Número 38 – maio/junho/julho – 2014 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861 –

A OUTORGA DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA: CARACTERÍSTICAS GERAIS E A IMPOSSIBILIDADE DE REPASSE DA ÁGUA BRUTA CAPTADA A TERCEIROS

Leonardo Coelho Ribeiro
Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes – UCAM. Especialista em Litígios e Soluções Alternativas de Conflitos pela FGV Direito Rio (LL.M Litigation). Pesquisador da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da FGV Direito Rio. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ. Advogado.

Sumário: Introdução. 1 – Breve panorama da disciplina constitucional dos recursos hídricos. 1.1 – Plano dominial. 1.2 – Plano legislativo. 1.3 – Plano executivo. 2 – O saneamento básico e a natureza jurídica da atividade de abastecimento de água potável. 3 – Panorama da disciplina legal e regulatória da outorga de uso de recursos hídricos. 3.1 – Quadro geral. 3.2 – A essência do uso dos recursos hídricos e a inexistência de licitação prévia à sua outorga. 3.3 – Os princípios da Política Nacional de Recursos Hídricos e a outorga de uso de recursos hídricos enquanto instrumento de gestão. 3.4 – Características gerais da outorga de uso de Recursos Hídricos. 3.4.1 – Definição legal e natureza jurídica do instrumento de outorga. 3.4.2 – O simples uso pessoal e final dos recursos hídricos veiculado pela outorga. 3.5. – A outorga para fins industriais e o consumo final dos recursos hídricos enquanto insumo de processo produtivo. Conclusão

Resumo: O presente estudo busca fixar as características gerais da outorga de uso de recursos hídricos e, a partir destas, desvendar as razões que impossibilitam o repasse da água bruta captada a terceiros.

Palavras-chave: Regulação; Outorga; Recursos Hídricos; Distribuição; Água bruta; Repasse a terceiros.

Abstract: This study seeks to determine the general characteristics of the hydric resources grants, and from these, unravel the reasons that prevent the transfer of raw water to third parties.

Keywords: Regulation; Grant; Hydric Resources; Distribution; Raw water; Transfer to third parties.

Introdução

As águas sob domínio público, mesmo enquanto bens de uso comum do povo que são, tem seus usos condicionados à manifestação dos entes federados competentes (União ou Estados, no caso), especialmente por força de sua escassez e fundamentalidade para a perpetuação da vida humana e para o desempenho de diversas atividades que lhe são inerentes. E isso, portanto, implica a necessidade de uma gestão concertada desse recurso natural.

Pondo o foco no âmbito federal, compete à Agência Nacional de Águas – ANA regular o tema, à luz das diretrizes fixadas por Lei na intitulada Política Nacional de Recursos Hídricos e, portanto, executar essa gestão.

Em que pese a fundamentalidade da água à vida, neste estudo dedica-se especialmente a delinear a disciplina normativa e os influxos regulatórios que pautam o emprego do principal instrumento de gestão das águas públicas enquanto insumo de atividades econômico-produtivas, qual seja, a outorga de uso de recursos hídricos.

Para tanto, em primeiro momento situarei o tema à luz de sua disciplina normativa geral, definindo a partilha de competências correlatas, identificando os princípios da Política Nacional de Recursos Hídricos que lhe são diretivos, as características gerais e a natureza jurídica da outorga de uso de recursos hídricos, bem como conferindo relevo ao seu emprego enquanto principal instrumento de gestão de recursos hídricos a cargo da Agência Nacional de Águas – ANA.

Feito isso, dedicarei especial atenção aos limites do uso que são veiculados por meio do instrumento de outorga, concluindo pela franquia tão somente do simples uso pessoal e final dos recursos hídricos outorgados, o que inviabiliza o repasse da água captada a terceiros, mediante remuneração ou não, quando ainda se encontre em estado bruto[1].

1 Não se está tratando, portanto, de reuso da água.

E, por fim, será realizada breve investigação específica da outorga de uso de recursos hídricos para fins industriais.

1 – Breve panorama da disciplina constitucional dos recursos hídricos

A Constituição fixa a disciplina dos recursos hídricos[2] nos planos dominial (patrimônio dos entes federados que integram), legislativo (a quem compete legislar sobre o tema), e executivo (a quem cabe gerir administrativamente os recursos hídricos).

1.1 – Plano dominial

O domínio hídrico nacional é atualmente dividido apenas entre a União e os Estados[3], não havendo recursos hídricos sob a tutela dos Municípios[4].

De acordo com o art. 20, III, da Constituição, são bens da União "*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*;"

Já no domínio hídrico estadual estão situadas "*as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;*"[5].

No presente, atenho-me especificamente ao domínio hídrico da União, tendo em vista sua maior expressão no cenário nacional e, também, o aparato regulatório institucional a cargo da Agência Nacional de Águas – ANA que lhe tutela.

1.2 – Plano legislativo

De acordo com o art. 22, IV, compete privativamente à União legislar, por meio de normas gerais, sobre águas[6], sendo possível, ainda, na

2 Diz-se recursos hídricos, e não simplesmente "águas", por serem estes conceitos distintos. Cid Tomanik Pompeu explica: "*Água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o gênero*. ***Recurso hídrico é a água como bem econômico, utilitário, passível de uso com tal fim***." (Os grifos não são do original). POMPEU, Cid Tomanik. ***Direito de águas no Brasil***. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

3 Aqui incluído o Distrito Federal, que tem natureza federativa híbrida e, por isso, ostenta também competências estaduais.

4 Não se está, nesta altura, tratando de saneamento básico, que engloba o abastecimento de água potável, tema ao qual se dedicará item específico adiante.

5 Art. 26, I, da CRFB.

6 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

forma de seu parágrafo único, que lei complementar confira aos Estados a autorização para legislar sobre pontos específicos do tema.

A isso se soma o entendimento[7] de que os Estados e o Distrito Federal, por possuírem águas públicas em seu domínio hídrico, também podem legislar sobre recursos hídricos de forma concorrente à disciplina geral fixada pela União, com base nas disposições do art. 24, VI e VIII, e 25, §1º[8], todos da Constituição, providenciando, com isso, a tutela dos seus bens.

