

A propriedade das águas na Constituição*

Luis Roberto Barroso

RESUMO

Alude, inicialmente, à questão do saneamento básico no Brasil, especialmente à falta de capacidade financeira e administrativa dos Estados de proverem esse serviço básico a toda a população e às propostas de desestatização desse serviço. Essa questão incita a polêmica sobre a titularidade da propriedade das águas e o conflito de competência constitucional entre os entes públicos no que se refere à prestação do serviço de abastecimento de água. Entende que a competência para a prestação dos serviços de água, em geral, é do Estado-membro da Federação. Apesar desse entendimento, julga que, sem a participação dos Municípios, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos não funcionará adequadamente. Argumenta que a desestatização do serviço de abastecimento de água deve ser vista sem preconceitos, analisando-se a real capacidade de investimento dos entes públicos nesse setor.

PALAVRAS-CHAVE

Meio ambiente; Direito Ambiental; Direito da Água; Sistema de Gestão de Recursos Hídricos; Lei n. 9.433/97; saneamento básico; abastecimento de água; Direito Constitucional; competência constitucional.

ABSTRACT

This article refers initially to basic water treatment in Brazil. It looks specifically at the States' financial and administrative capacity to provide this basic service to their populations as well as at proposals for removal of State control over this service. This issue triggers debate vis-à-vis water ownership and constitutional concurrent jurisdiction among public entities that supply water. It is understood that the jurisdiction for water services supply, generally, belongs to the State member of the Federation. In spite of this understanding, it is believed that without Municipality participation, the National Water Resource Management System will not operate properly. It is argued that the removal of State control over the water supply service should be seen without prejudice and that the real capacity for investment in public entities for this sector should be analysed.

KEYWORDS – Environment; Environmental Law; Water Law; Water Resource Management System; Law n. 9.433/97; basic water treatment; water supply; Constitutional Law; constitutional jurisdiction.

Luis Roberto Barroso é Professor Chefe do Departamento de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj.

* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Painel I – Água, bem econômico e de domínio público – do Seminário Internacional “Água, bem mais precioso do milênio”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 17 a 19 de maio de 2000, em Brasília-DF, no auditório do Superior Tribunal de Justiça.

O Direito Constitucional no Brasil vive venturosamente um momento de grande ascensão política e científica, ascensão essa contemporânea aos dez ou onze anos de redemocratização do Estado brasileiro.

Nossa Constituição é analítica e, além disso, muito abrangente. Nós, professores de Direito Constitucional, vivemos o drama e o sobressalto de termos de falar sobre os temas mais variados, porque temos uma Constituição que cuida da Federação, de idosos, de cartórios e de seguridade social. A variedade dos temas, às vezes, impõe que se trafegue na superficialidade das coisas.

Proponho algumas idéias e reflexões estritamente jurídicas a propósito deste tema, que, por ser interdisciplinar, tem coloridos e variações muito mais interessantes do que as que pretendo transmitir. Não obstante isso, acredito que não deveria aventurar-me por mares nunca dantes por mim navegados. Pareceu-me que não deveria arriscar-me nesses rios de corredeiras e quedas d'água abruptas que poderia encontrar. Sem nenhum trocadilho, estarei tratando o tema a partir da minha praia, das questões jurídicas as quais acredito que podem ser envolvidas na matéria.

Penso, como cidadão e como habitante de uma grande cidade, que um dos maiores problemas envolvidos na questão da água diz respeito ao saneamento básico. Este deve ser o foco das minhas preocupações. As grandes cidades transformaram-se em metrópoles inadministráveis, em grande parte por incompetência na atividade de administração, por incapacidade de manter as pessoas nas cidades menores, por falta de capacidade de investimento público e por má eleição das prioridades. A questão do saneamento básico deveria ser prioritária, porque é, a meu ver, o elemento mais importante no asseguramento de um direito social básico, estabelecido na Constituição, que é o direito à saúde. Ao descobrir que menos de 10% dos domicílios no Brasil são servidos por saneamento básico, sobretudo na ponta do esgotamento sanitário, digo ser este um País que está com a sua saúde comprometida. As preocupações do Poder Público, dos técnicos e dos governantes devem ser a de pensar em mecanismos para ampliar o acesso da população ao saneamento básico.

