julgar o feito o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Rio Grande/RS (CC 36594/RS).

<sup>389</sup> Ilustrativamente, não é juridicamente possível ao particular a colocação, na margem do corpo d'água verificado em sua propriedade, de placa com os dizeres “Proibido Nadar”. Mas lhe é viável fincar uma outra com as palavras “Proibido Pescar”.

Tópico relevante desta definição consiste na predeterminação do *habitat* das espécies aquáticas, qual seja a água em que tenham “seu normal ou mais freqüente meio de vida”. Outra questão é que a pesca abrange não somente a fauna ictiológica, mas também as espécies vegetais que utilizem o meio aquático como *habitat* natural.

A Lei de Crimes Ambientais faz uma conceituação menos lacônica:

Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Nota-se que o dispositivo da Lei de Crimes Ambientais enumera quais as espécies passíveis de sofrer atos de pesca. Por peixes, deve-se entender os vertebrados aquáticos, de corpo alongado e revestido por escamas, pele com glândulas mucosas e nadadeiras para locomoção. Crustáceos são os artrópodes com esqueleto resistente e vários pares de patas, tais como caranguejos, camarões, siris, lagostas etc. Moluscos são os animais de corpo mole e revestido por conchas calcárias, tais como mariscos, caracóis, lulas, ostras, polvos etc. Por fim, os vegetais hidróbios são os que vivem predominantemente em ambientes aquáticos, tais como algas, cogumelos etc.

Destaca-se também o fato de que a Lei não restringiu os atos de pescas às espécies datadas de valor econômico. Conforme se verificará a seguir, a pesca não se restringe às suas modalidades profissional ou científica, mas também a de lazer ou desportiva, atividade esta sem qualquer finalidade de obtenção de lucros.

Acerca da repartição de competências federativas a respeito de pesca, a fiscalização das atividades que envolvem tal atividade não se restringe ao âmbito federal, sendo uma das competências materiais comuns entre todos os entes federativos, na conformidade do disposto no art. 23 da Constituição Federal, cujos incs. VI e VII impõem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios a proteção do meio ambiente e a preservação da fauna, respectivamente.

Para tanto, também acerca da competência legislativa o legislador constituinte resolveu acertadamente estender esta atribuição aos Estados, não ficando restrita à competência privativa da União. Pesca, portanto, é matéria de competência legislativa concorrente:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Quanto à competência municipal para editar normas jurídicas acerca da pesca, opina-se acerca de sua impossibilidade. Justifica-se: primeiramente, pela exclusão dos Municípios do rol de entes competentes para legislação sobre os assuntos elencos no art. 24 da Carta Magna. Apesar desta exclusão, muitos dos assuntos ali previstos podem ser objetos de leis municipais, desde que verificado o interesse local (art. 30, incs. I e II).

Entretanto, e como segunda justificativa para exclusão do Município, entende-se que a competência municipal para legislar não alcançou a pesca, pois, pela nova configuração do tema sobre domínio dos recursos hídricos, firmada a partir da promulgação da Carta de 1988, estes só podem ser federais ou estaduais. Assim, não se concebe o Município legislando sobre pesca num determinado corpo d'água sobre o qual não detém sequer a titularidade patrimonial.

No que tange às modalidades de pesca, dispõe o Decreto-lei nº 221/67 acerca da classificação em pesca comercial, desportiva ou científica: “A pesca pode efetuar-se com fins comerciais, desportivos ou científicos”. (art. 2º)

Pesca comercial é a que tem por finalidade realizar atos de comércio na forma da legislação em vigor. Trata-se de definição advinda ainda dos princípios do Direito Comercial, hoje obsoletos em função da edição do novo

Código Civil, em que já não mais se fala em atos de comércio, e sim atos de empresa.

Entretanto, para configurar a pesca comercial, é imprescindível a conjugação de dois fatores, quais sejam a habitualidade e a onerosidade. Pelo primeiro, só se configura pesca comercial a exercitada por pescador profissional, ou seja, aquele que, diuturnamente, utiliza-se da pesca como ofício ou labor. Por meio do segundo fator, a pesca consiste na principal fonte de subsistência do pescador, que pratica a pesca como forma de se auto-sustentar e prover o sustento de sua família. É, enfim, o intuito do lucro.