1.3 – Plano executivo

Do ponto de vista da gestão administrativa dos recursos hídricos, cabe à União "*instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.*"[9]

De outro lado, revela-se competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "*registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios*;"[10]

Em grandes linhas, é esse o esboço da disciplina constitucional dos recursos hídricos, que é também complementada pelo fornecimento de água potável, devidamente compreendido na atividade de saneamento básico, como se verá na sequência.

---

7 Neste sentido, sob um viés ambiental, confira-se: SILVA, José Afonso. ***Direito ambiental constitucional***. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 86/87.

Em sentido semelhante, Dimas Macedo assim pontua: "Tendo em vista o princípio da autonomia dos entes federados, sustentamos neste ensaio a tese de que os Estados-Membros, no Brasil, podem legislar sobre o aproveitamento e a utilização dos recursos hídricos sob seu domínio, segundo a faculdade que lhes é reconhecida pela própria Constituição (art. 25, §1º, e art. 26, incisos I e II), excluídos aqueles recursos hídricos potencialmente hidroenergéticos, para que se ressalve o predomínio da vontade nacional sempre que confrontada com o princípio da autonomia dos Estados, isto porque se está diante de uma situação regional cujo deslinde entende com a questão da estratégia e da segurança nacional. Os Estados-Membros, esclareça-se, não poderiam dispor de uma política legislativa de águas com implicações em possíveis monopólios de recursos hídricos regionais, almejando fins estratégicos ou geopolíticos, mas poderiam, por lei, instituir sua política hídrica de natureza ambiental, principalmente quando tenham por fim planejar suas reservas hídricas potenciais, constitucionalmente reconhecidas como afetas à sua dimensão patrimonial." MACEDO, Dimas. Recursos hídricos e Constituição: a água como bem de domínio público. ***Biblioteca Digital Interesse Público - IP***, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 24 de janeiro 2012.

8 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;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

9 Art. 21, XIX, CRFB.

10 Art. 23, XI, CRFB.

2 – O saneamento básico e a natureza jurídica da atividade de abastecimento de água potável

A expressão "saneamento básico" compreende não só as atividades de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável, como também outras atividades a elas relacionadas (limpeza urbana, manejo de resíduos etc.), não se confundindo, contudo, com o simples uso de recursos hídricos.

Em que pese caber à União fixar os parâmetros nacionais para a prestação do serviço de saneamento básico[11], no plano administrativo o saneamento básico é objeto de efetivação comum dos entes federados[12], devendo cada qual atuar em sua esfera de predominância de interesse – nacional, regional ou local[13].

Do ponto de vista da natureza jurídica dos serviços de saneamento básico, e aqui se destacando o serviço de abastecimento de água potável[14], não há espaço para dúvidas de que se trata de um serviço público, tendo em conta o que segue.

As atividades econômicas *lato sensu* comportam as espécies atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos.

As atividades econômicas *stricto sensu* são aquelas amplamente pautadas no princípio da liberdade de iniciativa, ao passo que os serviços públicos – e, com estes, a aplicação do regime jurídico que lhes é próprio –, de acordo com o entendimento doutrinário majoritário (linha de entendimento formalista), são caracterizados pelas atividades assim qualificadas na Constituição ou em lei[15].

Neste contexto, a Lei nº 11.445/07 – estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico – afasta qualquer questionamento ao definir que o

---

11 Art. 21. Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

12 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; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

13 A doutrina fixa importantes parâmetros para auxiliar a avaliação do caso concreto e definir qual dos três níveis de interesse é predominante. Uma síntese percuciente desses *standards* consta de: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Poder concedente para o abastecimento de água***. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro nº 1, 1999, pp. 66/67.

14 Ao conceito de água potável se contrapõe o de água bruta. De acordo com Christian Guy Caubet: "A água é dita bruta quando se encontra no estado natural e não foi tratada." CAUBET, Christina Guy. ***A água, a lei, a política... e o meio ambiente?*** Curitiba: Juruá, 2005, p. 165.

15 Fernando Herren Aguillar esclarece: "É, portanto, de pouca utilidade buscar fundamentar a instituição de serviços públicos na necessidade da população. Há serviços essenciais que não são serviços públicos e serviços não essenciais que se reputam públicos. **A instituição de serviços públicos, como se vê, é meramente convencional e decorre de enumeração constitucional, segundo entendemos, ou por determinação da Constituição ou da lei ordinária, como entende a maioria da doutrina nacional**." (Os grifos não são do original). AGUILLAR, Fernando Herren. ***Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação***. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

saneamento básico é um serviço público[16] e que compreende o conjunto de serviços de, dentre outros: "*a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição*;"[17]

Diante disso, o abastecimento de água ligado ao saneamento básico (logo, de água potável) pode ser prestado tanto de forma direta (pelo próprio titular do serviço[18]), quanto de forma indireta, por meio de delegação de sua execução a um particular, via contrato de concessão de serviço público[19].

Não há espaço para confusão, portanto, entre o arranjo que pauta o serviço público de saneamento básico e aquele que pauta o simples uso de recursos hídricos, como se passa a expor.

3 – Panorama da disciplina legal e regulatória da outorga de uso de recursos hídricos

3.1 – Quadro geral

Como apontado no início deste estudo, compete à União legislar sobre os critérios de outorga de uso dos recursos hídricos[20].

De previsão inicial no Código de Águas instituído pelo Decreto nº 24.643/34[21], a disciplina legal da outorga de uso de recursos hídricos é atualmente disposta pela Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e pela Lei nº 9.984/00, que dispõe sobre a criação da

16 O próprio *caput* do art. 2º da Lei nº 11.445/07 já revela a natureza jurídica de serviço público das atividades compreendidas no conceito de saneamento básico quando anota: Art. 2º Os **serviços públicos de saneamento básico** serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...)