O problema é que aconteceu nos últimos anos uma disputa política que ainda não encontrou solução jurídica, embora a matéria esteja posta no Supremo Tribunal Federal. A maior par-

te dos Estados não tem mais capacidade de investimento, nem de endividamento para obter os recursos que somam muitos bilhões. Em uma cidade como o Rio de Janeiro, por exemplo, o investimento é da ordem de dois bilhões e meio de reais para se ampliar de modo satisfatório o sistema de esgotamento de águas. Com isso, foi gerado um grande conflito: os Estados da Federação – diversos deles – entenderam que deveriam privatizar, desestatizar as suas companhias de águas, que cuidavam basicamente da prestação desse serviço de abastecimento e de esgotamento sanitário. Surgiu, no entanto, uma disputa constitucional, política, que tem atrasado imensamente esse processo: diz respeito à não-propriedade das águas na Constituição, no sentido de saber de quem seria o poder concedente das atividades a que se referem os diferentes ciclos da água. É essa a questão a que, primeiramente, gostaria de dedicar-me.

A Constituição Federal prevê, no art. 30, inc. V, que compete aos Municípios a prestação dos serviços públicos de interesse local. Em princípio, a idéia de prestação dos serviços públicos relativos à água, sobretudo na ponta da distribuição da água, deveria ser uma competência dos Municípios. O ciclo da água, no que diz respeito ao abastecimento, compõe-se das seguintes partes: derivação ou captação, tratamento, adução, distribuição, esgotamento sanitário e a efusão industrial da água. Os Municípios, fundados nesse art. 30, inc. V, da Constituição, têm reivindicado a competência para prestar o serviço público de distribuição de águas e, portanto, de ser o poder concedente nessa matéria. Os Estados da Federação, sobretudo aqueles cujas capitais se encontram em grandes aglomerações urbanas, têm reivindicado que a prestação do serviço público de abastecimento de água, em todas as fases do ciclo, é uma matéria de competência do Estado, e invocam essa competência fundados no art. 25, § 3º, da Constituição, que estabelece que os Estados poderão instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões para a execução de funções públicas que sejam de interesse comum; portanto, os Estados, com base no art. 25, § 3º, da Constituição, invocam a sua própria competência para a prestação dos serviços públicos na área de abastecimento e esgotamento, fundados na circunstância de que existe uma região metropolitana.

A grande discussão que se apresenta, que é tradicional no Direito Cons-

titucional brasileiro, é a distinção entre o que seja "interesse local" – a expressão que a Constituição de 1988 utilizou para substituir a locução clássica do Direito brasileiro, que era "do peculiar interesse municipal" –, e o que seja interesse comum. Se for interesse local, a competência é do Município; se for interesse comum, a competência é do Estado. A definição de interesse local é relativamente singela: é aquele predominantemente do Município, e que, na sua maior parte, se esgota dentro do território, das fronteiras do Município. O problema é que a noção de interesse comum, que doutrinariamente seria o interesse regional ou de diversos Municípios, na verdade, deslocou-se da doutrina para a lei, porque a Constituição estabeleceu que lei complementar instituirá regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e definirá quais as funções públicas de "interesse comum", isto é, transferiu-se para a lei complementar a definição do que seja o interesse comum. Com um detalhe muito importante: a Constituição de 1988 transferiu da União para os Estados a competência para editar lei complementar, criando região metropolitana. Vale dizer: é o próprio Estado-membro da Federação que, por lei própria, vai determinar o que seja interesse comum, para o fim de subtrair a prestação de serviço do Município e chamá-la para si próprio. A Constituição criou uma situação de alguma peculiaridade: o autor da norma é quem estabelece a sua própria competência. A competência não está previamente definida, foi delegada ao legislador estadual.

