

# Por uma interpretação constitucionalmente adequada do Código de Águas Minerais: os procedimentos para eliminação de elementos instáveis no contexto do Estado Regulador

*For a constitutionally adequate interpretation of the Mineral Water Code: The procedures for the removal of unstable elements in the context of the Regulatory State*

Submetido(submitted): 18 July 2023  
Parecer(reviewed): 19 October 2023  
Revisado(revised): 30 October 2023  
Aceito(accepted): 1 November 2023

Artur Cardoso Carvalho Santana\*  
<https://orcid.org/0009-0003-8517-2898>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)  
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

## Abstract

**[Purpose]** *To demonstrate the legal viability of regulation and the use by the regulated sector of procedures for the elimination of unstable elements present in mineral waters exploited in Brazil.*

**[Methodology/approach/design]** *Through a legal and technical-sectoral literature review, using a theoretical-normative approach, from the perspective of the Regulatory State, the article seeks to analyze the compatibility with the Federal Constitution of the position of the former DNPM, which concluded that the use of mineral water treatment methods for removal of unstable elements is illegal.*

**[Findings]** *In addition to the fact that there is no legal prohibition of such a practice, the Federal Constitution requires the optimal use of public assets, in this case, mineral water deposits, in addition to establishing as guiding principles of the economic order the free enterprise, free competition and consumer protection.*

**[Practical implications]** *If accepted by the competent regulatory authority, the thesis defended in the present work will allow a more adequate exploration of the mineral water deposits in Brazil, in respect of the constitutional duty of optimizing the use of public goods, at the same time that it will stimulate the development of the respective industry, the expansion of industry competition and the defense of consumer rights.*

**[Originality/value]** *The mineral water category is the one with the highest production volume in the Brazilian non-alcoholic beverage sector, being the one that grew the most in absolute numbers in the last fifteen years. In view of this, considering the lack of legal*

---

\* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Endereço: SQN 215, Bloco J, 303, Asa Norte, Brasília-DF, CEP 70.874-100. E-mail: [artur-santana@live.com](mailto:artur-santana@live.com).

*studies on the topic, it is of fundamental importance to defend procedures for the elimination of unstable elements present in mineral waters.*

**Keywords:** *Constitution. Regulation. Regulatory State. Mining. Mineral Water.*

### Resumo

**[Propósito]** O presente estudo visa demonstrar a viabilidade jurídica da regulamentação e da utilização pelo setor regulado de procedimentos para a eliminação de elementos instáveis presentes nas águas minerais exploradas no Brasil.

**[Metodologia/abordagem/design]** Por meio de revisão bibliográfica jurídica e técnico-setorial, valendo-se de uma abordagem teórico-normativa, sob a ótica do Estado Regulador, o artigo busca analisar a compatibilidade frente à Constituição Federal do posicionamento do antigo DNPM que concluiu ser ilegal o emprego de métodos de tratamento das águas minerais para a retirada de elementos instáveis.

**[Resultados]** Além de inexistir vedação legal a tal prática, a Constituição Federal exige o aproveitamento ótimo dos bens públicos, no caso, as jazidas de água mineral, além de instituir como princípios reitores da ordem econômica a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

**[Implicações práticas]** Caso acolhida pela autoridade reguladora competente, a tese aqui defendida permitirá uma exploração mais adequada das jazidas de águas minerais no Brasil, em respeito ao dever constitucional de otimização do uso dos bens públicos, ao mesmo tempo em que estimulará o desenvolvimento da respectiva indústria, a ampliação da concorrência setorial e a defesa dos direitos do consumidor.

**[Originalidade/relevância do texto]** A categoria de águas minerais é a que possui maior volume de produção no setor de bebidas não alcoólicas brasileiro, sendo aquela que mais cresceu em números absolutos nos últimos quinze anos. Diante disso, considerando-se ainda a inexistência de estudos jurídicos sobre a temática, é de fundamental relevância a defesa de procedimentos para eliminação de elementos instáveis presentes nas águas minerais.

**Palavras-chave:** Constituição. Regulação. Estado Regulador. Mineração. Água mineral.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, as águas minerais estão entre os produtos alimentícios que mais crescem em importância no Brasil. Segundo dados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas (ABIR), no período compreendido entre 2010 e 2021, o volume de produção do setor mais do que dobrou, ao passo em que o consumo per capita anual saiu de 34,3 para 62 litros por habitante (ABIR, 2021). Atualmente, de acordo com a referida entidade associativa, a categoria de águas minerais é a de maior produção dentre as bebidas não alcoólicas, tendo superado desde o ano de 2020 o volume

produzido de refrigerantes no Brasil (ABIR, 2021). A importância do segmento e o seu potencial de crescimento é tamanha que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) elaborou estudo específico com a finalidade de direcionar futuros investimentos do banco no setor (GORINI, 2000). Dentre as justificativas associadas a tal potencial, o estudo em questão destacou a persistência de grandes áreas do país sem acesso à água potável e a modificação dos padrões de consumo da população, com maior busca por produtos “naturais e menos calóricos” (GORINI, 2000, p. 150).

Nesse cenário, as decisões dos entes que regulam a exploração das águas minerais revestem-se de maior impacto social e econômico, atingindo tanto a atividade econômica em si quanto a esfera juridicamente protegida dos consumidores. Assim, torna-se necessário o aprimoramento constante da atividade regulatória, abrangendo desde a revisão da normatização infralegal até a modernização dos meios fiscalizatórios. Tal imperativo é ainda mais relevante quando se leva em conta, que, em alguns casos, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, persiste um arcabouço jurídico-legal fundado em conceitos e ideias até certo ponto datados, cuja elaboração se deu em contextos sociais e tecnológicos não mais existentes. É o que se verifica, por exemplo, na ainda vigente estruturação do Estado brasileiro estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 200/1967, em plena ditadura civil-militar, cujo texto não foi debatido no Congresso Nacional, mas imposto com fundamento nos poderes de exceção conferidos pelo art. 9º, § 2º do Ato Institucional n.º 4/1966 (BERCOVICI, 2010, p. 82)

A questão é ainda mais sensível quando se lança olhar ao regime jurídico das águas minerais. Publicado no ano de 1945, em pleno governo Vargas, o Código de Águas Minerais, instituído pelo Decreto-Lei n.º 7.841/1945, encontra-se em vigor há quase oitenta anos, tendo sobrevivido praticamente inalterado a duas grandes reformas administrativas – aquela operada pelo Decreto-Lei n.º 200/1967 e a reforma gerencial da década de 1990 – bem como às Constituições de 1946, 1967 e 1988.

No entanto, o contexto jurídico-social no qual o referido código está inserido não permaneceu parado no tempo. Nas últimas décadas, o surgimento de novas tecnologias permitiu o emprego de métodos inovadores de extração e industrialização da água mineral. No plano jurídico, a Constituição de 1988 conferiu novo tratamento aos bens públicos, dentre os quais as águas e as jazidas

minerais, estabelecendo como princípio reitor da ordem econômica a função social da propriedade, inclusive a pública. No plano legal, a instituição da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) pela Lei n.º 9.433/1997 levou muitos estudiosos da matéria a defenderem uma integração mais efetiva do regime das águas minerais com a PNRH (JÚNIOR *et al.*, 2015). Por fim, podemos citar a criação da Agência Nacional de Mineração pela Lei n.º 13.575/2017, em substituição ao antigo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Ciente de sua missão institucional, a Agência Nacional de Mineração (ANM) tem emvidado constantes esforços no sentido de modernizar suas normas e práticas. Ilustrativo disso foi a decisão da Agência em permitir o emprego de resina PET pós-consumo reciclada de grau alimentício, em embalagem de água mineral, ou potável de mesa, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2020). No mesmo sentido, de forma ainda mais ampla, destaca-se o projeto de adequação dos regulamentos técnicos de água mineral para recepcionar novas tecnologias e simplificar procedimentos, constante da Agenda Regulatória da ANM para o biênio 2022/2023, que atualmente encontra-se em fase de análise das contribuições recebidas por meio da Consulta Pública n.º 2/2022 (BRASIL, 2021). Não obstante o significativo esforço da Agência, alguns pontos ainda carecem de abordagem adequada, sendo este o caso da adoção de procedimentos para a eliminação de elementos instáveis das águas minerais.

