

Águas e Constituinte

CID TOMANIK POMPEU

"Todas as coisas já foram ditas; mas como ninguém escuta, força é recomeçar sempre". André Gide).

1. Introdução

Ressalvadas honrosas exceções, nossos governantes e legisladores têm sido refratários à edição de normas legais necessárias à disciplina das águas públicas, comuns e particulares. Praticamente nada evoluímos após o Código de Águas, de 1934. Pelo contrário, nesse mais de meio século, o Código, excelente texto legal, não pôde ser aplicado em sua quase totalidade, na parte referente às águas, porque muitas de suas disposições, que deveriam ter sido tratadas por leis especiais e regulamentos, não o foram.

Para rápida confirmação do fato, podem ser apontadas como aguardando tratamento legal, desde 1934, as questões relativas a: (1) desobstrução dos cursos de águas públicas, pela Administração à custa dos infratores; (2) multas; (3) fixação de sanções pelo descumprimento de suas normas; (4) reposição do leito e margens no estado anterior, quando indevidamente ocupados; (5) inspeção e autorização das águas comuns e particulares; (6) desobstrução das águas comuns; (7) salubridade das águas à custa dos infratores; (8) servidões urbanas de aqueduto, canais, fontes e esgotos sanitários e pluviais (9) zonas periodicamente assoladas pelas secas; (10) uso comum das águas, gratuito ou retribuído; e (11) disciplina das águas nascentes. Também não se legislou sobre a extração de águas subterrâneas.

Em vez de serem tomadas medidas para tanto, prega-se há mais de 20 anos que o Código está muito antigo, sendo necessário elaborar outro.

Se essa tem sido a constante, no campo da legislação ordinária e no dos regulamentos, era de se esperar que, pelo menos na nova Constituição, as linhas mestras seriam traçadas de forma compatível, e aos Estados devolvesse a competência constitucional para suplementarem e complementarem a legislação federal. Com isso, teriam eles condições para atualizá-la de acordo com as respectivas peculiaridades e suprir as lacunas existentes, por inércia federal.

Visando a tal fim, a partir de 1984, realizaram-se encontros, reuniões, congressos e seminários, com a participação de entidades públicas e privadas, em especial por associações nacionais ligadas ao setor hídrico (cf. Cid Tomanik Pompeu, Águas e Autonomia estadual em O Estado de São Paulo de 4.10.87 pág. 55). Todos os eventos concluíram no sentido da necessidade de serem aperfeiçoados, no texto da futura Constituição, o domínio e a competência normativa sobre os recursos hídricos.

As proposições foram remetidas aos setores oficiais competentes, antes dos trabalhos das Comissões Temáticas e, depois, substanciaram-se em sugestões de emendas apresentadas nas várias fases dos trabalhos da Constituinte. Praticamente, todas receberam parecer pela rejeição, do ilustre Relator.

Como resultado, deparamo-nos hoje, no texto aprovado em primeiro turno, com disciplina constitucional do domínio hídrico centralizadora, confusa e eivada de lacunas, como será demonstrado.

2. A centralização na futura Carta Magna

Como disse Geraldo Ataliba, embora todos puguem democracia, descentralização e valorização dos Estados, a Constituinte caminhou no sentido da centralização (O Estado de S. Paulo, 1.8.88, pág. 3). Pois, dessa tendência, nem o domínio público hídrico escapou, quem sabe, entre outros, pelo fato de os constituintes serem, igualmente, membros de um dos poderes da União, o qual integrarão por mais alguns anos.

Com efeito, tendo em vista que, para legislar sobre águas, os Estados ficaram condicionados à autorização da União, por lei complementar e, ainda assim, sobre questões específicas (art. 23, parágrafo único, do Projeto aprovado em primeiro turno, sem revisão do Relator), estarão eles sujeitos a que eventuais outorgas e possíveis revogações dessa competência ocorram ao sabor dos interesses políticos e administrativos da União, nem sempre coincidentes com os estaduais.

Não bastasse isso, pretende-se, ainda, transferir à União as "terras marginais e as praias fluviais" (art. 21-II), que, em sua maioria, pertencem aos Estados e, em proporções menores, aos municípios e aos particulares.