17 Art. 3º, I, "a".

18 A discussão que remanesce acerca do tema do saneamento básico, sobre a qual pende, inclusive, o julgamento da Adin nº 1842, está em saber quem seria o titular dos serviços públicos de saneamento básico: se Estados, tendo em vista sua competência fixada no art. 25, §3º, ou se Municípios, por força do art. 30, V, CRFB.

Como não se trata do tema central sob estudo, não é esta a sede própria para o seu aprofundamento. Para um retrato dos diferentes entendimentos que circundam a questão, confira-se: FREITAS, Rafael Véras. O marco regulatório do saneamento básico e a defesa do meio ambiente. ***Boletim de Direito Administrativo – BDA***. NDJ: São Paulo, ano 25, n. 8, ago. 2009, pp. 904 e ss.

19 Art. 175, CRFB.

20 Art. 21, XIX, CRFB.

21 Como se vê do artigo 43, por exemplo: Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes. § 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular. § 2º Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo peticionário. § 3º Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas.

Agência Nacional de Águas – ANA. A Lei nº 11.445/07, apesar de não disciplinar o tema com enfoque primário, também contempla disposições que orientam sua adequada compreensão.

De uma maneira geral, da Lei nº 9.433/97 importam para o presente estudo os feixes temáticos que dispõem sobre: i) fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos ligados ao tema[22]; ii) a definição da outorga de uso de recursos hídricos enquanto instrumento dessa Política[23]; iii) os parâmetros para a outorga (situações fáticas passíveis de outorga, finalidades, requisitos e limites)[24]; e iv) a competência do Conselho Nacional de Recursos Hídricos[25].

Da Lei nº 9.984/00, por sua vez, destaca-se: i) o dever de observância da Agência Nacional de Águas – ANA à Política Nacional de Recursos Hídricos[26]; ii) a estrutura orgânica da ANA e sua competência regulatória para outorgar o uso de recursos hídricos[27]; e iii) o sistema de prazos das outorgas de uso de recursos hídricos[28].

Encerrando a disciplina legal, também é de suma importância para o presente a definição da relação entre os recursos hídricos e o serviço público de saneamento básico que consta da Lei nº 11.445/07[29].

A isso se somam, em ambiente infralegal/regulatório: i) a Instrução Normativa nº 04/2000, de autoria do Ministério do Meio Ambiente, que dispõe sobre os procedimentos administrativos para a emissão de outorga de direito de uso de recursos hídricos em corpos d'água de domínio da União[30]; ii) a Resolução nº 16/2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, que estabelece critérios gerais para a outorga de direito de uso de recursos hídricos[31]; e iii) as Resoluções nº 707/2004 e nº 833/2011 editadas pela ANA,

22 Art. 1º.

23 Art. 5º.

24 Artigos 11 a 18 e 49, inciso I.

25 Art. 35, X.

26 Art. 4º, *caput*.

27 Art. 4º, inciso IV, e art. 12, inciso V.

28 Art. 5º.

29 Art. 4º.

30 Tendo em vista a edição de normas infralegais posteriores à Instrução Normativa regulando o tema, ela acaba tendo pouco uso prático, apesar de não se ter conhecimento de sua revogação expressa por outro instrumento normativo.

De toda sorte, dela se destacam para o presente os Artigos 2º, III, XVI, XVII, XXV, XXVI, XXIX e XXXI; 3º, I; 4º, I; 6º, I; 7º; 8º; 11; 22, I e IV; 26, I; 27; 33;

31 Artigos 1º, §1º e §3º; 4º, I; 6º, §2º e §3º; 7º e §1º; 12, III; 13; 16, I, "c"; 22; 24, I e VII; e 30.

Vale conferir, ainda, a Resolução nº 65/2006 do CNRH, que estabelece diretrizes de articulação dos procedimentos para obtenção da outorga de direito de uso de recursos hídricos com os procedimentos de licenciamento ambiental, destacando-se, para o presente, o disposto nos artigos 3º, incisos I e II; 4º, parágrafo único; e 5º.

que dispõem, respectivamente, sobre procedimentos de natureza técnica e administrativa a serem observados no exame de pedidos de outorga e sobre as condições gerais para os atos de outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos emitidos pela agência reguladora.

Uma vez definido o quadro geral dos comandos legais e regulatórios acerca do tema, é agora possível passar à análise direta dos pontos nodais que movem este estudo.

3.2 – A essência do uso dos recursos hídricos e a inexistência de licitação prévia à sua outorga

Antes de adentrar na análise do mecanismo de outorga de uso de recursos hídricos, é preciso investigar a natureza do uso dos recursos hídricos em si, de forma independente ao instrumento de que se valha.

Como se pode observar dos diversos usos passíveis de outorga[32], a lógica da utilização de recursos hídricos é sempre uma lógica na qual a água bruta é inserida em meio a um processo, e não uma lógica na qual ela seja compreendida como bem ou serviço pronto e acabado; leia-se: como o resultado final daquele mesmo processo[33]. A depender da hipótese de utilização da água bruta, o resultado do processo será, por exemplo: a colheita da plantação (uso para irrigação); o produto industrializado (uso como insumo de processo produtivo da indústria); a energia gerada (uso para aproveitamento do potencial hidrelétrico da água); ou, até mesmo, a água transformada para assumir novas características (uso para saneamento básico, sob o viés do abastecimento de água potável).

A água bruta assume a feição, portanto, de insumo, mas nunca de uma propriedade que possa ser objeto direto de comercialização por parte do outorgado[34].

A Lei de saneamento básico ajuda a esclarecer o ponto.

De acordo com o art. 4º, e seu parágrafo único, da Lei 11.445/07, "***Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento***

32 De acordo com o art. 12, incisos I a V, da Lei nº 9.433/91: 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 aqüífero 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.

33 O fato de a água bruta poder ser consumida integralmente neste processo não modifica essa colocação, na medida em que, ainda nesta ocasião, ela permanecerá sendo um insumo; um meio à ser transformado, daí resultando um produto final.

