— A implantação de hidrovia em rio que tem nascente e foz em território do estado é obra pública estadual, independendo de autorização da União, sujeitando-se, porém, às normas federais sobre navegação fluvial e regime de portos.

— Havendo conveniência de interligação com rio de outra bacia de domínio federal, o instrumento jurídico adequado é a concessão.

— A fixação de tarifa é ato privativo do titular do domínio e sua unificação far-se-á mediante acordo.

PARECER

CONSULTA

O Departamento Hidroviário do Estado de São Paulo, por intermédio de seu diretor, Engenheiro Leão Rapoport, expõe que o Estado de São Paulo, na qualidade de interveniente, firmou contrato de financiamento entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Companhia Energética de São Paulo (Cesp), para a implantação da primeira etapa da hidrovia Tietê-Paraná, do qual consta a obrigação de "apresentar instrumento que consubstancie formalmente a outorga, pelo órgão federal

competente, de delegação de atividades inerentes à exploração da hidrovia Tietê-Paraná ao estado de São Paulo".

Esclarece o consulente que a implantação da hidrovia corresponde à execução de obras que tornem os aludidos rios aptos ao trânsito e tráfego de embarcações, destinadas ao transporte de mercadorias e passageiros. Para tanto, será indispensável a construção de eclusas e portos, a sinalização do leito navegável, o controle das travessias por pontes, dutos etc., assim como a manutenção e a operação dos respectivos serviços, inclusive a fiscalização das embarcações, o patrulhamento da via e a cobrança das tarifas devidas pelos usuários.

Além de responsabilizar-se pelo resgate do empréstimo contratado, como fiador e principal pagador, o estado de São Paulo deverá investir vultosas quantias no empreendimento, motivo pelo qual deseja assegurar-se de garantias que permitam o retorno do investimento feito e o cumprimento de sua política de transporte e de desenvolvimento regional.

Pondera, ainda, o consulente que, no exame da matéria, seja considerado o fato de que o rio Tietê encontra-se inteiramente dentro do território do estado de São Paulo, incluindo-se entre os bens do seu domínio.

Por todas essas razões, desejando informar-se juridicamente sobre os vários aspectos que envolvem a implantação da citada hidrovia Tietê-Paraná, o consulente apresenta-nos os seguintes quesitos:

1. Possui o estado de São Paulo competência para implantar e explorar os serviços de hidrovia no rio Tietê, independentemente de autorização da União?

2. Na hipótese de resposta afirmativa ao quesito anterior, a que restrições fica sujeito o estado, em face da competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial?

3. Havendo conveniência da interligação dos rios Tietê e Paraná, para a exploração conjunta das respectivas hidrovias, há necessidade de se obter autorização da União?

4. Qual o instrumento jurídico mais adequado para que o estado possa obter da União a delegação dos serviços necessários à implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná?

5. Obtendo concessão da União, para a implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná, poderá o estado traspassar a terceiros parcela dos serviços a serem executados?

6. A quem compete a fixação das tarifas a serem cobradas dos usuários da hidrovia nos rios Tietê e Paraná?

A resposta aos quesitos exige prévias considerações sobre o domínio público dos rios navegáveis, sobre a competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial, e sobre a delegação de atribuições para a execução de serviços públicos.

É o que faremos a seguir.

I

O CONCEITO DE DOMÍNIO PÚBLICO

1. Domínio público é uma expressão equívoca. Ora pode significar o poder de império que possui o estado sobre as pessoas e os bens existentes em seu território; ora pode exprimir o conjunto de bens destinados ao uso geral da população; ora pode traduzir o direito de propriedade do estado sobre as coisas que lhe pertencem. Mesmo neste último sentido, ele se expressa de forma diferente, quer sejam os bens de uso comum do povo, de uso especial, ou dominicais. Impõe-se, destarte, distinguir esses vários aspectos, para a perfeita compreensão do domínio público dos rios navegáveis.

2. No primeiro sentido, domínio público confunde-se com *domínio eminente,* ou seja, o poder soberano que o estado possui sobre todos os bens em seu território. É poder político, não é direito de propriedade, e vincula-se à soberania interna do estado. Seus limites estão estabelecidos no ordenamento jurídico-constitucional e com fundamento neles são estabelecidas as limitações

à propriedade privada, as servidões administrativas, as desapropriações e outras medidas restritivas aos direitos individuais.

3. Na segunda hipótese, domínio público confunde-se com os bens que o nosso Código Civil classifica como de "uso comum do povo" (art. 66, I), e que não são, portanto, suscetíveis de apropriação privada. O domínio público, neste sentido, é anterior ao estado e este possui, com relação a eles, apenas o poder de regulamentação, de forma a melhor assegurar o uso geral e o uso particular: *ut universi* e *ut singuli*. Esta é a opinião de Bielsa, para quem há que se distinguir o "domínio público" — caracterizado pelo uso direto da coletividade — do "domínio do estado", que se compõe do "conjunto de coisas que estão em seu patrimônio" (Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1956. v. 3, p. 385 e segs.).