## **O REGIME JURÍDICO DAS ÁGUAS MINEIRAIS E A PRESENÇA DE ELEMENTOS INSTÁVEIS EM SUA COMPOSIÇÃO**

Diferentemente das águas subterrâneas em geral, as águas minerais possuem a natureza jurídica de minério, sendo suas fontes classificadas como bens públicos da União, cuja exploração é submetida às disposições do Código de Águas Minerais, bem como ao disposto no Decreto-Lei n.º 227/1967, que estabelece o Código de Minas.

No plano institucional, nos termos do art. 23 da Lei n.º 13.575/2017 a fiscalização da exploração, em todos os seus aspectos, de águas minerais, engarrafadas ou destinadas a fins balneários, é exercida pela Agência Nacional

de Mineração.<sup>1</sup> É importante destacar que a criação da ANM representou não só a modificação da nomenclatura do antigo DNPM, mas também a modernização de todo o arcabouço jurídico-institucional em matéria de mineração. De modo específico, fortaleceu-se a independência da agência, ao mesmo tempo em que foram criados instrumentos para promoção da participação pública e garantia da transparência decisória (TRINDADE, 2019, p. 65). No intuito de superar a defasagem estrutural do antigo modelo, a ANM nasceu com a missão de reverter “as circunstâncias burocráticas que ajudaram a manter adormecido o potencial econômico da atividade e a criar uma distância inconveniente entre o regulador e o setor produtivo” (MALDONADO; OLIVEIRA, 2020, p. 61).

Por definição legal, nos termos do art. 1º do Código de Águas Minerais, são minerais todas as águas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas com características que lhes confirmam ação medicamentosa. Durante seu processo de infiltração no solo, “a água passa por rochas com substâncias minerais, como o carbonato e o sulfato de cálcio, que se diluem na água, enriquecendo-a” (SERRA, 2009, p. 44), substâncias estas que são responsáveis pelas propriedades medicamentosas da água mineral.<sup>2</sup> Há ainda a possibilidade de enquadramento como água mineral em razão da sua temperatura na fonte ou radioatividade (BERTOLO, 2006).

Em razão do tipo geológico do solo brasileiro, marcado pela forte presença de minerais como o ferro e o manganês, é comum que as águas

---

<sup>1</sup>Conforme bem destaca NUNES (2002, p. 527), “(...) a ANM é o órgão que tem a competência para determinar mecanismos de regulação, outorga e fiscalização, em relação aos planos de exploração e aproveitamento dos recursos minerais, inclusive a retirada de água mineral do solo ou subsolo, em todo o território nacional. (...) O Código de Águas Minerais – CAM (Decreto-Lei nº 7.841/1945) determina a competência da ANM que atualmente é representante das obrigações e dos direitos que antes pertencia ao extinto Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM (...)”.

<sup>2</sup>Apesar da expressa disposição legal nesse sentido, a classificação das águas minerais com base em suas alegadas propriedades medicamentosas não é isenta de críticas. Segundo Reginaldo Bertolo (2006), o mais adequado seria classificar como água mineral natural toda água subterrânea “potável, absolutamente pura e comprovadamente livre de qualquer influência humana na sua composição química”, ao passo em que as águas que, além disso, tenham constituintes químicos em quantidades relevantes para a saúde humana deveriam ser classificadas como água mineral de classe especial. De forma semelhante, a minuta de projeto de lei elaborada pelo DNPM em 2002 para reforma do Código de Águas Minerais pretendia classificar toda água subterrânea como água mineral, conferindo a esta a finalidade principal de servir como alimento, e não como medicamento, embora também resguardasse a existência de uma classe de águas minerais com propriedades terapêuticas (BERTOLO, 2006). No entanto, tendo em vista a delimitação temática do presente trabalho, tal discussão não será aqui enfrentada.

exploradas em território pátrio contenham tais elementos químicos em sua composição, em alguns casos, até mesmo de forma excessiva. No Estado da Bahia, por exemplo, é frequente a presença de teores elevados de ferro nas águas subterrâneas, (CARMO, 2016). Embora menos comuns, também é possível encontrar no Brasil fontes com concentração significativa de substâncias impróprias para o consumo humano, como é o caso do arsênio.

Comercialmente, a presença de altas concentrações de ferro ou de manganês na água mineral se apresenta como um desafio à indústria brasileira. Assim que retiradas de suas fontes, as águas contendo determinada concentração de ferro apresentam-se completamente límpidas e incolores. No entanto, algum tempo após o contato com o ar, o ferro dissolvido em seu corpo se oxida, conferindo ao líquido uma aparência turva e dando surgimento a depósitos de cor ferrugem no fundo do recipiente. Em termos técnicos, “o ferro ocorre geralmente associado ao manganês e confere à água um sabor amargo adstringente e coloração amarelada e turva, decorrente de sua precipitação quando oxidado” (FEITOSA, *et al.*, 2008, p. 335).

Fica evidente, portanto, que a presença de tais compostos pode afetar significativamente a comercialização da água mineral envasada. De forma bastante intuitiva, não é difícil imaginar que o consumidor deixe de adquirir determinada água mineral em razão do seu aspecto turvo e amarelado, além da presença de precipitados que aparentam ser alguma espécie de sujeira ou impureza. Não bastasse isso, ainda que a água envasada venha a ser adquirida, dificilmente o consumidor voltará a comprá-la após consumir um produto de sabor desagradável.

Contudo, os aspectos mercadológicos e consumeristas não são os únicos mercedores de atenção. Com efeito, em determinados casos, a presença de certos elementos instáveis pode ser prejudicial à saúde humana. Tendo isso em vista, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editou a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 274/2005, que aprova o regulamento técnico para águas envasadas e gelo, norma que fixa a identidade e as características mínimas de qualidade a que deve obedecer a água mineral natural. Nos termos do referido ato normativo, as águas envasadas devem observar os seguintes limites para algumas das substâncias químicas aqui tratadas, quais sejam: 0,01 mg/L, para o arsênio, e 0,5 mg/L, para o manganês.

Diante de tal cenário, em 27 de fevereiro de 2015, a Associação Brasileira da Indústria de Águas Minerais (ABINAM) requereu ao antigo Departamento Nacional de Produção Mineral “a regulamentação, através de Portaria, da permissão de eliminação dos elementos instáveis nas águas minerais e potáveis de mesa, a fim de otimizar-se a exploração desse bem mineral” (BRASIL, 2015, p. 2-3). Dentre tais elementos, destacam-se o ferro, o manganês, o enxofre e o arsênio.

Em sua argumentação, a referida entidade setorial sustentou a necessidade de harmonização da normatização brasileira com o regramento previsto no *Codex Alimentarius*.<sup>3</sup> Na ocasião, afirmou-se também que tal regulamentação permitiria a elevação dos investimentos da indústria no setor, a agilização do processo produtivo e, por consequência, uma maior oferta de água mineral e de mesa para os cidadãos. Por fim, ressalta a entidade que o processo de eliminação dos elementos instáveis não afetaria a classificação da água mineral, “mantendo-se os elementos químicos e físico-químicos originários”, bem como suas características microbiológicas de qualidade (BRASIL, *ibidem*).

Em 02 de junho de 2015, a Divisão Técnica de Água Mineral do DNPM exarou o Parecer n.º 038/2015/DIFIS/DTAM/VARM. Em suma, o referido parecer concluiu pela inexistência de estudos e dados técnicos que descrevam “processos eficientes para eliminação de compostos instáveis de água subterrânea que utilize apenas as técnicas contempladas nas minutas apresentadas pelo titular”, razão pela qual não seria possível vislumbrar avanço normativo nas sugestões propostas (BRASIL, 2015, p. 18).