34 Vale lembrar, com Paulo José Leite Farias, que como "*as águas doces são de domínio público de uso comum*", consequentemente, "*o que se outorga não é a sua propriedade, mas o seu direito de uso.*" LEITE, Paulo José. ***Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 429.

básico", sendo que "***A utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico****, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos,* ***é sujeita a outorga de direito de uso****, nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais."*

Quer dizer: até mesmo quando inserida na prestação de um serviço público, a água bruta não perde a sua característica de ser insumo a permitir a concepção de um produto/serviço, este sim, finalístico, como o são o esgotamento sanitário (uso da água bruta para poluí-la, diluindo-se o esgoto, promovendo-se seu transporte ou sua destinação final) e o abastecimento de água potável (submissão da água bruta a tratamentos que lhe confiram potabilidade), no caso do saneamento básico.

Além disso, a fixação legal de que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico, somada ao livre acesso[35] a este bem de domínio público, revela que a outorga do uso de tais recursos, ao contrário do que parece entender a doutrina minoritária[36], não depende de licitação pública prévia[37].

---

35 O direito de acesso à água é efetivado por meio da outorga de seu uso, como anota o art. 11 da Lei nº 9.433/97: Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como **objetivos assegurar** o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o **efetivo exercício dos direitos de acesso à água.**

36 Parece ser este o entendimento de José Maria Pinheiro Madeira e Jansen Amadeu do Carmo Madeira: "O art. 15 da Lei nº 9.433/97 impõe condições para que seja total ou parcialmente suspensa a outorga do direito de uso das águas, que é a autorização, cujas características principais são: a discricionariedade, a unilateralidade, a precariedade e a residualidade do interesse público. Mas uma séria questão surge nesse ponto. *Ipso facto*, o que se percebe é que existe alguma estabilidade nessa relação que se estabelece entre a ANA e o dito autorizatário, fato esse que revela que a verdadeira natureza do jurídica desse ato administrativo é de autêntico contrato administrativo, devendo, portanto, ser precedida tal outorga de licitação para que não se frustre a regra do art. 37, XXI, da Constituição da República." MADEIRA, José Maria Pinheiro; CARMO, Jansen Amadeu do. Agência Nacional de Águas (ANA). ***Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental***, Belo Horizonte, ano 7, n. 38, mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 24 janeiro 2012.

Ainda que assim fosse, há na doutrina quem sustente que os bens sujeitos ao amplo acesso e fruição de todo e qualquer interessado – como, em regra, é o caso dos recursos hídricos, ressalvadas as situações de conflito de uso, "*situação em que são restringidos os usos da água pelo fato de a disponibilidade de recursos hídricos ser inferior às demandas hídricas, gerando competição entre os usuários*" (art. 2º, IV, da Resolução ANA nº 707/2004) – poderiam ter seu uso concedido sem a necessidade de licitação prévia, na medida em que não estão envolvidos em um ambiente que propicie a competição. É a opinião de Floriano Azevedo Marques Neto, por exemplo, que anota: "A concessão deverá ser, em regra, precedida de licitação. Ela caracteriza um vínculo contratual, sinalagmático, entre poder concedente e concessionário, e se enquadra na hipótese típica constante do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Contudo, diferentemente do que ocorre na concessão de serviço público, para a qual a obrigação de licitar previamente à outorga advém de disposição constitucional incontornável (artigo 175) - de modo que para ela são inaplicáveis as hipóteses de dispensa e inexigibilidade -, no caso da concessão de uso de bem público a obrigação de licitar provém da regra geral constitucional do artigo 37, XXI. Disto decorre que **pode haver situações em que a outorga se dê sem prévia licitação, quando cabente situações de dispensa expressamente previstas na lei ou quando se verifique situação de inexigibilidade. É o que ocorre nas situações em que o bem público comporte a utilização objeto da concessão por todos os particulares potencialmente interessados**. Imagine-se a possibilidade de concessão de uso de uma rede férrea para instalação de cabos de suporte a redes de telecomunicações, sendo possível implantar quantidade de cabos muito superior àquelas operadas pelos prestadores do

Reitera-se aqui, portanto, não haver de se cogitar de semelhanças entre o serviço público de abastecimento de água potável (que pode ser de competência local ou regional, conforme controvérsia anteriormente registrada), e a outorga do uso de recursos hídricos (água bruta).

Compreendido o uso dos recursos hídricos em si, cabe agora passar à investigação desse uso mediante o instrumento de outorga. Para isso será necessário situar a outorga do uso de recursos hídricos no contexto maior da Política Nacional dos Recursos Hídricos e, só então, investigar suas características principais à luz de tais diretivas.

3.3 – Os princípios da Política Nacional de Recursos Hídricos e a outorga de uso de recursos hídricos enquanto instrumento de gestão

Do ponto de vista da outorga de uso de recursos hídricos, já de início se observa que a Política Nacional de Recursos Hídricos tem como fundamentos, dentre outros: a natureza jurídica de bem de domínio público da água; o fato de tratar-se de um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; e, ainda, que a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas[38]. Tais fundamentos refletem a importância que a outorga de uso de recursos hídricos tem, pelo que vale tecer breves comentários acerca dos fundamentos destacados.

---

serviço. Nesta hipótese, a licitação será inexigível pela impropriedade (inviabilidade) de competição, já que **não terá sentido licitar para eleger um concessionário quando se podem acolher todos os interessados**." (Os grifos não são do original). MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas***. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 355.

37 É a lição de Paulo Affonso Leme Machado: "A Lei 9.433/1997 não previu a necessidade de licitação para a outorga de uso dos recursos hídricos. Esta outorga não configura prestação de serviço público, como ocorrerá quando uma empresa se destinar à distribuição de água em uma cidade. A prestação de serviço público, conforme o art. 175 da Constituição Federal, está sujeita à realização de licitação, seja esta prestação efetuada diretamente pelo Poder Público ou sob regime de concessão ou permissão." MACHADO, Paulo Affonso Leme. ***Recursos hídricos no direito brasileiro***. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 58/59.