Por pescador profissional, portanto, entende-se o que, matriculado na repartição competente segundo as leis e regulamentos em vigor, faz da pesca sua profissão ou meio principal de vida. A matrícula poderá ser cancelada quando comprovado que o pescador não faça da pesca sua profissão habitual ou quando infringir as disposições do Decreto-lei.

Outrossim, a pesca profissional pode ser exercida por brasileiros natos ou naturalizados, e até estrangeiros, desde que devidamente autorizado pelo órgão competente. A pesca profissional também pode ser exercitada por pessoas jurídicas. São as chamadas empresas pesqueiras, que podem exercer suas atividades desde que mediante o pagamento de uma taxa anual e quando previamente inscritas no órgão competente, *in casu* a Secretaria Especial de Aqüicultura e Pesca da Presidência da República – SEAP, criada pela Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003.

Cumprе ressaltar, ainda, que as operações de captura e transformação de pescado são consideradas atividades agropecuárias para efeitos da Lei nº 4.829/65, que institucionalizou o crédito rural.

Pesca desportiva, por sua vez, não se caracteriza pela finalidade lucrativa: trata-se, antes de tudo, de uma ferramenta de lazer ou de recreio. É, segundo a definição do Decreto-lei, a que se pratica com linha de mão, por meio



de aparelhos de mergulho ou quaisquer outros permitidos pela autoridade competente, e que em nenhuma hipótese venha a importar em atividade comercial.

Mesmo os pescadores amadores, brasileiros ou estrangeiros, devem solicitar à SEAP a autorização para o exercício da pesca, mediante o pagamento de uma taxa anual. O amador de pesca só poderá utilizar embarcações arroladas na classe de recreio.

O incremento do chamado “pesque-pague” como atividade de lazer é um exemplo claro da pesca desportiva, desde que verificadas sob o prisma do pescador, pois, para o empresário, é considerado pesca comercial, uma vez evidentes seus dois elementos caracterizadores (habitualidade e onerosidade).

Por fim, pesca científica é a exercida unicamente com fins de pesquisas por instituições ou pessoas devidamente habilitadas para tal fim. A autorização, pelos órgãos competentes, de expedição científica, cujo programa se estenda à pesca, depende de prévia audiência da SEAP. Aos cientistas das instituições nacionais que tenham por lei a atribuição de coletar material biológico para fins científicos, devem ser expedidas licenças permanentes especiais gratuitas.

## **5.5. Classificação dos Bens em Hídricos ou Terrestres e o Domínio dos Lençóis Freáticos e do Subsolo**

No item 4.1., ao se comentar acerca da distinção teórica entre o conceito de águas e de recursos hídricos, fez-se alusão à classificação dos bens de domínio hídrico em águas correntes (rios, riachos, córregos etc.) e águas dormentes (açudes, lagos e lagoas). Aquelas teriam início (nascente) e fim (foz) e se caracterizariam pela correnteza das águas em seus respectivos leitos. Estas

últimas teriam como condição comum a de se formarem através de águas paradas.

Ao minudenciar um pouco mais, a doutrina insere na discussão a situação dos lençóis freáticos, que são os corpos hídricos verificados em nível de subsolo. Nestes termos, outra forma de classificação das águas se revela quanto à localização em relação ao solo: (a) superficiais, que são as que se situam na superfície; e (b) subterrâneas, localizadas no subsolo.

A Instrução Normativa MMA nº 04/2000 conceitua águas subterrâneas como “águas que transitam no subsolo, infiltradas através do solo ou de suas camadas subjacentes, armazenadas na zona de saturação e suscetíveis de extração e utilização”. Estas águas subterrâneas – que também se submetem ao regime administrativo de outorga onerosa pelo seu uso – possuem algumas características que as destacam quando contrapostas às águas superficiais. Para o abastecimento urbano, estas águas são mais utilizadas em razão da conveniência e, principalmente, da qualidade, na medida em que não mantém contato direto com fontes de poluição.

As águas subterrâneas são merecedoras de uma subclassificação, segundo a localização do corpo d’água no subsolo: se mais profundas, são chamadas de aquífero; se mais próximas à superfície, são denominadas lençóis freáticos. Esta última condição, para Maria Luiza Machado Granziera<sup>390</sup>, caracteriza “o lençol de água subterrânea que se encontra em pressão normal e que se formou em profundidade relativamente pequena”.