4. Na terceira hipótese, domínio público constitui o conjunto de bens pertencentes ao estado, quer sejam destinados ao uso comum, quer a uma utilidade especial, quer componham o seu patrimônio fiscal. Sobre todos esses bens o estado possui direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, regido por leis especiais. É o que Hely Lopes Meirelles denomina *domínio patrimonial do estado*, "ao qual se subordinam todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados *bens públicos* e, como tais, regidos pelo direito público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada" (*Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. p. 426). Semelhantemente pensa Cretella Junior:

"Existe um direito de domínio sobre os bens públicos, cujo titular é o estado, sendo tal natureza jurídica quase da mesma índole que a do domínio privado, regulado pelo direito comum, com as restrições impostas por sua inclinação ao interesse público" (*Tratado do domínio público*. Forense, 1984. p. 42).

5. De acordo com o nosso Código Civil, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos estados ou aos municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem (art. 65).

"Art. 66. Os bens públicos são:

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

II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos estados ou dos municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades."

6. Todos esses bens, em seu conjunto, constituem o domínio público, embora estejam submetidos a regras diversas, conforme sua destinação. Essa pluralidade de regimes jurídicos dos bens que compõem o domínio público é enfatizada por Auby & Ducos-Ader, ao reconhecerem, no interior do domínio público, uma gradação de regimes "que l'on pourrait dénommer avec Duguit, l'échelle de la domanialité" (*Droit administratif*. Paris, 13. ed. Dalloz, 1973. p. 274). Se isto é verdade para a França, que é um estado unitário, que dizer do Brasil, onde a titularidade do domínio público é repartida entre União, estados e municípios (e suas respectivas autarquias), cada qual com sua respectiva legislação? Donde se pode deduzir a extrema complexidade do regime dos bens públicos brasileiros.

7. Sinal distintivo dos bens do domínio público é a sua *participação na atividade administrativa* (cf. Cirne Lima. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. 1954. p. 76), ou a *utilidade pública* que apresentam (cf. Caetano, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Forense, 1977. p. 413). No caso dos bens de uso comum do povo é o próprio uso geral que caracteriza o serviço prestado pela administração. No caso dos bens de uso especial, eles constituem instrumentos dos serviços públicos, aplicados a uma finalidade específica. Já os bens dominicais são utilizados para a produção de renda que se incorpora à receita pública. Todos eles

acham-se submetidos a regras especiais de direito público, quer quanto à respectiva espécie, quer quanto à legislação especial de seus titulares: União, estados ou municípios.

8. A despeito das várias teorias existentes sobre o fundamento do domínio público, força é reconhecer que ele constitui verdadeiro direito de propriedade, embora modificado por norma de direito público. A administração possui certas prerrogativas da propriedade privada: ela tem o direito de usar dos seus bens e determinar a forma de seu uso por terceiros; ela tem o direito de gozo, podendo incorporar os frutos naturais e civis que os bens produzirem, inclusive as taxas e tarifas decorrentes de seu uso especial; ela pode também aliená-los, depois de providenciada regularmente a sua desafetação do serviço público (cf. Auby & Ducos-Ader. op. cit. p. 278). Ela pode inclusive opor-se a turbações de terceiros, podendo agir diretamente ou valer-se dos meios judiciais comuns e especiais para garantia da propriedade e defesa da posse (cf. Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 431). Por todas essas razões, pode-se dizer que o domínio público é direito de propriedade, mas *direito de propriedade pública*, conservando os traços essenciais da propriedade privada, modificados pelas normas públicas decorrentes de sua participação na atividade administrativa, ou na utilidade pública que apresentam as diversas categorias de bens (cf. Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif*. 1908. III, 65; Mayer, Otto. *Droit administratif Allemand*. 1905. III, § 35).

II

OS BENS DE USO COMUM DO POVO

9. Os rios incluem-se entre os bens de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, I). Uso comum do povo é o que se reconhece à coletividade em geral, a todos os indivíduos, sem qualquer discriminação, ou determinação especial para a sua fruição. Isto não quer dizer, contudo, que esse uso fique isento de regulamentação; ao contrário, o poder público exerce sobre esses bens, como faculdade integrante do seu domínio, o *poder de regulamentação*, que se destina a preservar os bens e assegurar o seu uso adequado por todas as pessoas. Muitos desses bens, como os próprios rios, sujeitam-se a usos diversos, como a pesca, a navegação, a utilização para a lavoura, o despejo de detritos industriais, o abastecimento das cidades etc. Também por isso, torna-se indispensável a regulamentação, para fixar a hierarquização e a forma dos usos possíveis do bem público.

10. O uso comum fica subordinado a um certo número de princípios que devem ser respeitados por todos e assegurados pela legislação, salvo as exceções decorrentes da própria regulamentação e que objetivam o melhor aproveitamento do bem, segundo sua destinação e o interesse público prevalecente. O primeiro princípio é o da *generalidade;* o uso é facultado a todos indistintamente: todos podem circular pelas ruas, todos podem ir às praias. Não obstante, a generalidade pode ser delimitada, como ocorre com a proibição da circulação de caminhões por determinadas vias, ou de ciclistas por auto-estradas.