Deve-se dizer, em favor do legislador estadual da maior parte dos Estados, que a Lei Complementar Federal n. 14, de 8 de junho de 1973, que pela primeira vez introduziu o conceito de região metropolitana, definiu saneamento básico como sendo uma matéria de interesse comum e, portanto, de interesse das regiões metropolitanas e da competência dos Estados.

O art. 5º da Lei Complementar n. 14 diz o seguinte:

Reputam-se de interesse metropolitano (...) água e rede de esgotos.

Tradicionalmente, no Direito brasileiro, a prestação do serviço público de águas nas regiões metropolitanas sempre foi reconhecida como uma competência dos Estados-membro. Por isso é que estes têm as suas companhias estaduais de água como, por exemplo, a Cedae – Companhia de Águas do Estado do Rio de Janeiro -, no Rio de Janeiro.

Para reagir a essa previsão da Constituição Federal, que previu que

os próprios Estados criariam as regiões metropolitanas e definiriam quais os interesses públicos que seriam comuns e, portanto, da competência dos Estados, alguns Municípios conseguiram incluir nas Constituições estaduais a previsão de que a sua participação, ou não, em uma dada região metropolitana, dependeria de aprovação da Câmara Municipal, ou seja, o órgão legislativo do Município é que autorizaria a circunstância de um Município integrar uma região metropolitana.

Essa disposição, se pudesse prevalecer, inviabilizaria a competência dos Estados para instituir lei complementar ou, no mínimo, provocaria uma inversão de valores. O interesse local do Município, de não participar eventualmente de uma região metropolitana, poderia frustrar o interesse comum do Estado de criar uma região metropolitana para administrar determinados serviços.

Acredito que essas normas previstas nas Constituições estaduais são inconstitucionais, porque impedem que se realize o mandamento constitucional de criação de região metropolitana por lei complementar estadual sem autorização da Câmara Municipal, ou seja, uma competência que a Constituição Federal outorgou aos Estados fica condicionada a uma aprovação municipal, que não se integra adequadamente na lógica do sistema. E o sistema é um conjunto de partes harmonicamente articuladas e, portanto, uma peça não pode romper com o conjunto de seus elos. Portanto, no meu entendimento, a participação de um Município numa determinada região metropolitana é uma questão de compulsoriedade e não de discricionariedade: o Município não escolhe se quer ou não participar.

Por força desses dispositivos constitucionais anteriormente referidos, sempre que o Estado, por lei complementar, incluir um determinado Município numa região metropolitana, a competência para a prestação dos serviços de água, em todas as fases do ciclo de abastecimento, é do Estado-membro da Federação. Somente naqueles Municípios em que os ciclos da água constituíssem um fornecimento isolado e não um sistema integrado juntamente a outros Municípios é que lhes seria legítimo reivindicar a sua competência. Mas, comumente, a meu ver, nos serviços de saneamento nas regiões metropolitanas, ou quando esse serviço tenha de ser articulado entre diversos Municípios, a competência será do Estado.

A Lei Federal n. 9.433, cumprindo o mandamento constitucional, ins-

tituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definiu os critérios de outorga de direitos de seu uso – penso que a água deve ser considerada em termos de direito de uso e não de dominialidade – e, ao prever a disciplina da outorga, não fez menção aos Municípios. O art. 14 dessa Lei prevê: *A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados e do Distrito Federal.* Assim, por esse conjunto consistente de dispositivos, sou convencido de que o poder concedente, em matéria de prestação de serviços de água, é, na generalidade dos casos, o Estado-membro da Federação.

