# III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO E SUSTENTABILIDADE I

**ELCIO NACUR REZENDE**

**JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH**

**ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI**

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:**
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato –** Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi; Elcio Nacur Rezende; Jerônimo Siqueira Tybusch – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-338-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Sustentabilidade. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO E SUSTENTABILIDADE I

---

## Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Sustentabilidade I, no âmbito do III Encontro Virtual do CONPEDI, se consolida como um espaço de reflexividade crítica para a pesquisa brasileira que relaciona Direito, Meio Ambiente e Ecologia Política. Nesta edição, docentes-pesquisadores de diversos programas de pós-graduação em direito apresentaram temáticas notadamente atuais e relevantes para o contexto ambiental nacional e internacional.

Os artigos expostos foram direcionados, principalmente, para as seguintes tônicas: Teoria dos Sistemas, Sustentabilidade, Estudo de Impacto Ambiental, Direitos Humanos, Recursos Hídricos, Meio Ambiente Digital, Responsabilidade Ambiental, Dano Ambiental, Direito Urbanístico, Consumo Consciente, Socioambientalismo, Função Sócio-Ambiental da Propriedade, Logística Reversa, Obsolescência Programada, Sociedade de Risco, Ecossocialismo e Povos Indígenas.

Certamente o amplo debate realizado, as sólidas teorias de base elencadas e a qualidade geral das pesquisas demonstradas no presente grupo de trabalho irão contribuir, e muito, para o desenvolvimento de redes entre programas de pós-graduação, bem como para formação de pensamento acadêmico crítico de qualidade. Boa leitura!

# A PUBLICIZAÇÃO DAS ÁGUAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ACESSO À ÁGUA, CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SUSTENTABILIDADE

# THE PUBLICIZATION OF WATER SINCE THE 1988 CONSTITUTION: ACCESS TO WATER, LEGAL CONSEQUENCES AND SUSTAINABILITY

**Joana Silvia Mattia Debastiani** [1]
**Cleide Calgaro** [2]
**Liton Lanes Pilau Sobrinho** [3]

**Resumo**

O artigo examina o fenômeno da proteção dos bens ambientais na Constituição Federal. A nova estruturação constitucional, possibilita reconhecer a existência de um direito humano à água pois garantiu a alteração da domialidade: antes propriedade dos donos da terra, depois, bem de uso comum. Com a previsão constitucional, leis foram revogadas parcialmente e outras foram publicadas, a fim de garantir instrumentos para a proteção dos recursos hídricos à luz da sustentabilidade. As consequências no mundo jurídico foram além e perpassaram inúmeros questionamentos. Usa-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento técnico é jurídico-bibliográfico.

**Palavras-chave:** Bens ambientais, Constitucionalismo, Direito de águas, Domialidade, Propriedade privada

**Abstract/Resumen/Résumé**

Article examines phenomenon of the protection of environmental goods in the Federal Constitution. The constitutional structuring makes it possible to recognize the existence of a human right to water because it guaranteed the alteration of the domiality: previously the property of the land owners, later, a good of common use. With the constitutional provision, laws were partially revoked and others were published in order to guarantee instruments for the protection of water resources in the light of sustainability. The consequences in the legal world went beyond and permeated countless questionings. The hypothetical-deductive method is used and the procedure is legal-bibliographical.

[1] Doutoranda no PPGDireito da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista CNPQ -Edital 03/2020 ASES. Integrante do grupo de pesquisas "Metamorfose jurídica". E-mail joanamattia@gmail.com.

[2] Pós-Doutora em Filosofia e em Direito (PUCRS). Doutora em Ciências Sociais (UNISINOS). Doutora em Filosofia (PUCRS). Doutora em (UNISC). Professora e pesquisadora no PPGDireito UCS. Líder do GP “Metamorfose Jurídica”.

[3] Professor PPGCJ da UNIVALI e no PPGDir da UPF. Coordenador do PPGDir da UPF. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha. Doutor em Direito UNISINOS

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Environmental goods, Constitutionalism, Water law, Domiality, Private property

## 1 INTRODUÇÃO

No último século, o mundo enfrenta uma série de mudanças profundas. Nesse conjunto, é possível reconhecer aquelas relacionadas às alterações ambientais. Dentre as preocupações ambientais, a água e a sua proteção, diante da imprescindibilidade à vida, apresenta-se como uma temática inadiável.