11. O segundo princípio é o da *igualdade,* que significa a garantia de condições idênticas para quantos sejam admitidos por lei a utilizar o bem público. Esta igualdade não tem caráter absoluto e algumas discriminações são admitidas desde que correspondam a situações de fato diferentes, como a reserva de acessos especiais aos deficientes físicos; os pontos de estacionamento para táxis etc.

12. O terceiro princípio é o da *liberdade*. Cada um é admitido a utilizar os bens públicos sem necessidade de qualquer tipo de autorização. A circulação dos indivíduos nas vias públicas é uma decorrência das chamadas liberdades públicas. Esta liberdade, contudo, está diretamente relacionada com a afetação do bem público.

Se se trata de um canal de navegação, por exemplo, seu acesso pode ser restringido apenas às embarcações autorizadas. De igual modo, a praia destinada a instalações militares pode ser inteiramente interditada ao público.

13. O último princípio é o da *gratuidade*. O uso do bem público, em regra, deve ser gratuito. É um corolário do princípio da liberdade: a exigência de pagamento limitaria o exercício da liberdade de utilização. Este princípio, contudo, está bastante atenuado em nossos dias, de acordo com a concepção moderna de domínio público, que admite a sua utilização econômica, mormente quando a administração efetua obras ou presta serviços especiais destinados a propiciar o melhor aproveitamento do bem público. É o caso do pedágio nas auto-estradas, "da acostagem de navios aos cais, do estacionamento nas águas de um porto, da colocação de embarcações em rampas ou varadouros e da própria entrada de pessoas nas áreas dos portos artificiais", que podem ser sujeitos ao pagamento de uma tarifa (cf. Caetano, Marcelo. op. cit. p. 432).

14. Além da utilização geral pela coletividade, os bens de uso comum do povo também podem ser objeto de uma utilização específica, outorgada pela administração a uma pessoa física ou jurídica, na forma da lei ou regulamento. "O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio poder público. Esse uso pode ser consentido gratuita ou remuneradamente, por tempo certo ou indeterminado, consoante o ato ou contrato administrativo que o autorizar, permitir, ou conceder" (Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 433).

15. Uma das formas admitidas para o uso especial desejado pelo particular é a *concessão de uso*, utilizada, por exemplo, para a exploração de mercados, estações rodoviárias e outros bens públicos, mas que não deve ser confundida com a *concessão de serviço* vinculada à utilização do bem público, como ocorre com as usinas hidrelétricas, as estradas de ferro, as hidrovias etc. Marcelo Caetano, insiste em demonstrar essa diferença, embora empregando terminologia diferente:

"Não se devem confundir as concessões de uso ou aproveitamento de bens, que são meras licenças de uso privativo e só impropriamente se designam por concessões, com as *concessões de exploração* ou *gestão de bens* dominicais feitas a alguém que toma o lugar da pessoa jurídica de direito público titular do domínio.

Enquanto nas concessões de aproveitamento há uma entidade administrativa que gere os bens e deles permite a outrem que extraia certo uso privativo, nas concessões de exploração dá-se a transferência de direitos da pessoa jurídica de direito público, a quem pertence o domínio, para outra pessoa, singular ou coletiva, a fim de que esta exerça esses direitos, gerindo as coisas públicas por sua conta e risco, mas de modo a obter-se a utilidade pública que constitui o fim específico das coisas concedidas.

O titular da concessão de aproveitamento é um mero *utente;* o concessionário da exploração do domínio é um gestor que se encarrega de proporcionar ao público o uso das coisas que lhe estão confiadas, de acordo com a natureza delas.

De modo que em sentido próprio ou técnico, *só aos que detêm a exploração do domínio cabe a designação de concessionários*" (op. cit. p. 441, grifos nossos).

16. Esta observação do ilustre administrativista português é de suma importância no caso em estudo: só quem possui o domínio tem o poder de designar o concessionário.

III

O DOMÍNIO DOS RIOS PÚBLICOS

17. Dispõe a Constituição federal:

"Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

I. (...)

II. os lagos e quaisquer correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; (...)"

"Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados e territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, (...)"

Duas observações impõem-se. Em primeiro lugar, foi abandonado o critério tradicional de navegabilidade na distribuição das águas internas, só se levando em conta a condição territorial das correntes e lagos. Em segundo lugar, os municípios foram excluídos da partilha constitucional, ficando derrogado, em conseqüência, o art. 29 do Código de Águas, que os contemplava. Assim, no atual sistema constitucional, os rios e lagos ou pertencem à União, ou pertencem aos estados, conforme o território que cubram (cf. Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 468).