Oportuna é a advertência de Fabiana Santos Dantas<sup>391</sup>, segunda a qual “as águas subterrâneas não se pode aplicar a noção de bacia hidrográfica, não só porque desrespeitam os seus limites territoriais, mas também porque existem de forma relativamente independentemente dos cursos de água

<sup>390</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 40.

<sup>391</sup> DANTAS, Fabiana Santos (Autora) e KRELL, Andreas J. (Organizador). **Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9.433/97 in A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 299.

sobrejacentes, deixando-as de fora da revisão da Lei 9.433/97, salvo no que tange aos seus arts. 12, II, 49 e 50”.

Não obstante, a falta disciplinamento direto dos aquíferos e dos lençóis freáticos pela Lei nº 9.433/97 não pressupõe a liberdade plena de uso pelos particulares. As águas subterrâneas também se sujeitam a gerenciamento e ao regime de outorga da mesma forma que as águas superficiais e as bacias hidrográficas. É o que rege o art. 12, inc. II, da Lei nº 9.433/97, que exige a outorga para a “extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo”.

Destarte, submetem-se ao sistema de domínio público na medida em que a redação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.433/97, ao se referir ao gênero “água”, abrange suas espécies (superficiais e subterrâneas), pois não faz menção a tal classificação. Ademais, a Lei enquadra como infração a implantação de empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, inclusive subterrâneos, “que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes” (art. 49, inc. II).

Medida comum, especialmente verificada no Nordeste brasileiro, é a perfuração de poços profundos para vazão de águas dos lençóis freáticos. A conduta, entretanto, se não previamente autorizada, constitui infração à legislação ambiental, especificamente em razão do que dispõe o art. 49, inc. V, da Lei nº 9.433/97:

Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:

...

V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização.

Em regra, os lençóis freáticos e aquíferos são de domínio estadual, *ex vi* o que dispõe o art. 26, inc. I, da Constituição Federal<sup>392</sup>. A ressalva consiste

---

<sup>392</sup> Assim rege o citado preceito constitucional: “Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste

nas mesmas condições em que o art. 20 arroga à União a dominialidade dos recursos hídricos – conforme dissertado anteriormente – que, por exemplo, (a) ultrapassem os limites territoriais de um único Estado, (b) tenham nascente ou foz em país estrangeiro ou (c) provenham de obras federais.

Destaca-se, por fim, que labora em erro os que entendem que o domínio do subsolo é da União, até porque da mesma forma que a propriedade do solo não pressupõe à das águas ali encontradas, o mesmo ocorre que o subsolo, em que os recursos hídricos verificados têm domínio distinto do seu. O subsolo, a rigor, não é de propriedade da União – o que poderia concluir uma leitura desatenta do art. 20, inc. IX<sup>393</sup> – mas do próprio proprietário do solo, que constitui, concomitantemente, o do subsolo e, inclusive, o do espaço aéreo correspondente.

É o que dispõe o Código Civil:

Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Assim, vigora em Direito Civil o entendimento de que o proprietário do solo, apesar de o ser também em relação ao espaço aéreo, não pode se opor, por exemplo, à passagem de um avião se tal não lhe gera qualquer incômodo ou prejuízo.

O mesmo vale para o subsolo, ocasião em que o proprietário seria obrigado a tolerar a pesquisa mineral ou a lavra em seu solo ou subsolo, na busca pela exploração de recursos minerais pela União, diretamente ou através de autorização ou concessão. Esta hipótese é, inclusive, constitucionalmente assegurada pelo teor do art. 176:

---

caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

<sup>393</sup> O que constitui de domínio da União não é o subsolo, mas são os recursos naturais nele encontrados. É o que rege o art. 20 da Constituição: “São bens da União: IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo”.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Tal dispositivo é regulamentado em nível infraconstitucional pelo regido no Código Civil, art. 1.130<sup>394</sup>, e no Código de Mineração, instituído pelo Decreto nº 227, de 28 de Fevereiro de 1967, e recepcionado em larga medida pela Carta de 1988.

## 5.6. A Subclassificação das Águas Superficiais em Internas e Externas

As águas, conforme verificado no tópico pretérito, podem ser subterrâneas – lençóis freáticos e aquíferos – e superficiais. Estas últimas, por sua vez, também admitem a subclassificação doutrinária, mormente a partir das lições do Direito Internacional Público, a saber: (a) águas internas, compostas pelos corpos d'água estudados até as últimas linhas; e (b) águas externas, compreendidas pelo mar territorial, pela zona econômica exclusiva e pela plataforma continental.