Por vezes, os operadores do direito deixaram que as preocupações sobre a água fossem discutidas por técnicos ou engenheiros, furtando-se da necessária observação jurídica que o bem ambiental, cuja disponibilidade ou escassez produz vida ou morte, merece.

Tradicionalmente, os recursos hídricos foram estudados como *res nullius*, bem sem valor econômico e, por consequência, infinitos. A realidade fática, no entanto, demonstrou que o modelo de inesgotabilidade não tinha respaldo técnico-científico. Dentre as inúmeras mudanças ocorridas em diversas partes do mundo a partir da década de 60, com foco no reconhecimento da degradação, poluição ambiental e na construção de viabilidades sustentáveis, o Brasil inaugura, em 1988, uma Constituição Federal cuja preocupação ambiental está no seu cerne.

Nesse contexto, o artigo parte da ideia de que o esverdeamento Constitucional possibilitou a alteração da dominialidade da propriedade das águas e garantiu a criação de instrumentos através da política nacional de recursos hídricos, alguns implementados no ordenamento jurídico, outros não, mas cuja existência no mundo jurídico, já representa um avanço. Essa nova racionalidade jurídica, encontra raízes nos movimentos propulsores da sustentabilidade onde pensar universalização de direitos humanos, o acesso e fruição de bens ambientais, novas formas de consumo, renda, economia são bases para a construção de novos modelos sociais, de novas alianças entre as pessoas e estas com o meio ambiente.

Para tanto, o artigo está dividido em três partes. A primeira delas analisa a preocupação constitucional com o meio ambiente e as competências material e legislativa sobre o bem ambiental objeto do estudo.

O momento intermediário, reporta-se a historiografia jurídica para estabelecer o caminho percorrido até a publicização da água, a partir do Código Civil de 1916 e as suas consequências jurídicas. Além disso, apresentam-se as legislações fundamentadas na Constituição Federal de 1988 e seus instrumentos protecionais.

O segmento final busca verificar a como a sustentabilidade e seus pilares pode contribuir para a proteção da água.

Nesta investigação a linguagem textual está posta via leitura sistemática. Usa-se o método hipotético-dedutivo. Classifica-se essa pesquisa aplicada. É uma análise exploratória, uma vez que utiliza levantamento jurídico-bibliográfico. Com relação aos procedimentos técnicos a pesquisa é jurídico-bibliográfica.

Conclui-se que a água é um direito humano trazido pela ONU, mas no Brasil não está catalogada de forma expressa como um direito fundamental. A mesma está atrelada a dignidade humana e outros preceitos constitucionais estabelecidos, mas é preciso que se verifica uma forma sustentável de sua utilização e proteção por parte do Estado. Assim, se faz necessário mecanismo que garantam a água para todos os indivíduos na sociedade e que a mesma não fico sob a dominialidade das grandes corporações. Os pilares da sustentabilidade devem ser um caminho para essa garantia junto com a atuação do poder público.

## 2 ESVERDEAMENTO CONSTITUCIONAL E AS COMPETÊNCIAS SOBRE ÁGUAS NO BRASIL

A Teoria Constitucional e, de modo especial, a Teoria dos Direitos Fundamentais é marcada por um processo evolutivo de transformação e aprimoramento, moldado a partir de relações sociais legitimadoras da ordem constitucional. A partir da década de 1960 observa-se uma presença marcante na defesa ecológica e na busca da melhoria da qualidade de vida impulsionadas por um novo modelo de relações sociais que, consequentemente, refletiram na Teoria da Constituição.

Esses reflexos garantiram que a Teoria da Constituição e o próprio Direito Constitucional, preocupados outrora com discussões acerca da afirmação, na ordem composicional, dos valores liberais e sociais, lançassem olhares para a proteção e promoção do ambiente como um novo valor constitucional.

A proteção jurídica de águas no Brasil encontra suas bases estabelecidas na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). O tratamento recebido ao longo do texto constitucional abrange, de um lado, a proteção de direito humano e, de outro, a proteção do meio ambiente e dos recursos hídricos e naturais.