18. De igual modo, ficou também derrogado o § 1º do citado art. 29 do Código de Águas, que limitava o domínio dos estados sobre os rios, pela servidão conferida à União para o aproveitamento industrial das águas e da energia elétrica, e para a navegação. Tendo a Constituição atribuído o domínio dos rios aos estados, sem restrições (salvo as constantes do próprio texto constitucional, que examinaremos adiante), não mais pode prevalecer o aludido preceito do Código de Águas (cf. Pádua Nunes. *Código de águas.* São Paulo, RT, 1962. p. 63).

19. Recentemente discutiu-se se os rios que nascem e percorrem o território de um único estado, mas deságuam no oceano, seriam estaduais ou federais. Os órgãos de assessoria jurídica da Secretaria Especial do Meio-Ambiente (Sema) e do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) teriam entendido que, nessa hipótese, como o rio deságua no oceano, ele é federal, pois sua foz está no mar territorial. Suscitado o conflito, manifestou-se a Consultoria-Geral da República no sentido de que eles se incluem entre os bens de domínio do estado. O entendimento do ilustre Consultor Paulo Cesar Cataldo é irrespondível: *a foz faz parte do rio e não do mar.* "Se foz é conceituada como o 'ponto' onde termina o acidente geográfico, a partir do qual se inicia outro, não há como concluir-se que ela se localiza no outro acidente, ou seja, no 'mar territorial'. (...) A foz é território do estado-membro e portanto se o rio tem nascente e foz no estado ele deverá ser classificado como estadual, mesmo que deságue no oceano" (Parecer. In: *Revista de Direito Administrativo,* v. 150, p. 176).

20. A matéria tem importância para o caso em estudo, uma vez que, desaguando o Tietê no rio Paraná, poder-se-ia entender que ele seria também um rio federal. Não o é. *Tendo nascente e foz no estado de São Paulo, o rio Tietê é um bem do seu domínio público.*

21. Importante também é conceituar precisamente o que seja rio. "A água corrente, as margens e o leito são os três elementos que formam o rio, como partes integrantes de um todo" (Carvalho, Daniel de. Parecer. In: *Revista Forense,* v. 103, p. 41). Com relação às margens, costuma-se distinguir a margem interna, que é a "barranca", ou "praia", conforme seja alta ou baixa, e a margem externa, que constitui o "terreno marginal", ou "terreno reservado", que é a faixa de 15m, contados do ponto médio das enchentes ordinárias, ao longo das correntes navegáveis e fora do alcance das marés (art. 14 do Código de Águas). Esses terrenos são de domínio público, conforme já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 479) e acompanham a mesma titularidade do rio. Assim, se o rio é estadual, os terrenos marginais também pertencem ao estado.

22. Já vimos que o domínio público compreende, além de faculdades inerentes à propriedade privada (nº 8), outras decorrentes de sua natureza de propriedade pública, como o poder de regulamentação, principalmente com referência aos bens de uso comum do povo. Ora, *como conciliar essas*

prerrogativas decorrentes do domínio dos estados sobre os rios que lhes pertencem, com os poderes da União para legislar sobre águas, energia elétrica, navegação fluvial e regime dos portos? É o que veremos a seguir.

IV

A COMPETÊNCIA DA UNIÃO COM RELAÇÃO AOS RIOS PÚBLICOS

23. A competência da União é de duas ordens distintas: em determinadas matérias, ela é a dona do serviço, cabendo-lhe explorá-lo diretamente ou mediante autorização ou concessão; em outras matérias, ela tem apenas o poder de legislar.

24. Dispõe a Constituição Federal:

"Art. 8º Compete à União:

(...)

XV. *explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:*

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem e natureza;

(...)

d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de estado ou território;

(...)

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos naturais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País."

25. As quedas d'água, como potenciais de energia hidráulica, são consideradas propriedades da União, ainda que localizadas em rio estadual (Código de Águas, art. 147). O seu aproveitamento depende de autorização ou concessão dos órgãos federais competentes, salvo para aquelas de potência reduzida (Constituição Federal, art. 168, § 4º).

26. Também cabe à União explorar as *vias de transporte* entre portos marítimos e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de estado ou território (Constituição Federal, art. 8º, XV, letra *d*). As constituições anteriores falavam em *vias férreas* (Constituição de 1934, art. 5º, VIII; Constituição de 1946, art. 5º, XII). A ampliação teve por objetivo incluir as estradas de rodagem e as *vias navegáveis*, mas só ficam sujeitas à competência federal as vias que ligam diretamente os portos e alcancem as fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um estado-membro. "A razão disso — explica Gonçalves Ferreira — é a conveniência nacional de estimular o tráfego e o comércio internacionais, afora as evidentes razões de segurança" (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1972. v. 1, p. 88).

27. É bem de ver que o rio Tietê não se encontra entre as vias de transporte de competência da União, pois não atinge qualquer porto marítimo, nem ultrapassa o território do estado.

28. Compete também à União legislar sobre as águas (art. 8º, XVIII, letra *i*), e sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre (art. 8º, XVIII, letra *m*). *Legislar* não significa organizar, explorar, administrar. Legislar é editar leis, no sentido formal e material. Legislar é expedir normas, regras jurídicas de conduta, aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Executivo. Na clássica definição de Clóvis Bevilaqua, lei é "uma ordem geral que, emanando de autoridade competente reconhecida é imposta coativamente à obediência de todos" (*Teoria geral do direito civil*. 3. ed. p. 13).