Luís Roberto Barroso caminha no mesmo sentido: "Nada obstante isso, a União e os Estados não podem dispor arbitrariamente da autoridade de conceder ou negar outorgas. Somente será legítima a recusa quando houver um fundamento relevante e de interesse público, como, por exemplo, a ameaça de dano para o sistema hídrico em geral. Veja-se que **o acesso à água não depende de qualquer tipo de licitação para sua outorga**." (Os grifos não são do original). BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *In* ***Temas de direito constitucional. Tomo II.*** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 124.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também parece esposar o mesmo entendimento: "Distingue-se autorização da concessão porque a primeira se constitui por ato unilateral e não confere, em hipótese alguma, delegação de poder ao seu titular (art.43, §1º - refere-se ao Código de Águas), o que se justifica pelo fato de ser outorgada no interesse privado do beneficiário; **além disso, dispensa licitação**." (Os grifos não são do original). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Uso privativo de bem público por particular.*** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 132.

38 Art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei nº 9.433/97.

A natureza jurídica da água como sendo um bem de domínio público[39], de uso comum do povo[40], tem direta importância para o as questões que dirigem este estudo.

Os bens públicos de uso comum do povo são, em regra, disponíveis à "*fruição geral, impessoal e incondicionada pelos indivíduos, traduzida em um direito público subjetivo exercitável apenas com a observância das normas ordenadoras imponíveis à generalidade dos administrados.*"[41]

No caso da outorga de uso de recursos hídricos, isso se revela claro quando o art. 11 da Lei nº 9.433/97, já anteriormente transcrito, pontua serem objetivos do regime de outorga de uso de recursos hídricos "*assegurar o* ***controle*** *quantitativo e qualitativo* ***dos usos da água e*** *o* ***efetivo exercício dos direitos de acesso à água***." Assim, salvo situações excepcionais, a União e os Estados deverão conceder as outorgas de uso de recursos hídricos solicitadas.

Pois bem: os três fundamentos anteriormente selecionados deixam claro que a outorga de uso de recursos hídricos volta-se a racionalizar os direitos de acesso à água e de seu uso por todo e qualquer interessado, permitindo a gestão de tais recursos[42], tendo em vista que se trata de um bem de uso comum do povo que, por ser finito, demanda uma utilização otimizada (daí a referência ao uso múltiplo das águas, aliás).

A colocação toca em um dos questionamentos que estão a motivar este estudo, a saber: os recursos hídricos captados mediante outorga de uso conferida pela ANA podem ser distribuídos a outras sociedades empresárias, seja mediante remuneração ou não?

---

39 Confira-se o teor do art. 1º da Lei nº 9.433/97: Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I - a água é um bem de domínio público;

40 O art. 99 do Código Civil é expresso neste sentido: Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

41 São as palavras de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas***. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 209.

Paulo Affonso Leme Machado, por sua vez, observa: "A dominialidade pública da água, afirmada na Lei nº 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos. Como acentua o administrativista italiano Massimo Severo Giannini, "o ente público não é proprietário, senão no sentido puramente formal (tem o poder de autotutela do bem), na substância é um simples gestor do bem de uso coletivo." MACHADO, Paulo Affonso Leme. ***Direito ambiental brasileiro***. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 432.

42 A Lei nº 9.433/97 destaca expressamente ser a outorga de uso de recursos hídricos um instrumento de gestão da Política Nacional de Recursos Hídricos: Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos: III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

Nas palavras de Luciano Medeiros Cardoso da Silva e Roberto Alves Monteiro: "A outorga do uso da água é, portanto, um instrumento essencial ao gerenciamento dos recursos hídricos, pois ela pode possuir aspectos técnicos, legais e econômicos que, se bem articulados, colaboram para o sucesso da implementação de um sistema racionalizado de uso dos mananciais. Para o planejamento de recursos hídricos, os meios de prover as decisões gerenciais devem estar apoiados em instrumentos legais e normativos que tratam desse tema." SILVA, Luciano Medeiros Cardoso da; MONTEIRO, Roberto Alves. Outorga de direito de uso de recursos hídricos: uma das possíveis abordagens. *In* MACHADO, Carlos José Saldanha (Org.). ***Gestão de águas doces***. Rio de Janeiro: Interciência, 2004, p. 138.

Também sob este ângulo a resposta parece ser negativa. Como o que se busca é garantir o amplo acesso aos recursos hídricos de forma ordenada para evitar a sua exaustão, o que se tem com a outorga de uso neste caso é, tão somente, uma autorização para o uso pessoal e final – como aduz o próprio dispositivo –, e não para a exploração econômica direta do bem integrante do domínio público, de uso comum do povo, denominado "água".

A finalidade da outorga, assim, não é a de conferir ao outorgado o direito à exploração econômica pura e simples da água enquanto recurso hídrico, mas sim a de lhe assegurar o uso de um bem integrante do domínio público, sem perder de vista o controle do sistema hídrico como um todo[43].

A conclusão é reforçada por outras características gerais do regime de outorga de uso de recursos hídricos, como se verá no item seguinte.

3.4 – Características gerais da outorga de uso de Recursos Hídricos

O uso dos recursos hídricos pelos interessados que demandem além da quantidade legalmente considerada insignificante[44] é instrumentalizado por um ato de outorga conferido pela entidade federativa que detém o domínio do recurso hídrico.

Como desse instrumento constarão os termos que regerão administrativamente determinado uso de recursos hídricos em concreto, ganha importância identificar os parâmetros da regulamentação do mecanismo de outorga, para aí também encontrar balizas que fundamentem as conclusões deste estudo.

3.4.1 – Definição legal e natureza jurídica do instrumento de outorga

43 Como leciona Jerson Kelman, a outorga de uso dos recursos hídricos, tendo em vista um cenário de usuários múltiplos e escassez, apresenta-se como instrumento de garantia de acesso aos recursos hídricos para o outorgado: "A outorga garante o direito de uso da água. Cabe ao poder outorgante (Governo Federal, Estados ou Distrito Federal) examinar cada pedido de outorga para verificar se existe água suficiente, considerando-se os aspectos quantitativos e qualitativos, para que o pedido possa ser atendido. Uma vez concedida, a outorga de direito de uso da água protege o usuário contra o uso predador de outros usuários que não possuam outorga. Em situações de escassez, seja para captação seja para diluição de efluentes, os não-outorgados deverão ser reprimidos para garantir a utilização da água e consequentemente os investimentos daqueles que seguiram o procedimento legal." KELMAN, Jerson. ***Outorga e cobrança de recursos hídricos***. In: THAME, Antonio Carlos de Mendes [et. (Org.)]. A Cobrança pelo uso da água. São Paulo, 2000, p. 95.