No que tange à proteção de direitos humanos, a proteção jurídica da água é, para muitos, uma consequência natural do reconhecimento constitucional de direitos humanos fundamentais, a exemplo da vida, segurança, dignidade, saúde. Nesse caso, "ele só poderá ser reivindicado quando os direitos que o compõem forem ameaçados em razão de problemas de quantidade ou mesmo de qualidade." (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2016, p. 144). De uma leitura constitucional sistêmica, o direito humano à água, em quantidade e de qualidade, não é dissociado da garantia do direito à vida com dignidade. (VIEGAS, 2005). Segundo Sarlet e Fensterseifer,

> O direito humano – e fundamental – à água potável e ao saneamento básico cumpre papel elementar não apenas para o resguardo do seu próprio âmbito de proteção e conteúdo, mas também para o gozo e o desfrute dos demais direitos humanos (liberais, sociais e ecológicos). (2020, p. 544).

Outros, porém, insistem na tese da necessidade do reconhecimento formal do direito à água como um direito fundamental. Para Carli (2013) o reconhecimento reforça a importância pelo Estado, tornando sua observância norma coercitiva. Parte-se, no presente artigo de que, o acesso à água em quantidade e em qualidade preconizados internacionalmente, saneamento básico, estão sob a responsabilidade do Estado, pois uma extensão natural de direitos e garantias já preconizados pela Constituição Federal.

O constituinte, proclamou o meio ambiente como *bem de uso comum do povo*, o que para Meirelles (2016, p. 641) indica que os usuários "são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da sociedade (...) razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem". Nesse sentir, reconheceu a sua natureza como direito difuso, exigível e exercível em face do próprio Estado, que também tem a missão de protegê-lo. Nesse sentir, ao garantir proteção do meio ambiente de forma autônoma e direta, a norma constitucional passa a ser dotada de eficácia e de aplicabilidade imediata.

No entendimento de Silva (2012) não se nega que as normas jurídicas possuem eficácia e valor jurídico diversos umas das outras, mas não se autoriza negar jurisdicidade, isso porque, não há norma constitucional dotada de valor meramente moral ou de conselho, pois todo o princípio inserido na Constituição adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter ideológico-programático.

A proteção ambiental passa, com a “Constituição Verde” a integrar a estrutura normativa constitucional e assegurar um novo fundamento para a nova ordem jurídica interna.

> (Com) A consagração do direito (e dever) fundamental ao meio ambiente e da tarefa ou objetivo estatal de tutela ecológica (...). A Constituição passou a ser o grande vértice normativo-axiológico da proteção jurídica do ambiente, de modo a irradiar a sua normatividade para todo o corpo legislativo infraconstitucional anterior e posterior à sua promulgação, bem como não recepcionando os textos legislativos anteriores no que estivessem em desacordo com as suas disposições. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 156).

A dimensão conferida ao tema passou a ser compreendida como um valor constitucional: uma tarefa do Estado (legislador, administrador e juiz) e da sociedade, vez que consagra um direito-dever fundamental ao ambiente, direito do indivíduo e da coletividade a viver em um meio ambiente equilibrado, seguro e saudável. Em dispositivos esparsos a legislação constitucional brasileira busca garantir efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cria-se ao poder público um dever constitucional, geral e positivo, representado pela obrigação de fazer para zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente. Com a Constituição Federal de 88, não cabe à administração deixar de proteger u preservar o meio ambiente sob o pretexto de que ele não se encontra dentre as suas prioridades públicas, ou seja, não é mais uma matéria explorada no campo da discricionariedade administrativa. (MILARÉ, 2018).

A carta constitucional cuidou, em vários de seus dispositivos, dos recursos ambientais, mas seu conceito jurídico foi consagrado em legislação infraconstitucional, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981). A LPNMA amplia o conceito de meio ambiente para considerar também os elementos da biosfera, o próprio ecossistema humano. A leitura ampliada demonstra claramente que a categoria dos recursos naturais é parte de um conjunto maior, a dos recursos ambientais. O marco jurídico brasileiro considera que são elementos do meio ambiente além dos tradicionais, como o ar, a água e o solo, a biosfera, em um conteúdo relacional com as condições produzidas pelas pessoas e que afetam a sua própria existência no planeta.

A água, bem essencial à própria existência humana, recebeu tratamento constitucional explícito. Em seu artigo 20, III (BRASIL, 1988) declara que são

propriedade da União os lagos, rios e quaisquer corrente de água em terrenos de seu domínio ou que banhem mais de um Estado; de igual forma os que banhem mais de um Estado; os que sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham. O art. 26, I, inclui entre os bens do Estado as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Quanto à competência, o art. 21, XIX, refere que cabe à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso e o art. 22, IV, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre águas.