Ainda de acordo com o parecer, não seria possível caracterizar como “água mineral natural” ou “água natural” as águas que foram submetidas a qualquer tipo de tratamento que altere suas características químicas ou físico-químicas, como é o caso dos tratamentos para eliminação de compostos instáveis (BRASIL, 2015, *ibidem*). Também nas palavras da área técnica responsável, “não há registros [...] de situações em que o tratamento para eliminação de substâncias instáveis seja necessário para desenvolvimento de

---

<sup>3</sup>O *Codex Alimentarius* constitui um conjunto de padrões e normas internacionais relacionadas à segurança alimentar, com o objetivo de proteger a saúde dos consumidores e assegurar um ambiente internacional de comércio de alimentos justo. Muito embora tais padrões sejam seguidos voluntariamente por inúmeros países, não há obrigatoriedade na sua adoção. Informações disponíveis em: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/about-codex/en/>. Acesso em: 29/03/2023.

atividades de lavra de água mineral e potável de mesa no Brasil”, sendo de responsabilidade do titular do direito minerário, na fase de pesquisa, avaliar se as características da água são adequadas ao uso pretendido (BRASIL, 2015, *ibidem*).

Além disso, no citado documento técnico, ressaltou-se que a separação dos constituintes instáveis da água mineral na forma descrita no *Codex Alimentarius* requer tratamento da água que modificaria as características químicas e físico-químicas da água natural, razão pela qual seria necessário esclarecer se tal tratamento seria possível sob a égide do Código de Águas Minerais (BRASIL, 2015, *ibidem*). Diante da necessidade de análise jurídica, o processo foi encaminhado à Procuradoria Federal junto ao DNPM. Em 13 de abril de 2016, foi emitido o Parecer n.º 110/2016/HP/PF-DNPM-DF/PGF/AGU, cuja conclusão foi a seguinte:

“(...) o tratamento da água mineral para eliminação de compostos químicos, permitido pelo *Codex Alimentarius*, sobre o qual está baseada a proposta apresentada pela ABINAM, não é admitido pelo regime de aproveitamento estabelecido pelo Código de Águas Minerais nem pode sobre ele prevalecer.” (BRASIL, 2015, p. 37)

Ao fundamentar suas conclusões, a Procuradoria Federal especializada teceu os seguintes argumentos (BRASIL, 2015, p. 35-36):

“6. O *Codex Alimentarius*, como conjunto de regras e recomendações relativas a alimentos não submetido a semelhante processo de internalização, apesar de sua relevância e reconhecida base científica, não é vinculativo nem se sobrepõem ao Código de Águas Minerais.

7. Daí a necessidade de verificar se a proposta elaborada com base no *Codex* é compatível com a disciplina estabelecida no Decreto-lei n.º 7.841, de 8 de agosto de 1945.

8. A leitura deste último diploma normativo aponta para um regime de aproveitamento que busca preservar inalterada a composição da água captada, bem como sua pureza.

9. É o que sugerem os preceitos como o do art. 9º que, ao relacionar o conjunto de operações que compõem a lavra, não menciona nenhuma atividade tendente a efetuar tratamento ou transformação da água objeto da concessão, mas lista apenas etapas de produção que proporcionam a manutenção das propriedades da água obtida na fonte até a disponibilização para consumo.

10. De igual modo, a hipótese prevista no § 2º do art. 29 indica que, ordinariamente, não admite o Código nenhuma alteração nas características das águas captadas, com exceção da situação expressamente especificada, ou seja, a adição de gás carbônico, circunstância em que a classificação como



mineral ou potável de mesa é mantida, registrando-se, porém, no rótulo, a expressão “gaseificada artificialmente”.

11. A orientação contida no Código de Águas também prevalece na Resolução da Diretoria Colegiada (ANVISA) – RDC n.º 173, de 13 de setembro de 2006, que aprovou o Regulamento Técnico de Boas Práticas para Industrialização e Comercialização de Água Mineral Natural e de Água Natural. Confira-se:

4.10.5 A água mineral natural ou a água natural envasada deve apresentar composição equivalente à respectiva água emergente da fonte ou poço, conforme especificada nas análises laboratoriais efetuadas pelo órgão competente do Ministério das Minas e Energia.”

Nas palavras da Procuradoria Federal, tendo em vista que o setor técnico do DNPM teria concluído que a eliminação de compostos instáveis exigiria a realização de tratamento da água, com alteração dos compostos químicos nela presentes, tais procedimentos não seriam autorizados pelo Código de Águas Minerais. Ato contínuo, os pareceres supramencionados foram aprovados pelo Diretor-Geral do DNPM, passando a integrar o posicionamento formal da entidade.

Na prática, em razão da sua competência sancionatória, a interpretação dada pela autoridade reguladora tem como resultado a proibição do emprego de métodos para eliminação de elementos instáveis presentes nas águas minerais. Nesse cenário, abre-se margem para que as empresas que adotem tais práticas sejam punidas com as sanções previstas no art. 31 da codificação pertinente, ou seja, interdição, apreensão do estoque e multa.

## **CONSTITUIÇÃO E ESTADO REGULADOR: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO DE ÁGUAS MINERAIS**

Publicado em 1945, durante o governo de Getúlio Vargas, o Código de Águas Minerais se encontra em vigor há quase oitenta anos. Não obstante a transição entre regimes autoritários e democráticos, a sucessão de textos constitucionais, o surgimento da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e as consideráveis inovações tecnológicas surgidas no último século, o Código manteve a sua redação original quase inalterada. Em razão disso, formou-se terreno fértil para o surgimento de inúmeras críticas ao regime jurídico das águas minerais no Brasil, destacando-se nesse cenário a proposta de alteração do Código elaborada pelo DNPM em 2002 (BERTOLO, 2006).

Apenas a título exemplificativo, há quem defenda que o tratamento da água mineral enquanto minério seja substituído por sua classificação exclusiva como recurso hídrico, por se tratar a água de direito humano e elemento imprescindível à vida (QUEIROZ, 2011). Para outros, de forma semelhante, seria necessária uma integração mais efetiva do regime das águas minerais com a sistemática de gestão de recursos hídricos presente na PNRH (JÚNIOR *et al.*, 2015). A despeito da riqueza do debate, por questões de delimitação temática, o presente trabalho não enfrentará tal problemática.

Assim como ocorre com qualquer texto normativo, a interpretação e aplicação das disposições do Código de Águas Minerais deve se dar com olhos no presente. Por se tratar de atividade econômica, a exploração mineral e as normas que a regulam se inserem no contexto da ordem econômica e da regulação jurídica dos mercados. Nessa toada, é importante lembrar que a conformação destes é marcada pelas noções de artificialidade, por serem fruto de decisões contingentes, e não algo dado naturalmente, bem como pela de historicidade, na medida em que tais decisões surgem como consequência de variáveis sócio-políticas presentes em certo momento histórico (IRTI, 2007). Some-se a isso o fato de que o mercado é uma instituição essencialmente jurídica, uma vez que são normas jurídicas que asseguram a este determinado grau de previsibilidade e segurança, possibilitando o cumprimento de obrigações contratuais e a defesa da propriedade (GRAU, 2012, p. 29-25).

O reconhecimento da artificialidade, historicidade e juridicidade do mercado permite que marcos regulatórios setoriais sejam encarados não como dogmas imutáveis e inquestionáveis, mas sim como apenas um dos elementos que compõem uma dinâmica regulatória em constante evolução. Dentre tais elementos, destacam-se as demais normas jurídicas, principalmente aquelas contidas no texto constitucional, que passam a condicionar a interpretação e aplicação de todo e qualquer ato normativo.