44 De acordo com o art. 12, §1º, da Lei nº 9.433/97: Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: § 1º Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento: I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes; III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

Em complemento, dispõe a Resolução nº 16/2001 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos que: Art. 5º Independem de outorga: (...) Parágrafo único. Os critérios específicos de vazões ou acumulações de volumes de água consideradas insignificantes serão estabelecidos nos planos de recursos hídricos, devidamente aprovados pelos correspondentes comitês de bacia hidrográfica ou, na inexistência destes, pela autoridade outorgante.

O Código de Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643/34, prevê que a outorga do uso pode ser instrumentalizada por meio de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa[45].

A Lei nº 9.984, editada em 17/07/00, ao fixar a competência da diretoria colegiada da Agência Nacional de Águas – ANA[46] para outorgar o direito de uso de recursos hídricos situados no domínio hídrico federal, deixou antever que dita outorga se daria por meio de autorização[47], não fazendo qualquer referência à possibilidade de uma concessão administrativa instrumentalizar o uso dos recursos hídricos.

No plano infralegal a Instrução Normativa nº 04, de 21/06/2000 – anterior à edição da Lei nº 9.984/00, portanto –, editada pelo Ministério do Meio Ambiente, define a outorga de uso de recursos hídricos como "*ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato;*"[48]

Definição semelhante foi posteriormente editada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH[49] em sua Resolução nº 16, de 08/05/2011, segundo a qual "*a outorga de direito de uso de recursos hídricos é o ato administrativo mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado previamente ou mediante o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, consideradas as legislações específicas vigentes.*" [50]

As definições destacadas parecem permitir, à primeira vista, que a outorga do uso de recursos hídricos consista tanto em uma concessão administrativa, quanto em uma autorização administrativa.

---

45 Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de **concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa**, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes. § 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular. § 2º Toda concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem concluídas, sob pena de caducidade, as obras propostas pelo peticionário. § 3º Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas.

46 Art. 12, V.

47 Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: IV – outorgar, **por intermédio de autorização**, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5o, 6º, 7º e 8º;

48 Art. 2º, XVI.

49 Com base em sua competência para estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso, prevista no art. 35, X, da Lei nº 9.433/97.

50 Art. 1º.

Há, contudo, acesa divergência doutrinária a esse respeito[51], apesar do impasse não demonstrar maiores repercussões práticas, haja vista que a concessão nunca foi de fato utilizada, mesmo em casos de utilidade pública[52].

Assim, é possível afirmar que as outorgas de uso de recursos hídricos são comumente instrumentalizadas por meio de autorização administrativa, daí advindo outra discussão doutrinária ligada aos efeitos práticos decorrentes dessa natureza jurídica de autorização, principalmente sob o pálio da precariedade que caracteriza as autorizações administrativas numa concepção clássica[53], mas é temperada por alguma estabilidade no caso da outorga de uso recursos hídricos, como a fixação de prazos, a previsão de hipóteses determinadas para a sua suspensão[54] etc.

Independentemente do instrumento jurídico que corporifique a outorga, importa aqui observar que a essência da outorga é a de viabilizar o simples direito de uso pessoal e final dos recursos hídricos, fixando as condições que deverão ser observadas para o exercício deste direito. A outorga, portanto, é uma forma de controlar o uso dos recursos hídricos, e não um título de transferência de sua propriedade[55].

3.4.2 – O simples uso pessoal e final dos recursos hídricos veiculado pela outorga

---

51 Pela permanência da possibilidade de utilização da concessão administrativa para outorga de uso de recursos hídricos, confira-se: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. ***Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces***. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 192 e seguintes.

De outro lado, entendendo pela impossibilidade da utilização da concessão administrativa por considerar, dentre outros argumentos, que o Código de Águas foi tacitamente revogado pela Política Nacional de Recursos Hídricos ao regular toda a matéria dos recursos hídricos nacionais, confira-se: Farias, Paulo José Leite. ***Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 434 e seguintes.

52 É o registro de Maria Luiza Machado Granziera: "Em verdade, o instituto da concessão, de caráter contratual, nunca foi de fato utilizado, mesmo no que se refere aos usos de utilidade pública." GRANZIERA, Maria Luiza Machado. ***Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces***. São Paulo: Atlas, 2001, p. 194.

53 Não é o foco deste estudo debater de forma profunda a controvérsia acerca da natureza jurídica do instrumento de outorga – se de ato, ou de contrato –, até por se considerar que a concepção clássica dos institutos da autorização, permissão e concessão administrativa nem sempre tem conseguido responder satisfatoriamente aos desafios da modernidade. Isso tem levado a novas formatações do instituto, como a que se deu no setor de telecomunicações. (Sobre o tema, confira-se: SUNDFELD, Carlos Ari. Autorização de serviços de telecomunicações: os requisitos para sua obtenção. ***A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional***. Belo Horizonte: Fórum, n.º 15, pp. 193-211, 2004).

De toda sorte, sobre a controvérsia doutrinária confira-se, dentre outros: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. ***Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces***. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 192/202; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Uso privativo de bem público por particular.*** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 131/135; e LEITE, Paulo José. ***Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 429/437.

54 Conforme artigos 15 e 16 da Lei nº 9.433/97.

55 De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro "A liberdade individual de usufruir da coisa pública, antes restringida por uma proibição legal, é restabelecida com a autorização de uso outorgada pela administração." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Uso privativo de bem público por particular.*** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85.