Nas águas de domínio estadual, compete aos órgãos públicos estaduais a aplicação da legislação federal sobre a matéria, bem como instituir uma política de desenvolvimento sustentável a nível regional e impor maiores restrições no intuito de preservar a qualidade da água, de acordo com as peculiaridades regionais. A proteção da água também pode ser regulamentada por Estados e Municípios (este último não contemplado com o domínio de lagos e rios), tendo em vista a competência concorrente e suplementar para legislar sobre a preservação da fauna, flora e meio ambiente, bem como combater a poluição em todas as suas formas. (arts. 24, VI e VIII, e §§ 1º e 2º, c/c art. 30, I e II, e art. 225, todos da CF/88).

Assim, apesar da aparente confusão estabelecida pela Constituição em torno da temática, na medida em que, de um lado distribui a propriedade dos recursos hídricos entre a União e os Estados e, de outro, garante a si a centralização das competências sobre águas, basta a utilização de critérios teleológicos e sistêmicos de interpretação para garantir que determinada concentração de competência não exclui de Estados e Municípios a possibilidade de, tanto na esfera material, quanto na legislativa, tratarem do assunto.

## 3 PUBLICIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DA ÁGUA E ALGUNS REFLEXOS JURÍDICOS

O tema água é um dos mais relevantes e discutidos no mundo. O Brasil, um dos países com maior disponibilidade hídrica, carrega consigo a responsabilidade de preservar e garantir o consumo de água em quantidade e de qualidade à população.

A disponibilidade hídrica por vezes criou no imaginário popular de que a água, juntamente com o ar, são recursos ambientais abundantes, inesgotáveis e sem valor econômico. O papel dos juristas até pouco tempo era o de apresentar a água como exemplo de *res nullius*[1], de coisa *extra comercium*, que, diante da ausência de valor econômico, pertencia apenas ao *genus* coisa.

A conceituação jurídica de recursos ambientais e do princípio base da visão ambiental, o do poluidor-pagador, é recente no direito brasileiro. Como o intuito do presente é apresentar as consequências da publicização do direito das águas, faz-se oportuno resgatar o tratamento jurídico garantido as mesmas desde o Código Civil de 1916.

Com base na orientação principiológica da lei codificada, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), no que tange aos limites da propriedade privada, não deixou dúvidas de que o dono do terreno poderia dispor da água que encontrasse ao fazer escavações, ou seja, estando a água integrada ao subsolo ela pertencia ao titular do bem imóvel. Baseado na legislação civil, o proprietário do bem poderia explorar como suas as riquezas encontradas no subsolo, no tempo em que viesse a tomar conhecimento da sua existência, ou que lhe fosse mais oportuno.

Antes mesmo da PNMA ou da Constituição Federal, em 1934, através de Decreto, foi instituído o Código de Águas (Dec. 24.643). Primeiro marco legal que possibilitou ao poder público disciplinar o aproveitamento das águas, em especial a exploração para recursos energéticos. Em seus primeiros capítulos tratou das águas públicas, comuns e privadas[2], mantendo, assim, a possibilidade do domínio de águas nas mãos de particulares[3]. Para Milaré (2018, p. 1188) o texto foi concebido com "cunho essencialmente privatista, direcionado à tutela do direito individual e econômico, circunstância evidenciada pela preocupação com o aproveitamento "comercial da água"".

---

[1] De origem romana representa a ideia de existência de coisa de ninguém, em princípio, sem valor econômico, existentes na natureza, suscetível de apropriação indistinta e gratuita.

[2] O Decreto 24.643/34 considera como púbicas as águas relacionadas nos arts. 1º, 2º e 5º; comuns as águas correntes não navegáveis e particulares aquelas que não são públicas ou comuns, sendo o seu conceito obtido por exclusão.

[3] Art. 96. O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas, de uso comum ou particulares.
Parágrafo único. Se o aproveitamento das águas subterrâneas de que trata este artigo prejudicar ou diminuir as águas públicas dominicais ou públicas de uso comum ou particulares, a administração competente poderá suspender as ditas obras e aproveitamentos.

Após essa fase, a tendência da legislação brasileira, inclusive a constitucional, foi a de publicização do domínio das águas, culminando com a extinção da propriedade particular pela Constituição de 1988, fato que resultou na derrogação parcial do Código Civil e do Código de Águas. (SCHEIBE, 2002). A retirada das águas da titularidade privada para a sua inclusão integral no próprio estatal está associada, segundo Viegas (2005, p. 78) "com o princípio regente na Lei Maior de 1988 de que a propriedade, embora assegurada (art. 5º, XXII), atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII)".