29. No seu livro *Comentários à Constituição de 1946*, Pontes de Miranda observou que o preceito constitucional não outorga à União qualquer competência para organizar, mas somente para legislar; "porém, no tex-

to da lei, pode o Congresso Nacional incluir a organização de serviços e dar as normas para o provimento dos cargos" (v. 1, p. 278). Evidente que Pontes de Miranda só poderia estar-se referindo aos serviços de competência da União, pois, caso contrário, estaria destruída a autonomia dos estados e municípios. Foi o que percebeu Themístocles Brandão Cavalcanti ao dizer que, na competência para legislar, incluem-se "apenas as normas gerais que disciplinam as relações jurídicas, salvo naturalmente, se os serviços e a sua execução estejam na competência da União, quando então será irrestrita" (*Constituição Federal comentada*. 2. ed. v. 1, p. 93).

30. Já vimos que o uso comum dos bens públicos fica sujeito a certo número de regras. Com relação às águas, dada a sua importância e aos seus múltiplos usos, a União reservou para si o poder de legislar sobre a matéria e já o fez, por intermédio de inúmeras leis, dentre as quais o Código de Águas, que dispõe sobre a sua classificação e utilização, bem como sobre o aproveitamento do potencial hidrelétrico.

31. O Código de Águas considera a navegação como uso prioritário, salvo o uso para as primeiras necessidades da vida (arts. 37 e 48). "A razão — diz M. I. Carvalho de Mendonça — é que todos os usos importam mais ou menos o esgotamento, dispersão, ou inquinação das águas, enquanto a navegação produz todos os resultados sociais úteis mantendo a inteireza, quer quanto à sua quantidade, quer quanto à sua qualidade" (*Rios e águas correntes*. 2. ed. 1939. p. 225). Hoje, as razões invocadas pelo ilustre jurisconsulto, no começo do século, devem ser recebidas com reserva. O desenvolvimento do tráfego rodoviário deixou a navegação dos rios em segundo plano. E só agora começa a ser encarada seriamente como ocorre com a hidrovia Tietê-Paraná. De qualquer forma, o preceito do Código de Águas continua vigente, sendo de recordar-se que *a prioridade da navegação funda-se no seu interesse para o comércio.* Eis o que dispõe o parágrafo único do art. 48:

"Art. 48. A concessão, como a autorização, deve ser feita sem prejuízo da navegação, salvo:

a) no caso de uso para as primeiras necessidades da vida;

b) no caso de lei especial que, atendendo a superior interesse público, o permita.

Parágrafo único. Além dos casos previstos nas letras *a* e *b* deste artigo, se o interesse público superior o exigir, *a navegação poderá ser preterida sempre que ela não sirva efetivamente ao comércio.*"

32. Essa disposição é importante para a perfeita compreensão do fundamento da reserva de poder da União para legislar sobre:

"Art. 8º Compete à União

XVII. legislar sobre:

m) *regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;*"

33. Que se entende por regime dos portos e da navegação fluvial? Regime jurídico é um conjunto de preceitos que regem determinada atividade, serviço, ou instituição. Por isso dizemos "regime aduaneiro", para significar o complexo de normas adotadas por um país para regular suas relações comerciais com outras nações; "regime penitenciário", para indicar o conjunto de preceitos que regulam o cumprimento da pena privativa da liberdade; o "regime de bens no casamento" etc. Assim, regime dos portos e da navegação é o *conjunto de normas estabelecidas pela União para a utilização dos portos e o exercício da navegação,* abrangendo toda uma gama de preceitos sobre medidas de navegação, ancoragem, entrada e saída, higiene, polícia marítima e portuária, ordem de precedência etc., como bem observa Pontes de Miranda (op. cit. p. 308).

34. O fundamento do poder da União de legislar sobre os portos e a navegação interior está na necessidade de assegurar a liberdade de comércio entre os estados. A Constituição do Império não fazia referência à navegação fluvial, mas já se entendia que ao Governo central cabia regulá-la "se o rio banha território de mais de uma província", ou "se a navegação for tal que possa freqüentar a costa" (Visconde do Uruguai.

Apud: Pádua Nunes. op. cit. p. 94). Como se vê, há preocupação com o comércio interior e exterior.

35. A primeira Constituição republicana dispôs que o direito da União e dos estados de legislarem sobre a navegação interior seria regulado por lei federal (art. 13), mas desde logo reservou privativamente ao Congresso Nacional a legislação "sobre a navegação dos rios que banhem mais de um estado, ou se estendam a território estrangeiro" (art. 34, nº 6). M. I. Carvalho de Mendonça deixou bem claro que *esse poder "é um complemento lógico da competência federal para regular o comércio"*. E acrescenta:

"Em constituições congêneres, e entre elas naquela que nos serviu de modelo e norma, nenhuma palavra é consagrada acerca da atribuição do Governo central para regular a navegação dos rios. Ela decorre como consectário forçado da atribuição mais ampla de regular o comércio.