Nesse contexto, a regulação estatal deve ser encarada como o “conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas” utilizado pelo Estado para controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos, de modo que sejam observados os parâmetros definidos na Constituição (ARAGÃO, 2013, p. 40). De forma ainda mais precisa e com viés jurídico, a regulação consiste na reconfiguração do ambiente regulado “voltada à consecução de um modelo ideal

de funcionamento do sistema e dirigida por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais” (ARANHA, 2023, p. 268).

No atual cenário brasileiro, a correta compreensão da atividade regulatória está intimamente relacionada à ideia de Estado Regulador. A nota distintiva de tal modelo de Estado não é simplesmente a existência de competências regulatórias, mas sim a presença de uma regulação na qual o “há um acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor” (ARANHA, 2023, p. 239). Ao mesmo tempo em que exerce sua função de garante dos direitos fundamentais, o Estado Regulador manifesta-se como um agente de intervenção “permanente e simbiótica” potencializador da iniciativa privada “via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes” (ARANHA, 2023, p. 29).

Abandona-se, portanto, a ideia de um Estado absentéista, mero garantidor das liberdades necessárias ao livre funcionamento do mercado, até mesmo em razão do fato de que a existência de tal modelo em sua concepção pura não encontra amparo na realidade. Historicamente, o surgimento e a atual conformação dos mercados nacionais não foram fruto da emancipação da esfera econômica da atuação governamental, mas sim o resultado de uma significativa intervenção estatal em tal domínio, principalmente nos países com maior grau de desenvolvimento econômico-social (POLANYI, 2001). A atuação estatal no ambiente econômico é indispensável para o melhor desempenho dos mercados, no sentido da necessidade de enfrentamento de consequências e externalidades negativas, garantindo-se a justa competitividade, o livre acesso aos mercados e a promoção de um ambiente de confiança (STIGLITZ, 2019). Ao contrário do que aparenta, a regulação jurídica dos mercados visa não apenas a proteção do cidadão e dos recursos naturais, mas assegura também a própria existência do modelo de produção capitalista (POLANYI, 2001).

Isso não significa que a regulação estatal deva se dissociar da lógica econômica, restringindo-se à promoção de um interesse público abstrato. Muito pelo contrário, a “regulação deve incorporar o interesse público, mas sem que isso represente o abandono por completo da dinâmica econômica que permeia aquele mesmo setor a ser regulado” (TRINDADE, 2021, p. 8). Nesse contexto, toda a atividade de regulação estatal passa a ser marcada por uma interconexão entre valores econômicos e sociais, muitas vezes aparentemente contraditórios,

cujo balanceamento e compatibilização na prática acaba por conferir maior legitimidade e credibilidade ao Estado (WINDHOLZ, HODGE, 2012). Como bem assevera Marcio Iorio Aranha (2023, p. 239):

“O Estado regulador é um Estado reconciliado com o mercado, entendendo-o não como um ser autônomo e independente, mas como produto de regulação estatal. Da mesma forma, a inserção do mercado na equação regulatória não se presta à extinção da equação em prol da atuação econômica do mercado. O mercado se justifica enquanto dirigido pela regulação rumo ao interesse público. O pressuposto do Estado regulador é a persistência de ambos.”

Considerando que a efetivação das disposições constitucionais depende de atos dotados de concretude e que os recursos estatais são escassos, o desempenho das funções estatais deve se guiar por resultados, atentando-se para as consequências práticas de qualquer decisão.<sup>4</sup> Verifica-se aqui nada mais do que a manifestação concreta de uma das facetas do moderno Direito Administrativo, marcado pela valorização do princípio da eficiência administrativa e pela passagem da Administração legalista para aquela focada em resultados (SCHMIDT-ASSMAN, 2003). No entanto, em linha com o afastamento de uma visão puramente economicista da regulação, a “análise de consequências não é monopólio da economia nem tampouco de alguma vertente específica da economia”, devendo esta ter caráter multidisciplinar, compensando-se as limitações da economia e do direito (FRAZÃO, 2022).

Dito isso, cabe ao ente regulador interpretar e aplicar as disposições do Código de Águas Minerais com a finalidade de dar concretude aos objetivos, princípios e direitos contidos na Constituição, não se limitando à literalidade do texto legal, pois há também produção do Direito na construção dos seus sentidos, e não apenas no momento de sua positivação em textos normativos (GRAU, 2012, p. 311). Nessa toada, a determinação do conteúdo normativo passa a desconsiderar a possibilidade de “alcance de um único significado estático frente a uma realidade dinâmica e multifacetada”, dependendo cada vez mais de normatizações secundárias que adensam o conteúdo dos direitos

---

<sup>4</sup>Atualmente, após a Lei n. 13.655/2018, em seu art. 20, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conferiu maior destaque à análise das consequências na interpretação e aplicação do direito, estabelecendo que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”.

fundamentais e das disposições constitucionais como um todo (ARANHA, 2023, p. 12).

Assim, a possibilidade de tratamento da água mineral objetivando a retirada de elementos instáveis, assim como a sua regulamentação pela ANM, a qual se constitui justamente como uma normatização secundária que adensa e dá concreitude ao texto constitucional, encontra fundamento na interpretação sistemática e constitucionalmente adequada do Código de Águas Minerais. Trata-se aqui de hipótese de aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição, segundo o qual, por ser hierarquicamente superior aos demais atos normativos, que com ela integram o ordenamento jurídico pátrio, a Constituição deve servir como diretriz na interpretação de todas as normas jurídicas (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016). No caso em análise, como a interpretação do Código de Águas exige a referência a diversos princípios e regras constitucionais, que serão abordados de forma individualizada a seguir.

Com fundamento nesse arcabouço teórico, o posicionamento pretérito da Agência deve ser modificado pelos seguintes motivos: (a) ausência de vedação legal ao tratamento da água visando a eliminação de elementos instáveis; (b) necessidade de observância dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da subsidiariedade e da proporcionalidade; (c) configuração de abuso de poder regulatório; (d) existência de mandamento jurídico-constitucional no sentido da otimização dos bens públicos; (e) existência de métodos de tratamento que não alteram os constituintes que conferem às águas minerais suas propriedades; (f) necessidade de observância do princípio da livre concorrência e a vedação à criação de distorções concorrenciais; e, por fim, (g) benefícios ao consumidor em razão do aumento da oferta de águas minerais em conformidade com a legislação vigente, dentre os quais a diminuição dos preços praticados e o desincentivo à oferta de águas irregulares.

### **O princípio da legalidade e a ausência de vedação ao tratamento para eliminação de elementos instáveis**

Em primeiro lugar, a viabilidade da regulamentação e dos métodos de tratamento da água mineral em questão encontram fundamento no princípio constitucional da legalidade, especificamente quando se tem em vista que não existe qualquer dispositivo legal que proíba tal prática. Como regra, qualquer restrição de direitos ou proibição de condutas deve constar expressamente de disposição legal, ainda mais quando se trata de direito previsto

constitucionalmente. No caso, a ausência de regulamentação configura uma nítida restrição ao direito à livre iniciativa conferido aos agentes econômicos atuantes no setor, na medida em que inviabiliza tais práticas e limita a atividade industrial sem justificativa legítima.

Como mencionado anteriormente, as águas minerais são reguladas pelo Código de Águas Minerais, que traz regras sobre pesquisa, autorização de lavra, estâncias hidrominerais, fiscalização, comercialização e classificação química das águas minerais. Da leitura do referido diploma normativo nota-se que, expressa ou implicitamente, não há qualquer proibição à utilização de métodos de tratamento da água mineral para fins de eliminação de determinados elementos químicos presentes em sua composição. Nesse ponto específico, ao contrário do que sustenta a procuradoria federal especializada em seu parecer, é incorreto afirmar que o tratamento da água mineral para eliminação de compostos químicos, permitido pelo *Codex Alimentarius*, não seria admitido pelo regime de aproveitamento estabelecido pela legislação vigente.