Sobre as origens sociológicas da publicização das águas, Granziera refere:

> Quanto maior a importância de um bem à sociedade, maior a tendência a sua publicização, com vista na obtenção da tutela do Estado e da garantia de que todos poderão a ele ter acesso, de acordo com os regulamentos estabelecidos. No que se refere às águas, as coisas não se passam de forma diferente. (2001, p. 90)

Passados alguns anos desde a entrada em vigor da CF/88, em 1997, foi publicada a Lei nº 9.433, que institui a Polícia Nacional de Recursos Hídricos - PNRH, a qual trouxe explícito em seus fundamentos que a "água é um bem de domínio público" sanando eventuais dúvidas ou questionamentos acerca da publicização integral da propriedade da água.

A publicização da propriedade da água acarreta algumas consequências no mundo jurídico, a exemplo da inalienabilidade, impenhorabilidade e da imprescritibilidade do recurso ambiental. Além dessas está a de possuir, ou não, o antigo proprietário direito à indenização. Veja-se: com base no Código Civil de 1916 o proprietário do terreno era o titular do domínio das águas nele existentes. Com o advento da Constituição Federal, as águas passaram a pertencer à União ou aos Estados.

Machado (2000) filia-se à corrente que entende prevalecer o direito adquirido do proprietário, o que lhe confere pretensão indenizatória contra o Estado.

> Não se pode simplesmente tentar introduzir o regime jurídico das nascentes privadas, o sistema de outorga e da cobrança do uso desse recurso específico pelo viés da 'função social' da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF/88). Houve um inegável esvaziamento do direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF/ 88), que acarreta a obrigação de indenizar. (2000, p. 423).

Observa-se, porém, que Machado não indica que o direito adquirido assegure ao particular o poder de manter sob o seu domínio as águas incorporadas ao seu

patrimônio, admitindo, a obtenção de indenização em detrimento da existência de um novo titular da propriedade das águas. Apesar de sustentável juridicamente, a solução para a controvérsia é encontrada na extensão do exercício do poder constituinte originário, inaugurador de nova ordem jurídica.

Segundo Canotilho

> O poder constituinte, na teoria de Sieyés, seria um poder 'inicial, autônomo e omnipotente. É 'inicial' porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. é nele que se situa, por excelência, a vontade do 'soberano' (...). é um poder 'autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve dar-se uma constituição à Nação. É um poder 'omnipotente, condicionado': o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo. (1996, p. 94)

Nesse sentir, para Mendes e Branco o constituinte é livre par dispor sobre a vida jurídica do Estado. "Se uma norma da Constituição proíbe determinada faculdade ou direito, que antes era reconhecido ao cidadão, a norma constitucional nova há de ter plena aplicação, não precisando respeitar situações anteriormente constituída."(2018, p. 111). Prevaleceria o direito adquirido se as águas passassem ao domínio público por força do poder constituinte derivado, que é, por sua vez, limitado e deve observar as limitações das cláusulas pétreas.

Outra questão que surge com a publicização da água é o direito de outorga previsto nos arts. 11 a 18 da PNRH (BRASIL, 1997), os quais regulamentam o art. 21, XIX, da CF. O bem público – bem de uso comum do povo – pode ter seu uso restringido em razão de determinadas particularidades, mas não deixam de ser de uso comum do povo e a limitação pode ser temporária ou definitiva.

A outorga do direito de uso da água é o instrumento administrativo pelo qual o poder público atribui ao interessado o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico. (GRANZIERA, 2001). É um ato administrativo por meio do qual o poder público faculta ao interessado, público ou privado, o uso do recurso hídrico, em condições preestabelecidas e por prazo determinado.

A outorga é um dos meios de tutela do meio ambiente, razão pela qual tem o objetivo de assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos ao seu acesso (art. 11 da PNRH). Por isso, "sua natureza jurídica é de um instrumento de controle da exploração do recuso ambiental e se efetiva por

intermédio de um ato administrativo vinculado". (MILARÉ, 2018, p. 1209). Machado, por sua vez, entende que a outorga do uso da água possui determinados aspectos de ato administrativo vinculado e outros de discricionário.

> Está condicionado às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, ao enquadramento do corpo de água, à manutenção das condições adequadas de transporte aquaviário e à preservação do uso múltiplo dos recursos hídricos. (...). respeitada a parte vinculada do ato administrativo de outorga, este ato poderá conter uma parte discricionária, que deve ter clara e ampla motivação, manifestando a sua 'legalidade, moralidade e impessoalidade' (art. 37 da CF), para que não se caia na arbitrariedade. (2002, p. 66).