Paralelamente à centralização e ao confisco de terras, constam do texto aprovado imperdoáveis contradições e omissões, no tocante à disciplina constitucional dos recursos hídricos.

3. A confusa disciplina das águas

Por influência, talvez, de setores interessados em manter o impedimento constitucional, para que os Estados legissem sobre águas, e em conservar a centralização implantada a partir de 1967, mencionados em "Águas públicas e autonomia estadual" (O Estado de S. Paulo, de 4.10.87, pág. 55), o Projeto de Constituição trata o domínio público hídrico de forma extremamente confusa e omite importantes aspectos, para sua eficiente administração.

Em redação constante desde os trabalhos da Comissão 2, sobre a Organização do Estado, o texto inclui, no patrimônio dos Estados, "as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito", fazendo com que desapareçam, sem qualquer vantagem prática, as atuais águas comuns, particulares e municipais.

Ao mencionar, simplesmente, "águas subterrâneas", sem levar em consideração os respectivos depósitos naturais, confunde mais as coisas, pois, se unicamente as águas pertencerem aos Estados, poderão estes, pelo menos em tese, extraí-las à vontade, cada um em seu território. Com isso, surgirão possíveis conflitos e poderá haver a exaustão dos aquíferos, pelo menos até que lei federal venha disciplinar a extração de tais águas.

Na verdade, quando subjacentes a mais de um Estado, esses depósitos deveriam integrar o pa-

trimônio da União, conforme o princípio federativo segundo o qual as matérias que interessem a mais de um Estado devem ficar a cargo desta. O objeto da disciplina constitucional, portanto, seriam os aquíferos subterrâneos, evidentemente, com o seu conteúdo, mas não apenas este.

Se o domínio hídrico estadual foi exageradamente ampliado, mediante a inclusão de todas as águas superficiais e subterrâneas (ressalvadas aquelas em depósitos decorrentes de obras da União) e a eliminação das municipais, comuns e particulares, a competência legislativa das unidades federadas, em vez de, pura e simplesmente, retornar à da Constituição de 1946, ficou condicionada à autorização federal, por lei complementar e, assim mesmo, sobre questões específicas. Essa amplitude do domínio hídrico, vinculada à reduzida possibilidade de legislar sobre a matéria, além de representar centralização, em termos de Estado, tornará inadministráveis os recursos hídricos a que se refere.

Já o aproveitamento dos potenciais energéticos dos cursos de água, pela União, ficou condicionado à articulação com os Estados da respectiva situação (art. 22, XI, "b").

No campo das omissões, o texto deixa de disciplinar o domínio das águas públicas situadas no Distrito Federal e nos Territórios. No tocante aos últimos, depreende-se que pertencam à União, uma vez que estes a integram (art. 19, parágrafo segundo).

4. Tentativas para corrigir as incoerências e lacunas e sua sistemática rejeição

Por incrível que pareça desde a fase de Anteprojeto, muitas Emendas foram apresentadas por ilustres constituintes das mais variadas correntes como Fábio Feldmann, Fernando Bezerra Coelho, José Lins, Uldurico Pinto, Virgíldio de Senna e Tito Costa, e apoiadas por Farabulini Júnior e Michel Temer, na tentativa de afastar as incoerências e lacunas apontadas, mas, tudo em vão. O denominado "Centrão" ignorou-as.

As emendas oferecidas objetivavam:

- incluir entre os bens da União as águas subterrâneas cujos depósitos naturais estão subjacentes a mais de um Estado, assim como as águas superficiais e subterrâneas situadas nos Territórios;
- facultar que a União e os Estados transferissem aos Municípios as águas de interesse exclusivamente local, o que, em relação aos Estados, seria feito pelas respectivas Constituições;
- dar à União competência para definir por lei, as águas particulares e os direitos e deveres de seus proprietários;
- permitir aos Estados legislar supletiva e complementarmente sobre águas, respeitada a lei federal;
- incluir, entre os bens dos Estados, as correntes de água que neles tenham nascente e foz e as águas subterrâneas, cujos depósitos naturais estejam subjacentes exclusivamente aos respectivos territórios, excetuadas das águas

que, em virtude de lei federal, fossem particulares;

f) disciplinar o domínio público hídrico do Distrito Federal de forma idêntica à dos Estados; e g) reconhecer com bens dos Estados e do Distrito Federal os que atualmente lhes pertencem ou que lhes venham a ser atribuídos, preceito esse constante em relação à União.