Nos termos do documento, o tratamento em questão seria inviável pois o Código de Águas Minerais teria instituído um “regime de aproveitamento que busca preservar inalterada a composição da água captada, bem como sua pureza” (BRASIL, 2015, p. 36). Tal conclusão decorreria do seguinte raciocínio, fundado em dois dos dispositivos do Código. Ao relacionar o conjunto de operações que compõem a lavra, o art. 9º não mencionaria “nenhuma atividade tendente a efetuar tratamento ou transformação da água objeto da concessão”, listando apenas “etapas de produção que proporcionam a manutenção das propriedades da água obtida na fonte até a disponibilização para consumo” (BRASIL, *ibidem*). Por sua vez, o § 2º do art. 29 indicaria que o Código de Águas Minerais não admite “nenhuma alteração nas características das águas captadas, com exceção da situação expressamente especificada, ou seja, a adição de gás carbônico.” (BRASIL, *ibidem*).

A nosso ver, a interpretação restritiva não nos parece ser a mais adequada. Com efeito, realmente o art. 9º não menciona expressamente “qualquer atividade tendente a efetuar tratamento ou transformação da água objeto de concessão”. No entanto, isso não se deve ao fato de que o legislador tenha optado por proibir tais métodos, mas sim em razão de que este escolheu utilizar um termo genérico, qual seja, o “aproveitamento das águas”.

De acordo com o já citado art. 9, por lavra de fonte de água mineral “entendem-se todos os trabalhos e atividades de captação, condução, distribuição e aproveitamento das águas”. O emprego de tal termo genérico se apresenta como uma técnica legislativa utilizada como forma de contornar a problemática em torno da existência de diversos métodos possíveis para o aproveitamento econômico de tal recurso mineral, bem como em função da certa evolução destes e da criação de novos procedimentos ao longo do tempo, em razão da evolução tecnológica e dos métodos de exploração existentes. Noutras palavras, tem-se aqui uma estratégia do legislador para que a legislação não precise citar expressamente todos os possíveis procedimentos utilizados para o aproveitamento da água mineral, conferindo ao texto legal certo grau de flexibilidade e abertura para a inovação, de modo a não engessar a normatização setorial.

Assim, como é comum no âmbito do direito regulatório, a densificação de tal termo abstrato é de competência do ente de regulação setorial, mediante o exercício de sua atividade normativa. No entanto, a edição de regulamentos deve se dar sempre em conformidade com a lei que os fundamenta. Conforme bem leciona Egon Bockmann Moreira (2011, p. 142), “o regulamento não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas”. Contudo, isso não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente as disposições legais, sendo possível tratar de questões que, embora não expressamente referenciadas na legislação, são compatíveis com as diretrizes dispostas em lei e visam concretizar seus objetivos. Tanto é assim que, por meio da edição da Portaria n.º 374, de 1º de outubro de 2009, o DNPM estabeleceu uma série de procedimentos no processo de aproveitamento econômico das águas minerais que não estão expressamente previstos no Código de Águas Minerais, mas que decorrem de uma leitura sistêmica deste, como, por exemplo, a filtragem, a higienização, a rinsagem<sup>5</sup> e o envasamento.

Aqui, talvez o caso mais emblemático seja o da filtragem, pois sequer há menção no Código a qualquer forma de retenção de partículas sólidas e em suspensão. No entanto, mesmo assim o DNPM optou por regulamentar tal processo de tratamento da água. A razão para a sua regulamentação pelo DNPM

---

<sup>5</sup>Nos termos da Portaria n. 374/2009, do DNPM, a rinsagem consiste na operação de higienização realizada nas embalagens antes do seu enchimento.

é a mesma que justificaria a dos métodos de tratamento aqui expostos, qual seja, permitir que a água mineral extraída se adeque aos padrões sanitários e mercadológicos necessários para a sua comercialização. Trata-se, portanto, de medida destinada a conferir à água mineral valor econômico e a preservar a saúde do consumidor.

Em segundo lugar, é inadequado interpretar o § 2º do art. 29 do Código de Águas Minerais de forma a se afirmar que tal dispositivo não admite “nenhuma alteração nas características das águas captadas, com exceção da situação expressamente especificada, ou seja, a adição de gás carbônico” (BRASIL, 2015, p. 36). Em verdade, a lógica fundante do regime jurídico das águas minerais é que estas devem apresentar propriedades que as diferenciem das águas comuns, e não que estas sejam impassíveis de submissão a determinadas formas de tratamento. Por exemplo, uma água mineral classificada como ferruginosa que contenha ferro em excesso, caso os procedimentos industriais aplicados nesta não reduzam tal concentração abaixo do limite estabelecido no art. 35 do Código de Águas Minerais, continuará sendo ferruginosa e, portanto, água mineral.<sup>6</sup> O importante é que a água não tenha a sua classificação alterada.

### **Necessidade de observância dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da subsidiariedade e da proporcionalidade**

Outro princípio constitucional a ser observado quando da interpretação das disposições do Código de Águas Minerais consiste no princípio da livre iniciativa, disposto nos art. 1º, inciso IV, e no art. 170, caput, ambos da Constituição Federal. Aqui, frise-se, a incidência de tal princípio não se restringe apenas à interpretação do Código, mas também à própria conformação da regulação estatal como um todo.

A não regulamentação e a vedação à utilização dos métodos de eliminação de elementos instáveis apresenta-se como uma verdadeira intervenção do Estado na atividade econômica daqueles que exploram fontes de água mineral, vez que se trata de limitação do seu modo de exercício, ainda que implícita ou decorrente da opção administrativa pela não regulamentação.

---

<sup>6</sup>Nos termos do art. 35, inciso IX, do Código de Águas Minerais, são ferruginosas as águas minerais que contiverem, por litro, no mínimo 0,500 g do cátion Fe.



Em termos conceituais, tida como um dos fundamentos da ordem econômica e da República, a livre iniciativa é formada por diferentes facetas que lhe dão conteúdo, quais sejam, a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de contratar e a livre concorrência (BARROSO, 2001). No presente caso, em se tratando de restrição a atividade econômica sem autorização legal, como demonstrado anteriormente, tem-se, por consequência, violação ao aspecto da liberdade de empresa. Conforme bem assevera Eros Grau (2012, p. 201), uma das facetas da livre iniciativa consiste na liberdade de comércio e indústria, ou seja, a liberdade de empresa, que garante dois direitos principais: a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica e a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.

É justamente essa a concepção adotada pelo STF em diversos julgamentos. Por exemplo, nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do RE 1.054.110, no qual se discutia a constitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual de passageiros por motoristas de aplicativos, a inclusão de tal princípio no texto constitucional revela uma “opção pela economia de mercado, que significa uma economia que gravita em torno da lei da oferta e da procura, com pontuais intervenções do Estado para corrigir falhas de mercado” (BRASIL, 2019).

Nessa linha, deve-se destacar que não há justificativa técnico-jurídica para a restrição à adoção dos métodos industriais aqui abordados, especialmente quando se tem em vista que estes não causam qualquer prejuízo ao consumidor. Ainda que se pudesse argumentar que, por se tratar de atividade sujeita à regulação estatal, tal restrição pudesse se concretizar por meio do exercício ou, no caso, do não exercício do poder normativo da agência reguladora competente, esbarrar-se-ia na necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

No caso, a interpretação dada pela autoridade reguladora ao Código de Águas Minerais e a sua opção por não regulamentar a matéria em análise, interditando a adoção dos métodos de tratamento da água aqui expostos, dão-se no exercício da função regulatória da ANM. Muito embora a regulação estatal seja plenamente legítima e constitucionalmente admitida, esta deve sempre se compatibilizar com o princípio da liberdade de iniciativa. Por consequência, qualquer restrição regulatória somente terá lugar quando existirem “razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o

princípio da livre iniciativa” (MARQUES NETO, 2005, p. 10). De maneira mais clara, “Apenas a presença (a consequente demonstração) dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação” (MARQUES NETO, *ibidem*).