Sem embargo desta minha convicção, que decorre, a rigor técnico, do que está previsto na Constituição, o sistema não tem como funcionar adequadamente sem a participação dos Municípios. É um equívoco político supor que os Municípios não devam ou não possam ter qualquer ingerência, pelo menos na ponta da distribuição, ou na ponta do fornecimento domiciliar desses serviços de água. O único mecanismo que vai viabilizar a ampliação e universalização do sistema pelos investimentos necessários será a celebração de convênios entre os Estados e os Municípios.

(...) sempre que o Estado,
por lei complementar,
incluir um determinado
Município numa região
metropolitana, a
competência para a
prestação dos serviços de
água, em todas as fases do
ciclo de abastecimento, é
do Estado-membro da
Federação. Somente
naqueles Municípios em
que os ciclos da água
constituíssem um
fornecimento isolado e não
um sistema integrado
juntamente a outros
Municípios é que lhes seria
legítimo reivindicar a sua
competência.

Isso me parece inevitável, porque há situações na vida em que a solução estritamente jurídica não viabiliza os melhores resultados. O Direito tem os seus limites e possibilidades, e há espaços na vida pública que melhor se repartem pela negociação e pelo consenso do que pela aplicação cogente das normas. Houve, a propósito da desestatização da Cedae, um conjunto de ações judiciais e uma ação direta de inconstitucionalidade que tramita no Supremo Tribunal Federal, de que é Relator o Ministro Maurício Corrêa. A matéria já está lá há algum tempo e ainda não foi apreciada a liminar. Mas a disputa que existe entre o Estado do Rio de Janeiro e diversos Municípios desse Estado é determinar quem é o poder concedente dos serviços de água, se é o Estado ou o Município.

Reitero a minha convicção de que, à luz da Constituição, o poder concedente é o Estado-membro, sobretudo em relação a Municípios que integrem uma região metropolitana ou Municípios servidos em conjunto com outros Municípios. Não obstante essa convicção jurídica, penso que, para que o sistema possa funcionar adequadamente, é necessária a celebração de convênios entre os Estados e os Municípios.

Menciono outra questão ainda afeta ao saneamento básico, que me parece merecer reflexão e investimento, não apenas de capital, mas do pensamento jurídico, porque a ampliação do acesso ao saneamento básico, a concessão de esgotos e saneamentos num país como o Brasil, é provavelmente o passo mais importante que se possa dar na direção de assegurar às pessoas um direito mínimo à saúde.

Os serviços públicos referentes à água, como os serviços públicos em geral, podem ser prestados direta ou indiretamente pelo Poder Público. Prestação de serviços como esse diretamente pelos Estados ou Municípios normalmente não será uma solução adequada, porque os Estados, na sua administração direta, dificilmente conseguem se organizar adequadamente para uma atividade dessa complexidade. Portanto, a fórmula escolhida na maior parte dos Estados e até dos Municípios, que têm a prestação desse serviço, foi a criação de empresas estatais, a criação de entidades no âmbito da administração indireta para a prestação dos serviços públicos em matéria de água.

Esse sistema da prestação estatal indireta por meio de sociedades de economia mista, em geral, é precisamente o sistema que está em xeque.

Não partilho da crença, que me parece falsa e que se difundiu no Brasil, de que todo serviço prestado pelo Estado é ineficiente e de que todo serviço prestado privadamente é eficiente. Essa é uma falsa dicotomia que se derruba com alguns exemplos: o serviço de transportes públicos urbanos no Brasil, há muitas décadas, é um serviço público prestado privadamente e, pelo menos na maior parte das capitais do País, não é um serviço de que as empresas se possam orgulhar; e há serviços públicos que ainda são prestados pelo próprio Estado, como os serviços de correios e telégrafos, e funcionam adequadamente. Portanto, a desestatização deve ser vista sem preconceitos: nem a favor, nem contra; depende das circunstâncias.

