

## Água e Constituição

Jerson Kelman

### Competência privativa da União de legislar sobre águas

O artigo 22 da Constituição Federal - CF diz que “compete privativamente à União legislar sobre águas...”. Porém, há leis estaduais que tratam do uso da água de rios e leis municipais que tratam do serviço de água. São inconstitucionais<sup>1</sup>?

As leis estaduais tratam do uso da água como bem público e as leis municipais tratam da água como serviço público. No primeiro caso, os estados assumem a responsabilidade de disciplinar o uso de um recurso natural, a água que se encontra nos mananciais - rios, lagos e subsolo – para evitar a tragédia do uso do bem comum<sup>2</sup>. No segundo, os municípios se lançam à tarefa de organizar tanto o serviço de tratamento-distribuição de água quanto de coleta-tratamento de água servida (esgoto).

Não é coincidência que o legislador estadual tenha produzido leis sobre o uso do bem público e não sobre a organização do serviço público. E o contrário tenha acontecido com o legislador municipal. É que a CF, ao definir quem é responsável por cada um desses temas, deu ensejo à interpretação de que tanto o estado quanto o município podem legislar sobre água. Todavia, uma coisa é ser o titular - no sentido de ter o controle - sobre um bem ou serviço público. Outra é poder legislar sobre o assunto.

Forçoso reconhecer que o tema é controverso. Por exemplo, há quem defenda a tese de que o estado tem competência para legislar sobre o uso de águas em seu território, mesmo quando essas mesmas águas fluem em direção ao território de outros estados.

### Quem tem a responsabilidade de cuidar dos rios?

Vejamos inicialmente o que a CF diz sobre quem tem a responsabilidade de cuidar dos rios, lagos e da água subterrânea. O artigo 20 estabelece que “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”. Até aqui tudo parece harmônico: a União legisla privativamente sobre um bem que é seu.

Porém, o artigo 26 diz que “incluem-se 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”.

---

<sup>1</sup> Essa questão me foi apresentada por Marcos Thadeu Abicalil, um “arquiteto institucional” com arguta capacidade de formular soluções para o desenvolvimento sustentável.

<sup>2</sup> A tragédia dos comuns (também denominada tragédia dos bens comuns) é uma situação em que indivíduos agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses comportam-se em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando algum recurso comum. A hipótese levantada pela “tragédia dos comuns” declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito termina por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração (Wikipédia).

Os artigos 20 e 26 quando lidos conjuntamente apresentam conceitos de difícil interpretação. Afinal, os rios são bens da União ou dos Estados? Como a palavra “rios” só aparece no artigo 20, seria possível responder que são da União. Porém, os rios são também “águas superficiais fluentes”, expressão que aparece no artigo 26 e “correntes de água”, expressão que aparece no artigo 20.

Tem prevalecido o conceito de que numa mesma bacia hidrográfica somente os rios principais são da União. Os afluentes, se escoando em território de um único estado, seriam de titularidade desse estado, sujeitos à administração e legislação próprias. De acordo com essa interpretação, qualquer estado poderia autorizar a retirada de água ou fechar os olhos ao lançamento de poluentes no trecho sob o seu domínio, afetando quem usa água a jusante, inclusive em território de outros estados<sup>3</sup>.

Como uma corrente de água não respeita fronteiras, é preciso articular as ações e inações dos entes federativos relacionadas à água. Para isso serve o artigo 21 da CF que atribui competência à União para criar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

A Lei 9884/2000 criou a Agência Nacional de Águas – ANA para executar essa tarefa. Passados 20 anos, poucos estados desenvolveram instituições com capacidade para interagir com a ANA no sentido de tornar o SNGRH plenamente operacional, principalmente na outorga e fiscalização do uso dos recursos hídricos. Já está em tempo de a ANA avançar na aplicação do princípio da subsidiariedade. Isto é, tomar as rédeas das atividades que os estados não conseguem ou não querem fazer. Só assim se evitará que o sistema se torne na prática “federal” e não “nacional”.

Nesse ambiente de articulação deficiente entre entes federados para cuidar da água, há que se reconhecer que o SNGRH provavelmente estaria funcionando melhor se o constituinte tivesse utilizado as bacias hidrográficas, e não trechos de rio, como unidades para definição da titularidade<sup>4</sup>.

#### Quem tem a responsabilidade de cuidar do sistema de abastecimento de água e coleta-tratamento de esgotos?

O artigo 30 da CF determina que o titular dos serviços de interesse local é o Município. Cabe à legislação ordinária definir para cada serviço público o que constitui o “interesse local”. No caso do serviço de água e esgoto, a lei que trata do tema só foi aprovada em

---

<sup>3</sup> CUNHA, E. C. N.; VEIGA, A. P. & KELMAN, J. Domínio e competência sobre os recursos hídricos no Brasil. Revista Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro, n. 45, abr. 2004.