Tais afirmações também encontram guarida no plano infraconstitucional. Em seu art. 2º, inciso III, a dispõe a Lei n.º 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, estabelece como um dos princípios norteadores da liberdade econômica a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

Nessa toada, a intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas somente se justifica diante da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, sejam estes individuais ou coletivos, e da garantia dos princípios reitores da ordem econômica constitucional, inscritos no art. 170 da CF, dentre os quais podem ser destacados a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente.

Em outras palavras, a liberdade econômica e a livre iniciativa somente podem ser restringidas com base na promoção efetiva e significativa de outro princípio ou direito juridicamente tutelado, o que deve ser objetivamente atestado, sendo este o conteúdo do princípio da subsidiariedade. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte lição de Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 13):

“A atuação estatal sobre o domínio econômico há de ser residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico.”

Da análise do contexto fático e jurídico relativo à controvérsia, nota-se que tal intervenção não se justifica, na medida em que não existe direito fundamental ou princípio constitucional potencialmente lesado pela citada prática industrial. Muito pelo contrário, o procedimento em questão serve justamente à promoção de tais preceitos. Apenas a título exemplificativo, podem

ser elencadas algumas consequências positivas sob essa ótica. Primeiramente, destaca-se, a redução dos níveis de elementos instáveis a patamares compatíveis com a garantia da saúde humana, a exemplo dos casos nos quais há presença excessiva de ferro, manganês ou arsênio. Em segundo lugar, podemos citar a garantia de que a água mineral engarrafada não sofrerá processos químicos que venham a alterar a sua qualidade, especificamente no que diz respeito ao seu gosto e à sua aparência, em franca compatibilidade com a proteção dos direitos do consumidor.<sup>7</sup>

### **Configuração de abuso de poder regulatório: contrariedade ao art. 4º da Lei de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019)**

Outro aspecto a ser considerado na análise da matéria diz respeito à superveniência da Lei n.º 13.874/2019, denominada de Lei de Liberdade Econômica, cuja entrada em vigor se deu posteriormente ao posicionamento adotado pelo antigo DNPM, o que torna necessária sua revisão. De modo mais específico, para os fins da presente análise, é de fundamental importância se atentar à ocorrência de abuso de poder regulatório, contido no art. 4º da referida lei, a teor do qual vale transcrever o seguinte:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

- I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;
- II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;
- III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;
- IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;
- V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

Em primeiro lugar, a interpretação restritiva encampada pelo DNPM propicia a criação de reserva de mercado, ao favorecer os agentes privados

---

<sup>7</sup> Como visto anteriormente, após determinado tempo de armazenamento, em razão de processo de oxidação, altos níveis de ferro ou de manganês podem conferir aspecto turvo, gosto amargo e odor desagradável à água mineral engarrafada.

titulares de outorgas em fontes que não possuem águas minerais com concentração de elementos instáveis superior ao permitido pela regulamentação vigente ou incompatíveis com as exigências mercadológicas do setor. Ainda sob esse aspecto, considerando que os métodos de tratamento da água mineral são autorizados em outros países, tem-se evidente o risco de que distorções concorrenciais venham a ocorrer no mercado brasileiro, especialmente no que diz respeito à concorrência entre produtos nacionais e importados.

De modo semelhante, o posicionamento vigente do ente regulador acaba por dificultar a entrada de novos competidores nacionais no mercado. Isso se dá em razão da limitação da quantidade de fontes economicamente aproveitáveis, o que resulta na diminuição artificial do número de agentes econômicos atuantes no setor. Em outras palavras, quanto menos fontes passíveis de aproveitamento econômico, menor a quantidade de empresas concorrentes.

Outro ponto a ser destacado consiste no fato de que o posicionamento do DNPM configura uma hipótese de impedimento da inovação e da adoção de novas tecnologias e processos no setor de águas minerais. Os métodos aqui defendidos nada mais são do que processos resultantes da inovação tecnológica do setor, que buscam diminuir os custos de produção setorial e garantir uma melhor qualidade do produto ofertado ao consumidor. Vedar a utilização de tais processos significa obrigar os agentes atuantes no setor à utilização dos mesmos métodos existentes quando da entrada em vigor do Código de Águas Minerais, ignorando o crescimento e as atuais exigências do mercado consumidor.

Por fim, o entendimento restritivo adotado pelo então DNPM acaba por aumentar os custos de transação do setor sem a necessária demonstração de eventuais benefícios daí decorrentes. Ora, se não fosse economicamente viável a utilização dos métodos aqui tratados não haveria interesse setorial na sua utilização. Dito isso, a vedação ao seu uso acaba por restringir o espectro de escolha do agente privado durante o processo de produção, limitando a sua atividade a processos industriais que possivelmente serão mais custosos, a exemplo da necessidade de exploração de fontes mais distantes do mercado consumidor ou com características logísticas que tornem a sua posterior comercialização mais onerosa.

## O regime jurídico dos bens públicos e a função social da propriedade mineral

Outro fator que fortalece a necessidade de regulamentação dos procedimentos industriais aqui defendidos diz respeito à caracterização das fontes de água mineral como bens públicos. Nos termos do art. 20, inciso 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. Além disso, conforme disposto no inciso IX do mesmo artigo, também são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo, dentre os quais, encontram-se as águas minerais. No plano infraconstitucional, a Lei n.º 9.433/1997 estabelece de forma sintética que a água é um bem de domínio público, além de também se constituir como um recurso natural limitado, dotado de valor econômico.

Apesar de também se constituírem como águas subterrâneas, as águas minerais estão sujeitas a um regramento especial, principalmente no que diz respeito à sua dominialidade.<sup>8</sup> Em outras palavras, as águas minerais, “apesar de também subterrâneas, visto localizarem-se abaixo da superfície do solo, são diferentemente classificadas, de domínio da União, através de regulamentação própria” (FREITAS, 2006, p. 49). Conforme já dito anteriormente, as águas minerais possuem a natureza jurídica de minério.

Aqui, é importante salientar que a dominialidade pública é da jazida do recurso mineral, não sendo esta extensível ao bem após a sua extração, quando esta tenha sido feita por particular. É justamente isso que o art. 176 da Constituição Federal dispõe ao estabelecer que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Assim, até que seja extraída do subsolo, as águas minerais integram o patrimônio da União e sua exploração econômica deve respeitar as regras e princípios que regem a Administração Pública brasileira. Conforme bem assevera Gilberto Bercovici (2011, p. 290):

---

<sup>8</sup>Em seu art. 26, inciso I, a Constituição Federal inclui entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

“A alienabilidade prevista no artigo 176 da Constituição é a exceção, por isso é expressa. A concessão para exploração dos recursos minerais é uma exceção à inalienabilidade dos bens públicos situados no subsolo. A autorização constitucional da apropriação pelo concessionário do produto da lavra diz respeito aos bens móveis extraídos, que não afeta a propriedade da União sobre os bens imóveis não extraídos.

(...) Ela concede um direito de propriedade futura, uma espécie de direito de crédito, sobre um bem móvel quando extraído. A concessão mineral é um ato administrativo mediante o qual a União, sem transmitir o domínio ou um direito real sobre o subsolo, outorga ao titular da concessão o direito de explorar o subsolo, com os direitos conexos necessários para que possa atuar, inclusive com proteção frente a terceiros.”

Tem-se aqui o que a doutrina denomina de “uso econômico de interesse particular”, vez que neste está “presente o escopo predominante de emprego do bem a uma atividade econômica, porém sem que ela tenha diretamente um uso de caráter geral”, sendo a sua finalidade pública primordial a geração de receitas para o ente público (MARQUES NETO, 2014, p. 411-412). Assim, em tais hipóteses, autoriza-se que o particular explore determinado bem público para o desenvolvimento de sua atividade econômica.