A verdade, no entanto, é que muitas pessoas, eu, inclusive, que fazemos parte de uma geração fortemente ideológica, tivemos talvez de abrir mão de certas convicções dogmáticas, à vista de determinadas circunstâncias que se impunham. Nem os Estados, e menos ainda os Municípios, têm condições, no Brasil, hoje, de, paralelamente a todas as suas outras atribuições, desincumbirem-se adequadamente dos investimentos imensos necessários em áreas como a do saneamento. Os Estados não têm superávit de receita, pelo contrário, todos têm situações deficitárias; todos eles eram devedores da Caixa e agora são devedores da União pelos processos de renegociação das dívidas. Mas os Estados não têm mais capacidade de investir e nem de crédito.

Portanto, permanecer fiel ao dogma ideológico de que esse é um serviço público essencial, e que o Estado é que deve prestá-lo, significará ser coerente com as próprias convicções, mas provocar a consequência perversa de continuar negando o acesso ao saneamento básico a uma imensa legião de brasileiros. Portanto, querendo ou não, é indispensável que se faça uma revisão desses conceitos, pelo menos em áreas vitais como essa, para concluir que determinados serviços como o de águas exigem economia de escala, e, por essa razão, será muito difícil a sua prestação localizada.

Esses serviços exigem investimentos que o setor público, hoje, não é capaz de acudir. Processo semelhante já aconteceu com a telefonia, com a eletricidade e com o abastecimento de gás. Não são opções ideológicas, são imperativos das circunstâncias. O que é preciso atentar, em matéria de prestação de serviço de água, é que a desestatização, ou seja, a eventual dele-

gação da execução do serviço à iniciativa privada, não descaracteriza o serviço como um serviço público, porquanto o Estado continua a desempenhar um papel vital nessa matéria, quer no planejamento, quer na fiscalização do cumprimento das metas estabelecidas na concessão, quer na regulação adequada da prestação desses serviços.

Foi para acudir adequadamente a essas necessidades que se concebeu ou se importou para o Brasil a idéia das agências reguladoras. Porém, as agências reguladoras, para funcionarem efetivamente, precisam ter de fato independência político-financeira, e nós ainda não percorremos todos os ciclos do amadurecimento.

O que tem acontecido é que, em âmbito estadual, essas agências, criadas para fiscalizar adequadamente os serviços delegados à iniciativa privada, estão funcionando mal, porque cada novo governador quer fazer a sua própria agência. Não há nada mais distanciado da idéia de independência político-administrativa do que esse tipo de atitude, porque o papel da agência é fiscalizar o cumprimento do contrato, editar a regulação adequada relativa àquele serviço público, fixar tarifas, arbitrar os conflitos entre o poder concedente, o concessionário e o usuário. Se a agência reguladora for presa do Poder Executivo, seja estadual ou federal, não poderá cumprir adequadamente a sua missão.

Apesar de encontrarmo-nos resignados à necessidade urgente de desestatização dos sistemas de fornecimento de água na maior parte dos Estados, pela necessidade de muitos bilhões de investimentos inevitáveis, precisamos investir alguma energia criativa e uma certa resistência política para fazer com que o Estado, que acabou sendo um mal prestador de serviços em muitas áreas, possa, pelo menos, ser um bom regulador e um bom fiscalizador desse serviço, para estimular a universalização, que é a única coisa, a meu ver, que legitima a desestatização. Só se troca a idéia de que um serviço público essencial saia do Estado e vá para a iniciativa privada pela perspectiva de que aquele serviço, que no Brasil tem sido limitado e concentrado a algumas elites, possa ser estendido a toda gente brasileira que tem estado de fora há quinhentos anos e desde sempre.

É preciso investir no papel sério e eficiente do Estado como um fiscalizador da prestação dos serviços públicos de água para que possamos promover de modo adequado a ampliação do saneamento básico à popula-

ção brasileira. Nessa matéria estamos muito atrasados e temos pressa.