De acordo com o art. 18 da Lei nº 9.433/97, *"A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso."*

Ao destacar a inalienabilidade das águas, o dispositivo denota, já de princípio, o que se havia colocado no início do estudo: o domínio hídrico, composto por bens de uso comum do povo, é gerido pelo Poder Público, não constituindo sua propriedade no sentido de que dele se possa dispor livre e arbitrariamente.

Além disso, a outorga efetiva o simples direito de uso dos recursos hídricos, e não de sua alienação ao outorgado, pelo que os recursos hídricos devem ser final e pessoalmente utilizados pelo outorgado.

A conclusão é reforçada pela expressa necessidade de aprovação do outorgante para que a outorga de uso de recursos hídricos possa ser transferida a terceiro[56].

Isso tudo afasta, por certo, não só a possibilidade de comercialização da água bruta captada mediante outorga de uso para terceiros, como também o seu repasse gratuito a terceiros, que descaracterizaria o uso pessoal dos recursos e pode prejudicar o controle exercido pela ANA.

Além do mais, a outorga serve também a identificar o responsável pelo uso de determinados recursos hídricos perante a agência reguladora, como apontam o art. 31, da Instrução Normativa nº 04/2000 do MMA[57], e o art. 19 da Resolução nº 833/2011 da ANA[58].

Diante disso, não só o uso pessoal e final dos recursos hídricos impede a comercialização, ou mesmo a distribuição gratuita de água bruta pelo outorgado para terceiros, como a violação deste impedimento imputaria ao outorgado o risco de ser responsabilizado em relação à água bruta inicialmente captada por ele, sob a nota da inobservância aos termos da outorga[59].

---

56 Conforme o art. 2º da Resolução nº 16/2001 do CNRH: Art. 2º A transferência do ato de outorga a terceiros deverá conservar as mesmas características e condições da outorga original e poderá ser feita total ou parcialmente quando aprovada pela autoridade outorgante e será objeto de novo ato administrativo indicando o(s) titular(es).

57 Art. 31. São de responsabilidade exclusiva do outorgado/usuário quaisquer danos causados ao meio ambiente e a terceiros em decorrência de condições inadequadas de manutenção, operação e/ou funcionamento das obras.

58 Art. 19. O(a) Interessado(a) deve cumprir todas as condições estabelecidas no ato de outorga e responderá civil, penal e administrativamente por danos causados à vida, à saúde, ao meio ambiente, a terceiros e pelo uso inadequado que vier a fazer da outorga ou em decorrência de condições inadequadas de manutenção, operação e funcionamento das obras e interferências.

59 A respeito, dispõe o art. 8º, §2º, da Resolução nº 833/2011 da ANA: Art. 8º. (...). §2º A desativação, interrupção das atividades do empreendimento ou de desistência da outorga preventiva ou da outorga de direito de uso de recursos hídricos não exime o empreendedor de responder junto à ANA por quaisquer passivos e infrações à legislação de recursos hídricos, bem como débitos quanto à cobrança pelo uso de recursos hídricos que tenham ocorrido durante a vigência de sua outorga.

Não fosse bastante todo o exposto até aqui, não se pode descuidar de que a outorga prevista no sistema jurídico brasileiro é uma outorga de direito de uso, e não uma outorga comercializável[60].

3.5. – A outorga para fins industriais e o consumo final dos recursos hídricos enquanto insumo de processo produtivo

Dentre as finalidades passíveis de outorga de uso de recursos hídricos está a de seu uso para fins industriais, como já adiantado anteriormente.

Dispõe a Lei nº 9.433/97 que "*a derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água* ***para consumo final****, inclusive abastecimento público ou* ***insumo de processo produtivo***" está sujeita à outorga de uso pelo Poder Público[61], não implicando, a outorga, "*alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o* ***simples direito de seu uso***."[62]

Daí já se vê que os recursos hídricos outorgados para fins de indústria são objeto de consumo final enquanto insumos do processo produtivo de industrialização.

Observe-se: dito consumo final não significa que a água tenha que ser exaurida durante o processo, haja vista que seu uso pode ser consuntivo ou não[63]. O "consumo final" revela, em verdade, a restrição do uso à finalidade

---

60 Luciano Medeiros Cardoso da Silva e Roberto Alves Monteiro, ao discorrerem sobre o aspecto histórico do processo de outorga no âmbito doutrinário, conceituam a outorga comercializável como sendo um instrumento de gestão de recursos hídricos diferente ao mecanismo de outorga de uso de recursos hídricos (outorga sob controle). Nas palavras dos autores: "A Outorga comercializável é um outro instrumento de gestão de recursos hídricos onde a água torna-se um bem valorável, podendo ser leiloada, alugada, vendida, ou trocada de acordo com as leis de mercado de procura e oferta. Wurbs e Walls (1989) e Pires (1996) relatam que esse instrumento é eficiente para tratar a escassez quantitativa, principalmente, uma vez que há uma valoração econômica sobre um bem finito. **Apesar de sua eficácia econômica, induzindo a redução de desperdícios e promovendo o uso racional mananciais, esse sistema não trata o recurso de forma integrada, com obediência de prioridades de uso**. Isto é, **há uma tendência ao surgimento de um monopólio natural por parte daqueles economicamente mais fortes**. Neste instante, cabe a estes o estabelecimento de suas prioridades de consumo as quais, não necessariamente, coincidem com as da bacia hidrográfica." (Os grifos não são do original). SILVA, Luciano Medeiros Cardoso da; MONTEIRO, Roberto Alves. Outorga de direito de uso de recursos hídricos: uma das possíveis abordagens. *In* MACHADO, Carlos José Saldanha (Org.). ***Gestão de águas doces***. Rio de Janeiro: Interciência, 2004, p. 137.