Na ordem constitucional brasileira, isso somente é possível pois tais bens públicos são bens de uso especial “cuja destinação pública está definida constitucionalmente: a exploração e aproveitamento de seus potenciais” (BERCOVICI, 2011, p. 289). Tratam-se, portanto, de bens alienados a um uso econômico específico e que são uma exceção à regra da inalienabilidade do bem afetado, “justamente porque faz parte da sua afetação a alienação e o consequente consumo terminativo por parte do administrado” (MARQUES NETO, 2014, p. 328).

Tal finalidade, frise-se, é amplamente reconhecida no Brasil, sendo, para alguns autores, decorrência do princípio do interesse nacional, que rege todo o Direito Minerário brasileiro. Nesse sentido, Adriano Drummond Cançado Trindade (2009, p. 56) é preciso ao destacar que o princípio do interesse nacional no âmbito da mineração “é traduzido pela assertiva de que ao Estado compete fomentar e viabilizar o conhecimento e a transformação de potenciais minerais em riquezas efetivas”. Trata-se, portanto, da aplicação da função social da propriedade à esfera pública, na medida em que os bens de titularidade estatal devem ter sua utilização otimizada com vistas ao melhor atendimento das necessidades coletivas.

Aqui, é importante ressaltar que a restrição de aproveitamento posterior à extração afeta a própria utilidade pública da jazida ou fonte, na medida em que

é economicamente disfuncional extrair um bem mineral que posteriormente terá reduzida a sua utilização econômica ou, até mesmo, inviabilizada. Em outras palavras, qualquer limitação ao aproveitamento econômico do produto da lavra acaba por restringir a destinação constitucionalmente atribuída ao próprio bem público mineral. Logo, a função social dos bens minerais decorre do seu conteúdo econômico, que apenas existe caso tais bens possam ser “extraídos, processados e empregados como insumos no processo produtivo ou para saciar necessidades” (MARQUES NETO, 2014, p. 328), ou seja, tal conteúdo depende do seu valor de uso.

Além disso, a regulamentação em tela irá estimular a produção em fontes que, até o momento, não são exploradas comercialmente. Por consequência, o aumento da produção de água mineral e o ganho de eficiência das indústrias resultará em uma maior geração de empregos e arrecadação de impostos, bem como no incremento do montante recolhido a título de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). Nesse ponto, tem-se o fortalecimento do principal objetivo coletivo a ser alcançado pelos bens públicos sujeitos a uso econômico de interesse particular, qual seja, a geração de riquezas para a coletividade.

### **A leitura sistemática do Código e a existência de métodos de tratamento adequados**

Ao contrário do que se observa no Brasil, no plano internacional não há qualquer discussão quanto a legitimidade dos processos de eliminação dos elementos instáveis da água mineral, desde que o seu conteúdo mineral não seja alterado em relação aos constituintes essenciais que conferem à água suas propriedades. Atualmente, existem diversos métodos para tanto, os quais são utilizados em diversos países, principalmente no âmbito da União Europeia, a exemplo da oxigenação por meio da adição de ozônio. A nível mundial, dois são os grandes paradigmas de regulamentação nesse sentido, quais sejam: (a) o padrão global contido no *Codex Alimentarius*, denominada de CXS 108-1981, assim como (b) a Diretiva 2009/54/CE, vigente na União Europeia.

A CXS 108-1981, ao fixar os padrões para água minerais naturais, permite que estas sejam objeto de tratamento para a separação de constituintes instáveis, como compostos contendo ferro, manganês, enxofre e arsênio, por decantação ou filtração, se necessário, acelerados por aeração prévia (FAO, 2019). Além disso, a referida norma, estabelece que tal tratamento deve ser

realizado de forma que o conteúdo mineral não seja alterado em relação aos constituintes essenciais que conferem à água suas propriedades.

Por sua vez, no âmbito da União Europeia, a Diretiva 2009/54/CE, em seu art. 4º, item 1, possibilita duas hipóteses de tratamento da água mineral natural para fins de retirada de elementos instáveis, quais sejam: (a) filtração ou decantação, eventualmente precedida de oxigenação, e (b) tratamento com ar enriquecido em ozônio. No entanto, a diretiva é clara ao determinar que tais processos não podem alterar “a composição da água quanto aos constituintes essenciais que lhe conferem as suas propriedades” (UNIÃO EUROPEIA, 2009).

Ao fim e ao cabo, trata-se da mesma lógica que rege a legislação brasileira, sendo descabido defender a incompatibilidade entre as disposições do *Codex Alimentarius* e aquelas contidas na legislação nacional. Isso decorre de uma interpretação sistematicamente compatível com a integralidade do Código de Águas Minerais, em conjunto com as disposições constitucionais pertinentes. Nesse sentido, o fundamento material que embasa as disposições do Código é a garantia de que a água mineral ofertada aos consumidores tenha “composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confirmam uma ação medicamentosa”, conforme estabelece o art. 1º do Código de Águas Minerais, ou seja, aquelas descritas em seus Capítulos VII e VIII.

Logo, conforme bem destacado anteriormente, em nenhum momento o Código veda todo e qualquer tratamento da água mineral extraída da fonte, mas apenas aqueles métodos que alterem as características que permitem a sua classificação como água mineral. Tendo isso em vista, é plenamente viável a regulamentação da matéria pela ANM, na medida em que já existem processos disponíveis no mercado que não contrariam a legislação vigente.

### **Benefícios ao consumidor em razão do aumento da oferta de águas minerais em conformidade com a legislação vigente**

A regulamentação em questão terá como efeito direto a redução dos preços dos produtos ofertados ao consumidor, o que é ainda mais importante quando se tem em vista que a água mineral é um item básico e fundamental para a qualidade de vida da população, integrando a cesta básica em diversas Unidades da Federação. Tal redução é resultado direto do aumento da oferta de água mineral economicamente aproveitável e, por consequência, da criação de incentivos à instalação de novas indústrias do setor. Trata-se aqui de simples



aplicação da lógica da oferta e da demanda, segundo a qual o preço de certo produto é determinado pela proporção entre a quantidade deste que é efetivamente colocada no mercado e a demanda daqueles que estão dispostos a adquiri-lo. Além disso, ao se ampliar o rol de fontes passíveis de exploração economicamente viável, permite-se que os agentes econômicos tenham maior capacidade de escolha ao selecionar fontes com maior potencial produtivo e mais próximas ao mercado consumidor, possibilitando-se a redução dos custos logísticos e de produção, com impactos diretos no preço do produto final.

Evidencia-se também a aplicação de outro princípio econômico, qual seja, aquele que preceitua que a existência de maior concorrência em determinado mercado, em regra, resulta na diminuição dos preços finais ao consumidor, além de permitir uma melhoria na qualidade dos produtos ofertados (BRASIL, 2016). No caso, a ampliação da quantidade de jazidas economicamente aproveitáveis certamente levará a uma multiplicação de agentes dispostos à sua exploração, aumentando o número de empresas atuantes no setor e, por consequência, também incrementando a concorrência setorial.

Outro benefício consiste no desincentivo à oferta de produtos irregulares e a diminuição do seu mercado. O cenário brasileiro do mercado de águas minerais é marcado por um importante problema, qual seja, a existência de significativa oferta de águas irregulares. A comercialização de tais produtos apresenta-se como uma grave violação a diversas disposições legais, dentre as quais se destacam aquelas de natureza sanitária, consumerista, concorrencial e tributária. Do ponto de vista do consumidor, tal mercado irregular permite a comercialização de produtos que desrespeitam as exigências regulatórias de qualidade da água e sanitárias para defesa da saúde do consumidor. Nesse sentido, por exemplo, não são raros os casos nos quais as autoridades estatais se deparam com produtos contaminados com coliformes fecais (SOUTO, 2016).