Desse modo, cabe ao ente público analisar se o uso pretendido confronta a legislação: havendo violação da norma, nega-se a postulação, do contrário, surge a faculdade de conceder ou não a outorga. Nesse aspecto, prevalecem os critérios de conveniência e de oportunidade, que deve ser baseado na maximização do interesse público. (VIEGAS, 2005).

Contudo, necessário salientar que mesmo que o ato administrativo seja expedido com prazo determinado, é característica da outorga do uso de água ser de natureza precária, uma vez que a disponibilidade hídrica é um fator inconstante.

Juntamente com a outorga, a cobrança pelo uso da água consiste em um instrumento da PNRH. A cobrança pelo uso de recursos hídrico efetiva o princípio da internalização dos custos ambientais por aqueles que se aproveitam dos recursos naturais. Atualmente, esses custos são externalizados, ou seja, são arcados por toda a sociedade, inclusive por aqueles que não aproveitam do recurso.

Esse instrumento é baseado no princípio geral do usuário/poluidor-pagador. É com base nesse princípio que se busca a internalização das externalidades, que ocorre a internalização dos custos da poluição ambiental e/ou uso dos recursos naturais no processo de produção/utilização, que repercute no custo final do produto. (VIEGAS, 2005).

A cobrança pelo uso da água não foi introduzido pela PNRH, já existia previsão no art. 68 do CC/16; art. 36, § 2º do Código de Águas; e art. 4º, VII, da PNMA, contudo, apenas com a previsão na PNRH é que o instrumento passou a ser utilizado em determinados locais. O objetivo da cobrança pelo uso da água é um

incentivo à racionalização e é tida como um instrumento de gestão de água e fonte de captação de recursos para financiamento de programas. (art. 19 da PNMA).

É imprescindível a existência de outorga de uso dos recursos hídricos, ou seja, a outorga é o instrumento antecedente e indispensável para viabilizar a cobrança instituída. Diante dessa relação, pode-se afirmar que os usos que dispensam a outorga não estão sujeitos ao pagamento pela utilização de água. A cobrança, não afasta a incidência do direito fundamental de direito à água, vez que a Constituição estabelece em seu art. 193 o sistema de justiça social.

A domialidade pública da água trouxe algumas discussões do âmbito jurídico ante a grande importância da água. Trouxe, também, instrumento jurídicos que servem para orientar o consumo de água, mas também, de exigência do cumprimento de um poder-dever por parte do Estado, na preservação e proteção do bem ambiental.

No momento seguinte verifica-se como a sustentabilidade se entrelaça com a questão da água e como pode ser efetivada na sociedade atual.

## 4 A SUSTENTABILIDADE E A ÁGUA: COMO PROPORCIONAR SUA VIABILIDADE

É importante se pensar: qual o papel da água na questão da sustentabilidade? A água é essencial para a vida das pessoas na sociedade, porém com o passar do tempo se observa cada vez mais danos aos mananciais de água, que por ausência de uma educação e conscientização efetiva e, por força do poder econômico, não se freia a poluição e a degradação das fontes de água no Brasil.

As atividades humanas são cada vez mais voltadas a um crescimento econômico que se pauta na estrutura de capital, por isso a sustentabilidade da água acaba perdendo efetividade. A água não é um recurso infinito, que pode ser usufruído e degradado sem a devida proteção, seja pela Constituição, pelo Estado e pela sociedade.

Na atualidade, observa-se que o volume de água potável é escasso, isso porque “cerca de 97,5% de toda água na Terra é salgada. Apenas 2,5% é doce, sendo que desta parcela, 1,72% está congelada nos polos Sul e Norte e geleiras no alto de montanhas e 0,75% são águas subterrâneas”. Também se observa que “faz parte da constituição das

plantas e animais, 0,02%, restando apenas 0,01% de toda água do planeta disponível em rios, lagos e represas". (PENSAMENTO VERDE, 2015).

Por esse fator é importante se buscar a sustentabilidade da água no planeta. Essa sustentabilidade se como a capacidade de sustentação e de se manter dentro do sistema social, econômico e ambiental. Na visão de Leff (2001, p. 409) a sustentabilidade "confrontam-se os tempos da degradação entrópica, os ciclos da natureza e as crises econômicas, a inovação tecnológica e as mudanças institucionais", com isso, faz-se necessária "a construção de novos paradigmas de conhecimento, comportamentos sociais e racionalidades produtivas".