Assinale-se que a Comissão de apoio à Constituinte, criada pela Portaria DRH 93/87, do Superintendente da SUDENE, no documento "A Sudene e a Constituinte", preparado em função do Anteprojeto, declarou, à pág. 27, que "a devolução aos Estados da competência para legislar sobre águas do seu domínio seria muito útil para adaptação da legislação federal às peculiaridades de cada uma das unidades da Federação localizadas no Polígono das Secas", Recife, 1987.

O mesmo trabalho informa que suas propostas resultam de estreita articulação com entidades representativas da sociedade civil organizada, o que lhes confere força de expressão de aspirações e desejos da grande maioria da sociedade nordestina. Isso também não foi levado em conta.

Felizmente, manteve-se disposição que assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios compensação financeira ou participação no resultado da exploração dos recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, cuja retirada havia sido proposta pelo Centrão (art. 21, parágrafo primeiro).

Em contrapartida, outorgou-se à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal estranha competência comum para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Os termos, todavia, são vagos, que, ao invés de direitos, parece constituir-se em deveres.

5. Terras marginais e praias fluviais

A inclusão, entre os bens da União, das terras marginais, que se presume sejam os terrenos reservados, previstos no art. 14, do Código de Águas, com denominação alterada para terrenos marginais, pelo art. 4, de Dec. - lei nº 9.780, de 5.9.46, e das "praias fluviais", constante do art. 21-II, do Projeto, atenta contra o patrimônio dos Estados, pois, deles retira áreas que lhes pertencem, por disposição constitucional, desde 1934. Além do mais, transferir, pura e simplesmente, tais parcelas territoriais, para a União, representará confisco de bens municipais e particulares, haja vista que deixou de ser empregada a ressalva "se por algum título não forem do domínio (...) municipal ou particular", constante daquela Carta.

Caso prospere a entrega dessas áreas à União, chegaremos ao absurdo dos Estados precisarem solicitar anuência desta, para terem acesso às suas próprias águas. De nada ajudaria o argumento de que as referidas terras são as ribeirinhas aos corpos de água federais, pois, além do texto ser bastante claro a respeito de sua amplitude, ainda seria injustificável o confis-

co por se tratar, da mesma forma, de parcelas de território estadual.

A expressão "praia fluvial", por sua vez, resente-se de precisão jurídica que possa, com segurança, identificar que áreas, além dos terrenos marginais, se pretende transferir, já que, em geral, estão neles contidas.

Torna-se imperioso, portanto, que a expressão "terras marginais e praias fluviais" seja suprimida do referido art. 21-II, do Projeto, quando do segundo turno de votação, pois, se mantida, representará o confisco de patrimônio estadual, municipal e particular, em benefício da União, sem apresentar, todavia, vantagem de ordem prática. Pelo contrário, complicará mais as coisas, já que consideráveis porções de terra, hoje incluídas entre os bens dos Estados, localizadas em regiões importantes de seus territórios, serão transferidas à União.

Isso ocorre quando, tanto o texto da Comissão de Sistematização, como o do Centrão, (embora seja verdadeira heresia jurídica a Constituição declarar, expressamente, revogado determinado texto legal) prevêem a revogação do Dec. lei n. 1.164, de 1 de abril de 1971, que, de forma inconstitucional, declarou indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacional terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura, em cada lado do eixo de rodovias na Amazônia Legal, e que antes pertenciam aos Estados ou Municípios.