Ademais, por serem irregulares, em regra, a comercialização de tais produtos não está inserida no mercado formal, razão pela qual é possível traçar uma linha direta entre tal prática e o não recolhimento dos tributos incidentes. Logo, as águas irregulares acabam por competir de maneira desleal com os produtos que seguem as exigências previstas na legislação brasileira. Em regra, a atratividade de qualquer produto irregular resume-se ao fato de que estes costumam ser significativamente mais baratos que os seus congêneres em conformidade com a lei. Isso se dá em razão de que a adoção de processos

industriais que garantem a qualidade da água e o pagamento regular de tributos são custos que acabam se refletindo no preço final do produto.

## CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou não só a superação de um quadro político-social autoritário, mas também o surgimento de um novo marco conformador da ordem econômica nacional. Ao mesmo tempo em que estabelece regras específicas sobre a regulação dos mercados e a atuação do Estado na economia, o texto constitucional elenca princípios que servem de guias interpretativos para a aplicação de normas infraconstitucionais. No contexto brasileiro, marcado pela existência de incontáveis diplomas normativos esparsos e desatualizados, a função irradiadora de tais princípios ganha ainda mais importância.

Esse é justamente o caso do Código de Águas Minerais. Ao contrário do posicionamento oficial vigente, não só inexistente vedação legal, como há verdadeira imposição constitucional no sentido de que as práticas industriais abordadas no presente trabalho sejam permitidas pela ANM. Nesse passo, a sua regulamentação é fator essencial à segurança jurídica do setor de águas minerais, vez que a interpretação proibitiva dada pela autoridade reguladora acaba por obstar o pleno exercício da atividade econômica em tela.

Como dito, não só é plenamente possível a instituição de regramento infralegal pela Agência Nacional de Mineração dispondo sobre a utilização de tais procedimentos, como também tal regulamentação é medida exigida pelo ordenamento jurídico vigente, especialmente no que diz respeito aos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica nacional. Nessa toada, a efetiva utilização de tais mecanismos de tratamento resultará em uma série de benefícios à sociedade, com a redução dos preços dos produtos, a melhoria da qualidade destes, a geração de empregos no setor e o aumento da arrecadação tributária. O posicionamento aqui defendido vai ao encontro do principal fundamento que justificou a criação da ANM, qual seja, a superação do cenário de adormecimento do potencial econômico da atividade mineral brasileira (MALDONADO; OLIVEIRA, 2020). Nesse contexto, a revisão do posicionamento setorial adequará a atuação da ANM ao moderno conceito de Estado Regulador, principalmente sob o aspecto de agente potencializador da iniciativa privada (ARANHA, 2023).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. **Estudos Avançados**, 29 (84), 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 8. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2023.
- ABIR – Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas. **Volume de produção do mercado brasileiro de águas minerais dos anos de 2010 a 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://abir.org.br/o-setor/dados/>. Acesso em: 10/04/2023.
- BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, 226, 187-212, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. *In.*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- BERTOLO, Reginaldo. **Reflexões sobre a classificação e as características químicas da água mineral envasada no Brasil**. 2006. Anais. Curitiba: ABAS, 2006. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/directbitstream/84644efa-5540-46fc-92ce-bfa1796562ed/2801476.pdf>. Acesso em: 06/04/2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 30/03/2023.
- BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Processo n. 48400-000236/2015-54**. Brasília, 2015.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **Resolução nº 34, de 14 de maio de 2020**. Publicado em: 18/05/2020. Brasília, 2020.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional de Mineração. **Processo SEI nº 48051.000043/2021-59**. Brasília, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1054110**, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019. DJe-194. Divulgado em: 05/09/2019. Publicado em: 06/09/2019. Brasília, 2019.

CARMO, José Carlos Cruz do. **Ferro na água subterrânea do Estado da Bahia: uma avaliação preliminar dos fatores influentes na concentração**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental Urbana) – Escola Politécnica, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 146 p., 2016.

FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. **Codex Alimentarius - CXS 108-1981**. Roma, 2019. Disponível em: [https://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/sh-proxy/en/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252Fstandards%252FCXS%2B108-1981%252FCXS\\_108e.pdf](https://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/sh-proxy/en/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252Fstandards%252FCXS%2B108-1981%252FCXS_108e.pdf). Acesso em: 29/03/2023.

FEITOSA, Fernando A. C., et al. **Hidrogeologia: conceitos e aplicações**. 3. ed. Rio de Janeiro: CPRM: LABHID, 2008.

FRAZÃO, Ana. Consequencialismo no Direito: Como conciliar valores com a estimação do futuro diante da complexidade e das incertezas radicais?. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira. (Orgs.). **A evolução do Direito no Século XXI: seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica**. São Paulo: Editora IASP, 2022, v. 1, p. 989-1010.

FREITAS, Fabiana Paschoal de. A dominialidade das águas subterrâneas no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988 e o caso do Aquífero Guarani. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 7, n. 1, (2006), 39-54.

GORINI, Ana Paula Fontenelle. Mercado de água (envasada) no Brasil e no Mundo. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 123-152, mar. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 145, ano XLVI, janeiro-março, 2007.

JÚNIOR, Pedro dos Santos Portugal. As águas minerais no Brasil: uma análise do mercado e da institucionalidade para uma gestão integrada e

SANTANA, A. *Por uma interpretação constitucionalmente adequada do Código de Águas Minerais: os procedimentos para eliminação de elementos instáveis no contexto do Estado Regulador*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 10, nº 1, p. 93-122, maio de 2024.

- sustentável. **Revista Ambiente e Água**, vol 10, n. 2, Taubaté, Apr./Jun., 2015.
- MALDONADO, Gabriel Mota; OLIVEIRA, Frederico Bedran. Do fomento à regulação: a Agência Nacional de Mineração e a regulação do Setor minerário brasileiro. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, nº 2, p. 59-82, outubro 2020.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez, 2005.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2011.
- NUNES, Antônio José Ribeiro. Mineração de água mineral: qualidade para o consumo humano e promoção de saúde. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciência e Educação – REASE**. São Paulo, v. 8, n. 1, jan. 2022.
- POLANYI, Karl. **The great transformation: the political and economic origins of our time**. 2. ed. Boston: Beacon, 2001.
- QUEIROZ, Josiane Teresinha Matos de. **O campo das águas envasadas: determinantes, políticas públicas, consequências socioambientais, qualidade das águas e percepções**. Tese (Doutorado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos) – Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, 256 p., 2011.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SERRA, Sílvia Helena. **Águas Minerais do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Millenium, 2009.
- SOUTO, Marcelo Ferraz e Oliveira. **Mecanismos de fiscalização dos recipientes utilizados no transporte de água potável**. Nota Técnica, Câmara dos Deputados: Brasília, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STIGLITZ, Joseph. **Power and profits: progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. Princípios de Direito Minerário Brasileiro. *In.*: **Direito Minerário em Evolução**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. Teoria da Regulação Econômica aplicada ao Setor Mineral Brasileiro. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, p. 53-78, outubro 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2009/54/CE**. Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0054&from=pt>. Acesso em: 29/03/2023.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. Conceptualizing social and economic regulation: implication for modern regulators and regulatory activity. **Monash University Law Review**, Vol. 38, n° 2, pp. 212, 2012.

**Journal of Law and Regulation**  
**Revista de Direito Setorial e Regulatório**

**Contact:**

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório  
Campus Universitário de Brasília  
Brasília, DF, CEP 70919-970  
Caixa Postal 04413

**Phone:** +55(61)3107-2683/2688

**E-mail:** [ndsr@unb.br](mailto:ndsr@unb.br)

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>

SANTANA, A. *Por uma interpretação constitucionalmente adequada do Código de Águas Minerais: os procedimentos para eliminação de elementos instáveis no contexto do Estado Regulador*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 10, n° 1, p. 93-122, maio de 2024.