Adverte-se de início, a exemplo do que fez Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>395</sup>, que águas marinhas não têm o mesmo conceito de "meio marinho". Este é formado pela plataforma continental, pela zona econômica exclusiva e pelas

---

<sup>394</sup> Assim rege o dispositivo do Código Civil: "Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial".

<sup>395</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 132.

próprias águas marinhas, que constituem o mar territorial. Assim, na conclusão do citado autor, “o meio marinho engloba as águas marinhas”.

O disciplinamento constitucional das águas externas se dá a partir do teor do art. 20, incs. V e VI, cujos termos<sup>396</sup> foram regulamentados pela Lei nº 8.617, de 4 de Janeiro de 1993. Não obstante, os limites territoriais ainda são objeto de discussão no plano do Direito Internacional Público, pois envolvem interesses de inúmeros países litorâneos que demonstram interesse na expansão de seus territórios, sobre os quais incidem as respectivas soberanias, e a redução do alto-mar que, em se constituindo como águas internacionais, não se lhe incide a jurisdição individual de qualquer país. Criaram-se, na discussão, duas correntes básicas em que, por um lado, os países somente poderiam fixar os limites territoriais a partir de acordo internacional; por outro – e aqui se filia o Brasil – a extensão poderia ser definida, desde que de forma razoável, individualmente por cada país.

No Brasil, coube à citada Lei nº 8.617/93 estabelecer os limites das águas externas. O mar territorial, que consiste num prolongamento do território brasileiro e, portanto, exerce-se-lhe a soberania plena, compreende a faixa hídrica, contada a partir da linha de baixa-mar do litoral continental, de 12 (doze) milhas marítimas. A passagem de navios estrangeiros no mar territorial – dado que aqui a soberania é exercida plenamente – é permitida desde que consista em passagem inocente e mediante prévia autorização da autoridade marinha, vinculada ao Ministério da Defesa. Por passagem inocente, entende Celso Ribeiro Bastos<sup>397</sup> como “o simples trânsito, sem exercício de quaisquer atividades estranhas à navegação e sem outras paradas que não as incidentes da mesma navegação”.

O mar territorial consiste em bem de domínio federal, o que não ocorre com a zona econômica exclusiva e a plataforma continental. Nestes últimos

---

<sup>396</sup> Art. 20. “São bens da União: (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial”.

<sup>397</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 266.

casos, o domínio não incide sobre tais áreas, mas sobre os recursos naturais ali verificados. Assim, enquanto a soberania sobre o mar territorial é plena, a soberania sobre a zona econômica exclusiva e a plataforma continental é reduzida, pois pertinente apenas aos recursos naturais já que, em última análise, somente eles constituem bens federais, *ex vi* o teor do art. 20, inc. V.

A plataforma continental compreende a área de 200 (duzentas) milhas marítimas, contadas a partir do mesmo ponto de início do mar territorial – linha da baixa-mar – em direção às águas internacionais. Assim, em verdade, a dimensão da zona econômica exclusiva é de exatas 188 (cento e oitenta e oito) milhas marítimas. A plataforma continental tem a mesma dimensão superficial, mas abrange ainda o leito marinho e o subsolo que lhe é correspondente.

Nestes casos, como a soberania exercida pelo Brasil não é plena, pois incide apenas sobre os recursos naturais ali verificados, a passagem inocente de qualquer navio estrangeiro independe de prévia autorização do Ministério da Defesa. Entretanto, se o interesse estrangeiro coincidir com a exploração daqueles recursos naturais, só lhe é juridicamente possível após a autorização pelo governo brasileiro.

Além destas 200 (duzentas) milhas marítimas situa-se o alto-mar que se forma a partir de águas internacionais, sobre as quais nenhum país pode exercer jurisdição ou soberania. Tais águas, segundo as lições de Hely Lopes Meirelles<sup>398</sup>, constituem “*res nullius*, de uso comum de todos, sem que sobre elas qualquer Nação exerça direitos de soberania ou domínio individual. Podem ser singradas por quaisquer embarcações e utilizadas para quaisquer fins não proibidos pelos tratados e convenções internacionais”.