Provavelmente, para invalidar tal medida da Assembléia Constituinte, o Poder Executivo, pelo Dec. lei n. 2.375, de 24 de novembro de 1987, revogou o de 1971, mantendo, todavia, o domínio de determinadas áreas, sobre o qual, entretanto, permanece o estigma da inconstitucionalidade. As terras devolutas, indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacional, a que se refere o art. 4º, I, da Emenda Constitucional n.1/69, são aquelas existentes no momento da sua promulgação, e que deveriam, a seguir, ter sido discriminadas.

Se, depois, outras áreas viessem a ser requeridas para tais fins, mas estivessem integrando o patrimônio de Estados e Municípios, precisariam ter sido desapropriadas pela União, ou doadas por seus titulares, já que inexistem, no ordenamento jurídico pátrio, o confisco de terras devolutas do domínio estadual ou municipal, somente porque passaram a ser adjacentes a obras projetadas ou construídas pela União. Qualquer outra transcompulsória demandaria alteração do texto constitucional ferênica e, jamais, deveria ser tomada por lei ou decreto-lei. Isso é dito quanto à forma, pois, a apropriação continua condenável.

6. Conclusão

O exposto permite chegar às seguintes conclusões:

- o Projeto de Constituição, aprovada em primeiro turno, no tocante ao domínio público hídrico, além de centralizador, está eivado de contradições e omissões;
- ao invés de devolver aos Estados a competência supletiva e complementar para legislar sobre águas, respeitada a lei federal, conforme estatua a Constituição

de 1946, submeteu-os à disposição política e administrativa da União, a qual, por lei complementar, poderá autorizá-los a legislar sobre questões específicas. Como a competência estadual não provirá diretamente da Carta Magna, mesmo se outorgada, poderá ser retirada ou alterada, ao sabor dos humores políticos do momento;

c) a inclusão, entre os bens da União, das "terras marginais e das praias fluviais", representará verdadeiro confisco de áreas, em sua maioria do domínio dos Estados, por disposição constitucional, desde 1934, e, em menores proporções, pertencentes aos municípios e particulares. Se, no segundo turno de votação, esse texto permanecer, os Estados poderão chegar ao absurdo de precisarem de outorga federal para acesso às suas próprias águas, o mesmo ocorrendo com terceiros, que pretendem utilizar-se das águas estaduais;

d) a inclusão, entre os bens dos Estados, das "águas superficiais ou subterrâneas", sem qualquer ressalva, faz com que desapareçam as águas municipais, as comuns e as particulares. Certamente, com isso, os Estados terão enormes dificuldades para administrá-las, podendo, ainda, vir a responder, civilmente, pelos danos que esses bens causarem a terceiros;

e) entregando aos Estados as águas subterrâneas, sem considerar os respectivos depósitos naturais, ou aquíferos, que inúmeras vezes estão subjacentes a vários Estados, e, até, a países vizinhos, o texto aprovado ensejará o surgimento de conflitos entre as unidades federadas, quando ocorrer incompatibilidade na extração desses recursos naturais. À vista disso, os aquíferos subjacentes a mais de um Estado, ou que atinjam outras nações, deveriam ter sido incluídos entre os bens da União. Aos Estados pertenceriam os subjacentes exclusivamente aos respectivos territórios;

f) pelo texto aprovado, permanecem sem definição jurídica, quanto ao domínio, as águas situadas no Distrito Federal; g) para evitar a centralização, as contradições e omissões apontadas, inúmeras emendas foram apresentadas, desde a fase de Anteprojeto, sendo, todavia, sistematicamente rejeitadas pelo Relator;

h) abstraídas tais emendas, se houve alguma reação dos Estados, contra a subordinação legislativa que lhes está sendo imposta, ou, mesmo, quanto à perda dos terrenos marginais aos rios, deve ter sido imperceptível, pois não houve eco;

i) a frágil e insegura competência legislativa dos Estados, no tocante às águas, assim como a melhor disciplina do domínio, pelo visto, somente poderão ser corrigidas por emendas à futura Constituição;

j) a perda das "terras marginais e das praias fluviais", todavia, poderá ser evitada, mediante emenda supressiva dessa expressão, constante do art. 21-II, do atual texto. Oxalá os Estados saibam, no segundo turno de votação, defender seu patrimônio, acionando as respectivas bancadas.