Nalini (2001, p. 138-139, grifos do autor) entende que a sustentabilidade "importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante". Continuando, o autor "propõe a celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum e significa um novo paradigma. Não há necessidade de se renunciar ao progresso para a preservação do patrimônio ambiental". Assim, demonstra que "serviu-se a humanidade da natureza como se fosse um supermercado gratuito. Tudo estava a serviço e à disposição do senhor da Terra", e destaca que "essa irresponsabilidade está prestes a chegar ao fim. Depois de verificar a finitude dos bens naturais, o comprometimento e a deterioração daquilo que restou, o ser pensante precisa se reciclar".

Sachs[4] (1993, p. 25-27) propõem cinco pilares para a sustentabilidade: 1) a sustentabilidade social, baseada em um processo de crescimento orientado por uma

---

[4] As cinco dimensões do **ecodesenvolvimento** são:
"a) *Sustentabilidade social*, entendida como a consolidação de um processo de desenvolvimento baseado em outro tipo de crescimento e orientado por outra visão do que é a boa sociedade. O objetivo é construir uma civilização do 'ser', em que exista maior eqüidade na distribuição do 'ter' e da renda, de modo a melhorar substancialmente os direitos e as condições de amplas massas de população e a reduzir a distância entre os padrões de vida de abastados e não-bastados [...]
b) *Sustentabilidade econômica,* possibilita por uma alocação e gestão mais eficiente dos recursos e por um fluxo regular do investimento público e privado. Uma condição fundamental para isso é superar as atuais condições externas, decorrentes de uma combinação de fatores negativos já mencionados: o ônus do serviço da dívida e do fluxo líquido de recursos financeiros do Sul para o Norte, as relações adversas de troca, as barreiras protecionistas ainda existentes nos países industrializados e, finalmente, as limitações do acesso à ciência e à tecnologia [...]
c) *Sustentabilidade ecológica*, que pode ser incrementada pelo uso das seguintes alavancas:
- aumento da capacidade de carga da Espaçonave Terra por meio da engenhosidade [...]
- limitação do consumo de combustíveis fósseis e de outros recursos e produtos facilmente esgotáveis ou ambientalmente prejudiciais [...]
- redução do volume de resíduos e de poluição, por meio da conservação e reciclagem de energia e recursos;

compreensão do que seria essencial para a sociedade, mas objetivando construir a equidade; 2) a sustentabilidade econômica, firmada na alocação e gestão mais eficiente de recursos, onde deve haver um fluxo regular de investimento público e privado; 3) a sustentabilidade ecológica, pautada na proteção ambiental e em caminhos ecoeficientes; 4) a sustentabilidade espacial, a qual se volta para uma configuração rural e urbana buscando um equilíbrio; 5) a sustentabilidade cultural, que visa por modelos de modernização e de sistemas rurais integrados de produção, privilegiando processos de mudanças no contexto da continuidade cultural.

Com base no exposto, Ruschel e Portanova (2015, p. 35), fazem uma pressuposição de cinco dimensões de sustentabilidade:

> A social, a econômica, a ecológica, a espacial e a cultural, ou seja, deve reduzir as desigualdades sociais com uma gestão mais eficiente dos recursos compreendendo o uso dos potenciais inerentes aos variados sistemas, evitando a excessiva concentração geográfica da população, trazendo uma pluralidade de soluções particulares.

Como se pode compreender a sustentabilidade não é um conceito acabado, mas, sim, em constante construção. Por isso Veiga (2010, p. 165), traz que a sustentabilidade "não é, e nunca será, uma noção de natureza precisa, discreta, analítica ou aritmética, como qualquer positivista gostaria que fosse". Dessa forma, "tanto quanto a ideia de democracia – entre muitas outras ideias tão fundamentais para a evolução da humanidade –, ela sempre será contraditória, pois nunca poderá ser encontrada em estado puro".