Aqui, dada a dificuldade ou desinteresse na fiscalização das atividades que envolvem a exploração dos recursos naturais, a poluição marítima é mais constante. E a advertência quem faz é Pedro Sérgio dos Santos<sup>399</sup>:

---

<sup>398</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 559.

A poluição marítima tem ocorrido principalmente em águas internacionais, onde a fiscalização é mais difícil. Milhões de toneladas de dejetos das indústrias químicas, petrolíferas e de lixo radioativo são lançados anualmente ao mar, numa prática semelhante àquela de quem varre o lixo para baixo do tapete, apenas com uma diferença: no caso da poluição marítima, o lixo, a curto prazo, será mortal pra os homens e para o mar. O derramamento de óleo em águas territoriais não parou de ocorrer, e acontece de forma dolosa ou culposa. No entanto, os petroleiros já começam a observar certas normas de segurança em virtude das pesadas legislações de cada país e da força de alguns tratados internacionais.

Por fim, cabe ressaltar que não é viável, nas águas externas, a aplicabilidade da Lei nº 9.433/97, que se restringe ao disciplinamento das águas superficiais – e, em menor medida, subterrâneas – e interiores, uma vez que adota, como base geográfica pertinente, a bacia hidrográfica, de cuja definição somente se aproveitam os rios e demais corpos d'água que compõem o domínio estadual ou federal.

---

<sup>399</sup> SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Crime Ecológico: da Filosofia ao Direito**. Goiânia: AB Editora, 2004, p. 39.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todas as linhas e considerações exhaustivamente expostas ao longo deste trabalho acadêmico, ratificou-se o entendimento que já se tinha anteriormente acerca do disciplinamento constitucional que fizeram por merecer as águas, constituindo crescente preocupação pelo Poder Público dada sua condição atual de escassez e não renovabilidade.

A questão da competência legislativa acerca de recursos hídricos, geradas a partir de uma redação ambígua do legislador constituinte originário de 1988, levaria uma leitura mais desatenta do art. 22, inc. IV, ao incorreto entendimento de que somente à União caberia a capacidade para disciplinar normativamente a matéria. Ora, se o próprio Texto Magno dividiu o domínio dos recursos hídricos entre a União e os Estados, não há de se conceber que estes últimos estariam impedidos de criar normas jurídicas para disciplinar o uso de seus próprios bens, *ex vi* o que rege o art. 26, inc. I, também da Constituição.

Levantadas estas questões, o trabalho dissertou sobre outros tópicos que lhe são correlatos, direta e indiretamente. Não seria didaticamente viável a discussão dos temas apresentados sem que, antes, vislumbrasse-se a origem teórica do problema a partir da organização espacial de poder no Brasil,

como de resto nos demais Estados adotantes do regime federativo de divisão de autonomia.

O próprio princípio federativo, como modelo pertinente ao exercício democrático do poder, constitui, juntamente com o equilíbrio ecológico do meio ambiente, direitos fundamentais de terceira geração, na condição (a) de direitos inerentes ao gênero humano e (b) de direitos difusos, caracterizados pela impossibilidade de se identificar individualmente seus beneficiários. Trata-se da nova configuração do Estado moderno: o Estado democrático, social e ambiental de Direito.

A partir desta discussão propedêutica, passou-se a analisar as condições genéricas dos recursos hídricos e uma possível distinção conceitual entre sua noção e a de águas. O cerne da problemática reside justamente na condição de bem econômico que os recursos hídricos, há anos, passaram a ostentar. O próprio Direito passou a entender desta forma, tanto que o cenário alcançou o *status* de objeto de norma jurídica regulamentadora, especificamente a Lei nº 9.433/97, que disciplinou os aspectos gerais dos recursos hídricos, sua utilização, o regime de outorga onerosa – com cobrança de retribuição pecuniária pelo uso – e o rol, batizado como Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de órgãos e entidades responsáveis pelo poder de polícia hídrica.

Adiante, a discussão adentrou nos aspectos mais polêmicos e que, por isso mesmo, mereceram uma atenção maior, com a identificação, análise e crítica dos entendimentos esposados pelos mais diversos doutrinadores do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e, principalmente, do Direito Ambiental.