<sup>4</sup> O relator da CF, ex-senador Bernardo Cabral, sugere que resultado semelhante se obteria com uma interpretação alternativa do atual texto constitucional, na qual a expressão “corrente de água” do artigo 20 pode ser entendida como a trajetória percorrida por uma hipotética rolha flutuando da nascente até a foz. Se nesse caminho a rolha cruzar fronteira estadual ou em algum ponto do percurso tiver o estado A na margem esquerda e o estado B na margem direita, toda a trajetória será de domínio da União (CABRAL, B. & KELMAN, J. Quem é responsável pela administração dos rios? Revista Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro, n. 36, jul. 2003).

2020. Em mais de três décadas, prevaleceu o entendimento de que o serviço é sempre de interesse local e, portanto, que o município é o titular.

Essa interpretação da CF dificultou enormemente o funcionamento do setor, principalmente em regiões onde ocorre o compartilhamento de infraestrutura necessária à prestação do serviço. Por exemplo, na maioria das regiões metropolitanas ou no semiárido nordestino, onde diversas cidades são servidas por uma única adutora.

O constituinte teve boa motivação para querer descentralizar a administração do serviço de interesse local. Afinal, tudo o que puder ser resolvido na escala municipal não deveria subir para a escala estadual. Idem da escala estadual para a federal. Porém como os recursos são centralizados na esfera federal, o que tem acontecido é exatamente o contrário. Serviços federais podem não funcionar a contento, mas os municipais quase sempre são piores.

Esse fenômeno explica porque o serviço de eletricidade - organizado centralizadamente pelo Governo Federal - consegue alcançar praticamente todos os domicílios do país, enquanto o serviço de coleta-tratamento de esgoto – organizado pulverizadamente em milhares de municípios – só alcança a metade.

Em 2001, a administração FHC submeteu ao Congresso o PL 4147/2001 definindo como de interesse local, e portanto de titularidade municipal, o serviço de água-esgoto cujas instalações operacionais servissem para atender um único município. Para os demais casos, isto é, nas situações em que houvesse interesse comum entre dois ou mais municípios, o PL definia a titularidade como estadual. Essa formulação partia do pressuposto de que como a CF define claramente as responsabilidades da União e dos municípios, o que não fosse de titularidade federal nem municipal, só poderia ser estadual. O PL 4147/2001 propunha também um marco legal e regulatório para o setor.

A Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro 87/1989, de criação da Região Metropolitana, também havia atribuído ao Estado a titularidade do serviço e água-esgoto. Mas a constitucionalidade dessa lei foi questionada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI no Supremo Tribunal Federal – STF.

Lamentavelmente o PL 4147/2001 não foi aprovado, muito por conta da reação política “municipalista” no Congresso. Seis anos depois o Congresso aprovou a lei 11445/2007 contendo o marco regulatório, mas omissa sobre a titularidade do serviço. E em 2013, o Supremo Tribunal Federal - STF finalmente decidiu sobre a ADI e o fez de forma pragmática: o estado e os municípios deveriam compartilhar a gestão dos serviços de interesse comum<sup>5</sup>. Em julho do corrente ano, o Congresso aprovou o PL 4162/2020, que em grande medida reproduz o que havia sido proposto quase vinte anos antes pelo PL 4147/2001, e nesse sentido revisa conceitos do PL 11445/2007, mas que atribui conjuntamente ao estado e aos municípios a responsabilidade de prover, direta ou

---

<sup>5</sup> KELMAN, J.& ABICAIL, M. & PENA, D. Regulação do Saneamento. O Estado de S. Paulo, Espaço Aberto A2, 06/12/2006

indiretamente, o serviço de água-esgoto de interesse comum, exatamente com o STF havia decidido. Antes tarde do que nunca!

## Conclusão

O uso no texto constitucional de termos imperfeitamente definidos deriva de nossa tendência cultural de procurar a convergência redacional quando inexistente a convergência conceitual. O resultado é a prolixidade e a ambiguidade. Nesse ambiente, o processo de aperfeiçoamento legislativo é lento. Lento demais!

Como me escreveu recentemente o professor Carlos Ari Sundfeld, “nas empreitadas legislativas, um projeto de futuro montado na razão e no interesse geral é navegação para longe em barquinho de papel. Quantos riscos, piratas, naufrágios e anos até o porto final!”. Churchill nos consola: “a democracia é a pior forma de governo, com a exceção de todas as outras que foram tentadas”.

Publicado na Revista Vidi, edição 5, agosto 2020