Com base no exposto, entende-se que a água é finita e precisa-se de alternativas para que ela não se torne tão vulnerável e suscetível a degradação. Deste modo, o poder

---

- autolimitação do consumo material pelos países ricos e pelas camadas sociais privilegiadas em todo o mundo;
- intensificação da pesquisa de tecnologias limpas e que utilizem de modo mais eficiente os recursos para a promoção do desenvolvimento urbano, rural e industrial;
- definição das regras para uma adequada proteção ambiental [...]

d) *Sustentabilidade espacial*, voltada a uma configuração rural –urbana mais equilibrada e a uma melhor distribuição territorial de assentamentos humanos e atividades econômicas, [...]

e) *Sustentabilidade cultural*, em busca das raízes endógenas dos modelos de modernização e dos sistemas rurais integrados de produção, privilegiando processos de mudanças no seio da continuidade cultural e traduzindo o conceito normativo de ecodesenvolvimento em uma pluralidade de soluções particulares, que respeitem as especialidades de cada ecossistema, de cada cultura e de cada local" (SACHS, 1993, p. 25-27).

público deve garantir a existência de políticas públicas de reutilização e reuso da água tanto nas cidades como nas áreas rurais. Isso aliado a políticas de educação e conscientização permitiriam alternativas para que se efetivasse a sustentabilidade da água.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ter acesso à água em quantidade e em qualidade é uma questão de vida, de permanência terrena com dignidade. Associado a isso, a preocupação com possíveis guerras internas ou internacionais, com escassez ou disponibilidade, acabaram por evidenciar a necessidade de o direito lançar luzes na construção de um olhar jurídico sobre a água.

A Constituição Federal traz em seu bojo, enquanto objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na busca da redução de desigualdades sociais e regionais. Para tornar esse objetivo possível, não havia mais espaço para considerar as águas propriedade privada, extensão da propriedade das terras. Assim, no bojo do reconhecimento de ser o meio ambiente de uso comum do povo, o constituinte originário publicizou a água.

Agora, é conferida titularidade exclusiva entre a União e os Estados, competência privativa para legislar sobre águas é da União que pode, por meio de Lei complementar autorizar que Estados legislem sobre a matéria. A concentração da competência possibilita regramento uniforme em aspectos fundamentais à água fato que não afasta Estados e Municípios tratarem do assunto nas esperas material e legislativa.

A modificação jurídica trazida pela Constituição possibilitou discussões acerca de eventual indenização ao proprietário de terras em que, em seu subsolo encontrava-se água. Entende-se que, não há direito a percepção de perdas e danos, porque a modificação da domialidade – de privado para púbico – se deu através de constituinte primário, ou seja, não subsiste a tese de direito adquirido. A publicização da água também possibilitou a aplicação concreta de institutos como a outorga e a cobrança pelo uso da água.

Por fim, entende-se que tanto a Constituição Federal, quanto a lei infraconstitucional são altamente protetivas a preservação e utilização dos recursos hídricos. Há espaço para a exploração dos instrumentos constantes na PNRH, a fim de

possibilitar uma aplicação mais efetiva e garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à luz dos pilares da sustentabilidade.

Assim, pensar a água, seu acesso e proteção, diante da dicotomia vida e morte, inerentes a sua essencialidade demanda, sem qualquer dúvida, na observação da sustentabilidade. A sustentabilidade da água é essencial pois a vulnerabilidade e a sua finitude são algo muito premente. Deste modo, é necessário pensar alternativas de efetivar a sustentabilidade por meio de instrumentos protetivos já constantes na legislação brasileira, mas introduzi outros instrumentos, tais como a reutilização e o reuso da água nas cidades e no meio rural. Por isso, o poder público deve criar políticas públicas de conscientização e educação, além de propiciar mecanismos para que se implementem essas alternativas.

## REFERÊNCIAS


BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 24 de fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Aceso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando A teoria e a prática do direito à água. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 133-166, jul/dez. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARLI, Ana Alice de. **A água e seus instrumentos de efetividade**: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação. Campinas: Millenium, 2013.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Tradução Lúcia M. E. Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Recursos hídricos**: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.

PENSAMENTO VERDE. **A importância da sustentabilidade da água nos dias de hoje**. 16 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.pensamentoverde.com.br/sustentabilidade/importancia-da-sustentabilidade-da-agua-nos-dias-de-hoje/. Acesso em: 14 abril 2021.

RUSCHEL, Caroline Vieira; PORTANOVA, Rogério. **Desenvolvimento e meio ambiente**: que rumo o direito deve seguir? Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779. Acesso em: 06 abr. 2020.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**. Desenvolvimento e meio ambiente. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel: Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Forense, 2020.

SCHEIBE, Virgínea Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 7, n. 25, p. 207-218, jan./mar. 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável:** o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.