Foi esse o pensamento que dominou o espírito do nosso legislador constitucional: — a regência da navegação é necessariamente um consectário da competência para regular o comércio" (op. cit. p. 105).

36. Realmente, nos EUA, a despeito de possuírem os estados o domínio de todas as correntes navegáveis dentro do seu território, a Corte Suprema reconheceu que o poder do Congresso de regular o comércio incluía também a navegação e o controle das águas (cf. Corwin, Edward S. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro, Zahar, s.d. p. 52).

37. Na Argentina, o consagrado Bielsa deixa bem claro que "a facultad que la Constitución atribuye al Gobierno federal, de reglamentar los ríos interiores, tiene su fundamento racional en la potestad general de reglar el comercio interior y exterior" (*Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1956. v. 3, p. 468-9). Também naquele país os rios interprovinciais pertencem às respectivas províncias. Nem por isso fica afastado o poder nacional para regular tudo o que se refira à circulação comercial e ao progresso geral (cf. Fiorini, Bartolomé. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1962. v. 2. p. 968-9).

38. Os autores argentinos são os que melhor distinguem "domínio público" de "jurisdição". "El dominio público se refiere a la *condición y situación* legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la *potestad para reglar lo atinente al uso* de dicha cosa o bien,..." (Marienhoff, Miguel. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires, 1960. p. 38. No mesmo sentido: Bielsa. op. cit. p. 468 e segs.; Fiorini, op. cit. p. 968 e segs.). Vale reproduzir um comentário de J. V. Gonzáles citado por Bielsa:

"La Corte ha declarado cuál es el alcance del derecho de la nación sobre las riberas de los ríos navegables, y ha confirmado una noción elemental, no incorporada todavía a la conciencia general, que consiste en la distinción esencial entre la jurisdicción y el dominio. Y tanto es asi que en el orden ferroviario las confusiones producidas, los abusos de poder, los perjuicios que reciben las empresas, son debidas a que el Estado ha confundido siempre el derecho de la jurisdicción que el reconoce la constitución para velar por el ejercicio del comercio interprovincial, con el derecho del dueño, en virtud del cual el estado puede conceder a las empresas el uso de las tierras para sus vías, o su inhibición para los demás empleos a que la industria pudiera destinarlos. Esto es tan diferente como la cosa y la idea. La jurisdicción es un hecho que se ejercita en forma virtual, sin tocar el objeto; y la propiedad es el ejercicio directo del dominio sobre la cosa misma" (*Dominio y jurisdicción*. p. 367-8. Apud: Bielsa. op. cit. p. 473).

39. Entre nós, M. I. Carvalho de Mendonça já esboçara essa diferença ao dizer que o direito da União de legislar sobre a navegação se apoiava em seu *poder soberano*, enquanto o direito dos estados sobre os rios navegáveis repousava sobre o seu *domínio*, para concluir que *essa competência federal* constitui unicamente uma restrição ao domínio dos estados (op. cit. p. 119).

40. Por conseguinte, a competência outorgada à União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação fluvial há de restringir-se unicamente aos *preceitos necessários para assegurar a liberdade do transporte de coisas e passageiros,* "como se o território nacional constituísse uma unidade do ponto de vista alfandegário, econômico e comercial".

V

A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS COM RELAÇÃO AOS RIOS DE SEU DOMÍNIO

41. Os rios que têm nascente e foz no território do Estado pertencem ao seu domínio (Constituição Federal, art. 5º). Se assim dispõe a nossa Lei Maior, é evidente que a legislação federal sobre o regime das águas, dos portos e da navegação não pode aniquilar as faculdades do domínio público conferido ao estado. Os rios são considerados *caminhos públicos* e assim como os estados possuem suas estradas de rodagem e vias férreas, exercendo sobre elas todos os direitos de propriedade pública, construindo-as, explorando-as direta ou indiretamente, cobrando tarifas pela sua utilização, exercendo o poder de polícia etc., de igual modo podem ter suas hidrovias, nos rios que lhes pertencem. A União legisla sobre trânsito e tráfego nas vias terrestres (art. 8º, XVII, letra *n*) e essa legislação não inibe a ação do estado com relação às ferrovias e rodovias; situação semelhante ocorre com a competência dos estados para explorar os rios de seu domínio, transformando-os em hidrovias destinadas ao transporte de coisas e passageiros.

42. Quando o rio banha mais de um estado, constitui limite com outro país, ou se estende a território estrangeiro, ele é de propriedade da União. Neste caso, à União compete sua exploração, exercendo sobre ele todos os poderes inerentes ao domínio e mais os decorrentes de sua própria legislação sobre as águas, os portos e a navegação. Quando, porém, o rio é estadual, os poderes do estado, decorrentes do seu domínio, ficam limitados pela legislação federal sobre o regime dos portos e da navegação. Reitere-se, contudo, que esta legislação não pode ir além do necessário para resguardar a liberdade do comércio, conforme o reconhecem os mais autorizados autores nacionais e estrangeiros. O próprio Código de Águas, que confere à navegação prioridade para o uso das águas públicas (art. 37), só afasta essa preferência "quando a navegação não sirva efetivamente ao comércio" (art. 48, parágrafo único).