A competência legislativa sobre águas constituiu um dos tópicos principais do trabalho. A boa exegese constitucional, que inadmitte a interpretação isolada de norma magna, chegou à conclusão pela admissibilidade da legislação estadual sobre recursos hídricos não somente sob o fundamento do domínio,

conforme destacado há pouco, mas também pela atribuição material (art. 23, inc. VI) e, principalmente, legislativa que a Constituição impôs à União, aos Estados e ao Distrito Federal no que tange aos recursos naturais (art. 24, inc. VI), em que evidentemente estão enquadradas as águas.

Discutiu-se ainda a capacidade legiferante do Município a respeito de meio ambiente e, mais especificamente, de recursos hídricos, que estaria posta em dúvida por conta da redação do *caput* do art. 24 que, ao discriminar os entes federativos responsáveis pela legislação das matérias ali elencadas, deixou de fazer menção expressa ao Município.

Não obstante, o teor da dissertação se posicionou favorável à constitucionalidade da legislação municipal sobre a matéria em virtude da capacidade legiferante referida como matéria de “interesse local”, nos termos do art. 30, inc. I, da Constituição Federal. Advertiu-se, não obstante, que a norma edilícia, disciplinando o uso dos corpos d’água localizados no território do Município, não lhe transferia o domínio, que permanecia em nível estadual ou federal.

Foi justamente na questão dominial que se verificaram os mais intensos debates doutrinários. Primeiro porque a inclusão dos corpos d’água no rol de bens de uso comum do povo, na classificação proposta pelo Código Civil, não conta com unanimidade dos autores que se aventuraram na discussão do tema. Segundo em razão da própria condição do bem de uso comum do povo como sendo de propriedade (a) da Administração, (b) da coletividade ou (c) de ninguém, hipótese em que se constituiria em *res nullius*.

Notou-se, aqui, uma controvérsia entre os civilistas e os administrativistas que analisaram a questão. Os primeiros se posicionaram a favor da tese de que os bens de uso comum do povo, a exemplo dos bens de uso especial e dos bens dominiais, teriam por proprietário a Administração Pública. Por outro lado, os administrativistas entendiam os bens de uso comum do povo

como de domínio coletivo, cabendo à Administração não a propriedade, mas a gerência e a fiscalização das atividades particulares que envolvem seu usufruto.

Esta última posição pareceu a mais coerente, principalmente a partir da inovação do conceito de bem público trazida pelo *caput* do art. 225 da Constituição, ao atribuir ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a qualidade de bem de uso comum do povo. Isto significa dizer que os recursos naturais assim se enquadram, mas mantém peculiaridades próprias, a exemplo da finalidade do uso de tais recursos focada na noção de “essencial à sadia qualidade de vida”.

Configurada a condição de bem de uso comum do povo, passou-se a rechaçar qualquer posicionamento doutrinário que admitia o domínio privado dos recursos hídricos, mesmo no cenário em que um corpo d’água estaria integralmente inserido em propriedade particular. Advertiu-se, neste aspecto, que a Constituição estatizou ou publicizou as águas que, a exceção do caso de acumulação de águas pluviais, estão submetidas a regime e a domínio de Direito Público.

Assim, a Constituição Federal – a quem coube o disciplinamento desta conjuntura – não recepcionou a legislação anterior, notadamente o Código de Águas, que previa a existência de águas federais, estaduais, municipais e particulares, quando, hoje, somente as duas primeiras hipóteses são admitidas constitucionalmente.

Por fim, ressalta-se, oportunamente, que os estudiosos do Direito Público devem doravante se postar alinhados aos que reivindicam o desenvolvimento institucional e didático de um novo ramo da ciência jurídica que está se formando, dotado de autonomia – nos âmbitos científico, didático e legislativo – e de forma independente ao Direito Ambiental: o Direito das Águas.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos, VASCONCELOS, Eliane Cristine Avilla & CATANHO, Guilherme. **Crimes Ambientais: Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Imperium, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 1999.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

----- **Curso de Direito Ambiental: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

----- **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. In Revista Opinião Jurídica. Ano 3, nº 6. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005.

----- **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto (Coordenador). **A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

----- **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de & BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyes. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BROWN, Lester R. **Eco-Economia: Construindo uma Economia para a Terra**. Salvador: Universidade Livre da Mata Atlântica, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CAMPOS, José Nilson Bezerra. **A Água e a Vida: Textos e Contextos**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999.