61 Art. 12, I.

62 Art. 18.

Em sentido semelhante, a Instrução Normativa nº 04/2000 do MMA, por sua vez, ao fixar em seu artigo 6º que o uso industrial é uma das finalidades de uso passíveis de outorga, define o uso industrial como aquele em que "*o recurso hídrico constitui-se em matéria prima de produção ou insumo para o processo produtivo*;"

63 De acordo com Arnaldo Augusto Setti e outros, os usos dos recursos hídricos podem ser: "Consuntivo: refere-se aos usos que retiram a água de sua fonte natural diminuindo suas disponibilidades quantitativas, espacial e temporalmente; - Não-consuntivo: refere-se aos usos que retomam à fonte de suprimento, praticamente a totalidade da água utilizada, podendo haver alguma modificação no seu padrão temporal de disponibilidade quantitativa; - Local: refere-se aos usos que aproveitam a disponibilidade de água em sua fonte sem qualquer modificação relevante, temporal ou espacial, de disponibilidade quantitativa."

de indústria prevista na outorga, impedindo que se confira qualquer finalidade de uso diversa como, por exemplo, repassar a água bruta captada por ele a terceiros, seja a título gratuito ou oneroso.

Pois bem. Fixada na outorga que a finalidade do uso dos recursos hídricos é a de insumo para a indústria, e ainda que depois de repassados a terceiros, tais recursos hídricos viessem a ser utilizados também em processos produtivos industriais, uma visão mais incisiva poderia compreender que se estaria conferindo finalidade diferente ao uso constante da outorga: primeiro, porque a finalidade não é de repasse gratuito ou oneroso, mas de uso simples, pessoal e final dos recursos hídricos; e, segundo, porque cada processo produtivo de industrialização pode demandar determinado tipo de uso dos recursos hídricos em fases distintas, o que pode propiciar impactos ao sistema hídrico também distintos que não puderam ser avaliados pelo regulador, e, eventualmente, ensejariam outros condicionantes à outorga dos recursos hídricos[64].

No mais, poderia até mesmo restar caracterizada a infração prevista no art. 49, I, da Lei nº 9.433/97, que anota ser infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos "*derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso*."

Portanto, ainda que recursos hídricos captados mediante outorga fossem repassados, na forma de água bruta, restritamente para a aplicação no mesmo campo outorgado (processos produtivos de indústria), igualmente não parece que isso seja adequado diante do ordenamento jurídico posto.

Conclusão

Uma vez situado o regime jurídico dos recursos hídricos no atual ordenamento brasileiro, e tendo em vista as características fundamentais que modelam o emprego do principal instrumento de gestão desses recursos, que é a outorga de seu uso pela Agência Nacional de Águas – ANA, não me parece possível que a água bruta captada mediante outorga seja passível, antes do próprio uso para o qual foi outorgada sua captação, de repasse remunerado ou não remunerado a terceiros.

SETTI, Arnaldo Augusto; LIMA, Jorge Enoch Furquim Werneck; CHAVES, Adriana Goretti de Miranda; PEREIRA, Isabella de Castro. ***Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos***. 2 ed. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica, Superintendência de Estudos e Informações Hidrológicas, 2000, p. 72. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/downloads/livros/Introducao_Gerenciamento.pdf. Acesso em: 30/01/2012.

64 Até por isso o art. 8º, VI, da Resolução nº 707/2004, editada pela ANA, dispõe: Art. 8º Para emissão de outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos, objetivando a utilização racional e a garantia do uso múltiplo dos recursos hídricos, a SOC realizará a avaliação: VI – no processamento industrial, a avaliação deverá considerar os métodos industriais e tecnologias envolvidas, as matérias-primas, os produtos derivados e a capacidade de produção;

A saber, a lógica da utilização de recursos hídricos é sempre uma lógica na qual a água bruta é inserida em meio a um processo, assumindo a feição de insumo, e não uma lógica na qual ela seja compreendida como produto ou serviço pronto e acabado; como o resultado final daquele mesmo processo.

Veja-se: a água bruta não perde a sua característica de insumo a permitir a concepção de um produto/serviço, este sim, finalístico, nem mesmo quando inserida na prestação do serviço público de saneamento básico (como nos casos do esgotamento sanitário, no qual é usada para ser poluída, diluindo-se o esgoto, promovendo-se seu transporte ou sua destinação final, e no caso de abastecimento de água potável, no qual a água bruta é submetida a tratamentos que lhe confiram potabilidade).

Não se pode perder de vista que com a outorga se busca, a um só tempo, garantir o amplo acesso aos recursos hídricos de forma ordenada para evitar a sua exaustão; permitir o controle do sistema hídrico como um todo; e conferir uma garantia aos investimentos de seu titular diante de terceiros não outorgados.

Assim, a outorga de uso veicula apenas uma autorização para o uso pessoal e final do outorgado, na forma das condicionantes ali fixadas, mas não a exploração econômica direta de tais recursos integrantes do domínio público.

A outorga prevista no sistema jurídico brasileiro é uma outorga de direito de uso, e não uma outorga comercializável. Com ela, franqueia-se somente o uso dos recursos hídricos, o que não se confunde com a transferência da propriedade de tais recursos ao outorgado, impedindo a livre disposição da água bruta captada a terceiros.

Portanto, ainda que recursos hídricos captados mediante outorga fossem repassados, na forma de água bruta, restritamente para a aplicação no mesmo campo outorgado (no caso enfocado ao cabo deste estudo, para processos produtivos de indústria), igualmente não parece que isso seria adequado diante do ordenamento jurídico posto, pois além da finalidade da outorga não ser de repasse gratuito ou oneroso, mas de uso simples, pessoal e final – consuntivo ou não – dos recursos hídricos, cada processo produtivo demanda também determinado uso dos recursos hídricos em fases distintas, o que pode propiciar impactos ao sistema hídrico igualmente distintos que não puderam ser avaliados pelo regulador, e acerca dos quais a análise regulatória, eventualmente, poderia ter ensejado a fixação de outros condicionantes à outorga de uso dos recursos hídricos.

Tudo isso me permite concluir, como já antecipado anteriormente, que a disciplina jurídica atual do tema impossibilita o repasse, gratuito ou remunerado, da água bruta captada mediante outorga de uso de recursos hídricos a terceiros.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, maio/junho/julho, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-38-MAIO-2014-LEONARDO-RIBEIRO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.