43. Em face dos princípios expostos, a competência para a realização das obras destinadas a transformar o rio Tietê em hidrovia, bem como para a sua exploração, é do estado de São Paulo, uma vez que o citado rio tem nascente e foz no seu território. Dessa forma, não tem o estado que obter qualquer autorização ou concessão do Governo federal para a implantação de uma hidrovia no rio Tietê. Precisará fazê-lo com relação ao rio Paraná, pois este sim pertence ao domínio público da União. É claro que a União poderá condicionar a concessão da hidrovia do Paraná à sua interligação com o rio Tietê, mas convém separar perfeitamente as duas situações porque, se, no futuro, a União resolver retomar o serviço, só poderá fazê-lo com relação à hidrovia do Paraná, mas nunca quanto ao rio Tietê.

44. Só quem possui o domínio do bem tem o poder de explorá-lo e, por conseguinte, de efetuar a sua concessão a terceiros (cf. Caetano, Marcelo. op. cit. p. 441). Não se pode falar, portanto, em a União conceder ao estado de São Paulo a exploração da hidrovia Tietê-Paraná, porque ela não tem o domínio do rio Tietê, e ninguém pode transferir o que não possui. A solução, portanto, para o caso em estudo, é a delegação ao estado de São Paulo das atividades de implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná, condicionando essa transferência à interligação com a hidrovia do rio Tietê. Não há qualquer problema a respeito, pois são muito comuns as interligações das estra-

das de ferro, mesmo operadas por entidades diferentes.

45. Alerte-se, ainda, para a impossibilidade de se invocar o art. 8º, XV, letra *d*, da Constituição Federal, que outorga à União competência para explorar as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de estado ou território. Limitando-se a hidrovia ao rio Tietê, a competência é do estado, como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

"É bem de ver que, simetricamente, por igual razão de natureza do serviço, os de transporte que não transponham mais de um estado ou território ou mais de um município, são, respectivamente, serviços públicos estaduais ou municipais" (*Prestação de serviços públicos e administração indireta.* 2. ed. RT, São Paulo, 1979. p. 25).

VI

A DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DA UNIÃO AO ESTADO

46. O BNDES condicionou a eficácia do contrato de financiamento à Cesp à apresentação de "instrumento que consubstancie a outorga, pelo órgão federal competente, de delegação de atividades inerentes à exploração da hidrovia Tietê-Paraná ao estado de São Paulo". Essa delegação, como vimos, só pode referir-se ao rio Paraná, uma vez que a União não possui o domínio do rio Tietê, que pertence ao estado. Por conseguinte, sendo possível separar-se a construção da hidrovia, o estado pode obter a renegociação do financiamento, circunscrevendo-o às obras do rio Tietê. Não sendo possível essa alternativa, duas outras podem ser examinadas.

47. A primeira é obter da União a *concessão* para a implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná, que pode ficar condicionada à sua interligação com a hidrovia do rio Tietê. A segunda é a realização de um *convênio* entre a União e o estado, para a conjugação de esforços tendentes a implantar a hidrovia Tietê-Paraná, respeitadas as competências de cada entidade sobre o rio de seu domínio, como ocorreria com a conexão de vias férreas pertencentes a entidades diversas.

48. É evidente que, na hipótese de convênio, a União deverá fazer a sua parte, realizando as obras necessárias à implantação da hidrovia do rio Paraná. E o estado fará o mesmo com relação ao rio Tietê. O convênio é o acordo firmado por entidades públicas para a realização de objetivos de interesse comum. Por isso, ambas as partes devem concorrer com recursos equivalentes, ainda que de espécies diferentes. Daí por que, "diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 11. ed. São Paulo, RT, 1985. p. 338).

49. Quando a União quiser descentralizar suas atividades, para a execução de programas federais, deverá fazê-lo mediante convênio (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 10, § 1º, letra *b*, e § 5º), mas *deverá fornecer os recursos necessários para esse fim*, tanto assim que os órgãos federais responsáveis exercerão o controle e a fiscalização indispensáveis sobre a execução local, "condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios" (Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 6º).

50. Ora, na hipótese em estudo, são os próprios órgãos federais que dizem inexistir recursos da União para aplicar na hidrovia Tietê-Paraná. Conseqüentemente, se é o estado de São Paulo que deverá investir sozinho em obras no rio Paraná, que não lhe pertence, é óbvio que o convênio não é o instrumento jurídico adequado. Esse instrumento é a *concessão.*

51. A concessão é a delegação contratual da execução de um serviço público, sob

condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder concedente, mediante remuneração pelos usuários, com o pagamento de tarifa que assegure o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. As características da concessão são bastante conhecidas na doutrina e jurisprudência pátrias, valendo observar que ela se destina precisamente a permitir que o estado execute um serviço de sua competência, por conta e risco de outrem, que se dispõe a recuperar os investimentos feitos no prazo da concessão.