CAMPOS, José Nilson Bezerra & STUDART, Ticiania Marinho. **Gestão das Águas: Princípios e Práticas**. Porto Alegre: ABRH, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio Fernando Elias & SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CARVALHO, Carlos Gomes. **Dicionário Jurídico do Ambiente**. São Paulo: Editora Letras & Letras, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira (Autor), SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana in Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisão entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

DESTEFENNI, Marcos. **A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental**. Campinas: Bookseller, 2005.

DIAS, Edna Cardozo. **Manual de Direito Ambiental**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução á Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 21ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução do Original Alemão Intitulado **Einführung in Das Juristische Denken**. Tradução de J. Batista Machado. 3ª.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1964.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

EUFRÁSIO, Carlos Augusto Fernandes. **A Proteção Ambiental na Nova Ordem Jurídica Brasileira**. Fortaleza: SEMACE, 1991.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

----- **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-Membro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Organizador). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ano II – nº 9. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio, RODRIGUES, Marcelo Abelha & NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito Processual Ambiental Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



- **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá Editora, 1993.
- GALUPPO, Marcelo Campos (Autor) & SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **O que São Direitos Fundamentais?** in **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GARCIA, Enrique Alonso. **La Interpretación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. 1984.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- **Teoria Processual da Constituição**. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Madri: 4Dykinson, 2003.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.
- JELLINECK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Albatroz, s/d.
- KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. México: Nacional, 1979.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da & SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (organizadores). **Desafios do Direito Ambiental no**

**Século XXI: Estudos em Homenagem a Paulo Affonso Leme Machado.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

KRELL, Andreas J. (Organizador). **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (Sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais).** São Paulo: Malheiros, 2002.

MACEDO, Dimas. **Política e Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

-----**Direito Ambiental Brasileiro.** 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAY, Peter H. **Economia Ecológica: Aplicações no Brasil.** Rio de Janeiro: Campus, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional.** Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILARÉ, Édis & BENJAMIN, Antônio Herman V. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** Volume I. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

----- **Temas Atuais de Direito Administrativo**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói: Frater et Labor, 2000.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. 2º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVEDO, Mariangela Garcia de Lacerda & DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **As Leis Federais Mais Importantes de Proteção ao Meio Ambiente Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla. **Economia Ambiental: Gestão de Custos e Investimentos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MOTA, Marcel. **Pós-Positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais**. Fortaleza: OMNI, 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NEGREIROS, Teresa (Autora) & TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **A Dicotomia Público-Privada Frente ao Problema da Colisão de Princípios in Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (Coordenador). **Direito Ambiental e Cidadania**. Leme: JH Mizuno, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves (Autora), SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). **As Restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações**

**Especiais e Sujeição in Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

PILLET, Gonzague. **Introducion à l'Économie de l'Environnement et des Ressources Naturelles – Economia Ecológica: Introdução à Economia do Ambiente e dos Recursos Naturais.** Tradução de Lucinda Martinho. Coimbra: Instituto Piaget, 1993.

PINHEIRO, Daniel Rodriguez de Carvalho (org.). **Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Discussões.** Fortaleza: ABC Editora, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Crimes Contra o Ambiente: Anotações à Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBAS, Luiz César. **A Problemática Ambiental.** Leme: Editora de Direito, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997.

SÁ, Élide & CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: Uma Abordagem de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Meio Ambiente no Direito Brasileiro Atual.** Curitiba: Juruá Editora, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Crime Ecológico: da Filosofia ao Direito.** Goiânia: AB Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHEINOWITZ, A. S. **A Descentralização do Estado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Bruno Campos et al. **Direito Ambiental: Enfoques Variados**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

----- **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

----- **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

----- **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2 ed., São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1982.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SOARES, Claudia Alexandra Dias. **O Imposto Ecológico – Contributo para o Estudo dos Instrumentos Económicos de Defesa do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua Proteção**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito Minerário e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

SOUZA FILHO, Marcos José Nogueira de. **Repartição Constitucional das Competências Ambientais**, in Revista da Faculdade de Direito, vol. XXXIII/I, anos 1992/1993, pp. 255 a 266.

----- **A Zona Costeira do Ceará – Diagnóstico para Gestão Integrada**. Fortaleza: AQUASIS, 2003.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

TORRES, Sílvia Faber. **Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas**.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Normas Constitucionais sem Juridicidade?** In Revista da Faculdade de Direito, Vol. 33, Número 1. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.