52. Alega-se que a concessão não pode ser outorgada a outra entidade pública porque, como o concessionário objetiva lucro, seria incompatível com os fins do estado. Realmente, em regra, a concessão faz-se a particulares, mas nada impede que seja outorgada também a outra pessoa de direito público interno, quando há interesse comum na prestação do serviço e o lucro fica em segundo plano, prevalecendo o atendimento à comunidade e a simples recuperação do capital investido. Celso Antônio Bandeira de Mello observa com proficiência: "Tradicionalmente, a concessão se faz, via de regra, a pessoas caracterizadas não apenas como de direito privado, mas, além disto, não-governamentais." E, em nota, acrescenta:

"Não se está, entretanto, excluindo o fato de que a concessão de serviços públicos a pessoas de direito público é não só exeqüível mas figura perfeitamente conhecida dos doutrinadores e da prática administrativa. Zanobini, por exemplo, é claro a propósito: 'La concessione può essere fatta a singoli individui, a società comerciali, a persone giuridiche in genere: fra queste ultime, *sono compresi anche gli enti pubblici*, particolarmente le casse di risparmio e i monti di pietà dei servizi di riscossione e di tesoreria, i *comuni* e i *provincie* per quelli di comunicazione e di transporto. In questi ultimi casi, tali enti non esercitano il servizio como soggeti di autarchia, ma allo stesso titolo e nelle identiche condizioni in cui lo eserciterebbe un soggetto di diritto privato'." (*Prestação de serviços públicos e administração indireta.* 2. ed. RT, 1979. p. 27-8).

53. Aliás, a concessão de serviços da União aos estados-membros não é desconhecida entre nós. O estado de São Paulo é concessionário do porto de São Sebastião, podendo inclusive traspassar parte dos serviços a terceiros, mediante concordância expressa do Poder concedente. Contrato semelhante pode ser feito com relação à implantação da hidrovia do rio Paraná. A concessão é um contrato *intuitus personae*, mas admite a subcontratação parcial, desde que permaneça o concessionário original responsável pela execução do objeto e essa faculdade tenha sido prevista no ajuste (cf. Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 216). Assim, o estado de São Paulo, obtendo a concessão da hidrovia do rio Paraná, poderá promover a sua interligação com o rio Tietê, nos termos e condições desejadas pela União. De igual modo, o estado poderá repassar a qualquer de suas empresas parte dos serviços concedidos, se assim julgar conveniente. Na estrutura interna da administração estadual, o Departamento Hidroviário é o órgão competente para exercer, em nome do estado de São Paulo, as atribuições que a este lhe compete originariamente, com relação ao rio Tietê, e às que lhe forem delegadas pela União, quanto ao rio Paraná.

VII

RESPOSTAS AOS QUESITOS

54. Examinados, assim, os vários aspectos da consulta, em face da legislação e da doutrina pertinentes, passamos a responder aos quesitos formulados pelo consulente, na seguinte conformidade:

Ao 1º quesito:

Sim. O rio Tietê inclui-se entre os bens do domínio público do estado de São Paulo, porque tem nascente e foz em seu território. Por conseguinte, possui o estado todos os

poderes inerentes ao seu domínio, podendo realizar as obras necessárias à implantação de uma hidrovia no rio Tietê e à sua exploração, direta ou indireta, independentemente de autorização da União.

Ao 2º quesito:

Na implantação e exploração da hidrovia do rio Tietê, o estado de São Paulo fica sujeito às restrições impostas pela legislação federal sobre o regime dos portos e da navegação fluvial. Esta legislação, porém, não pode ir além do necessário para resguardar a liberdade do transporte de passageiros e mercadorias, pois o fundamento dessa reserva constitucional à União é assegurar o livre comércio em todo o território nacional.

Ao 3º quesito:

Sim. Havendo conveniência da interligação dos rios Tietê e Paraná, para a exploração conjunta da hidrovia, o estado de São Paulo deverá obter da União delegação de atribuições, para a execução dos serviços no rio Paraná, que pertence ao domínio público federal.

Ao 4º quesito:

O instrumento jurídico mais adequado para o estado de São Paulo obter a delegação da União para os serviços de implantação e exploração da hidrovia do rio Paraná é a *concessão,* que permite ao estado recuperar os investimentos feitos, no prazo e condições previstos no contrato.

Ao 5º quesito:

Sim. A concessão é um contrato *intuitus personae,* mas admite a subcontratação parcial, desde que o concessionário permaneça responsável pela execução do objeto e essa faculdade tenha sido prevista no ajuste.

Ao 6º quesito:

A fixação de tarifa é ato privativo do Poder concedente. Assim, caberá à União com relação ao rio Paraná e ao estado de São Paulo no que disser respeito ao rio Tietê. Havendo conveniência de unificação de tarifas, será necessário acordo entre as referidas entidades.

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 10 de junho de 1985. — *Eurico de Andrade Azevedo.*