

4 OUT 1987 ESTADO DE SÃO PAULO Tribuna p 55 auc

Águas públicas e autonomia estadual

CID TOMANIK POMPEU
Introdução

A devolução da competência dos Estados, para legislar supletiva e complementarmente sobre águas, respeitada a lei federal, vem sendo reclamada desde a sua retirada, pela Constituição de 1987.

Invocada em Seminários, Congresso e Encontros de órgãos e entidades ligados aos recursos hídricos, por Estados de todas as regiões do País, essa faculdade não foi restabelecida por emendas ao texto vigente.

Embora pleiteada em várias oportunidades, em artigos especializados (cf. Cid Tomanik Pompeu, *Gestão de Recursos Hídricos*, em O Estado de S. Paulo, de 25.9.83, 2.10.83 e 3.10.83), nas conclusões dos I, II, III e V Encontros Nacionais de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos, realizados, respectivamente, em São Paulo, Belo Horizonte, Salvador e Brasília, de 1984 a 1986, e em outros eventos, assiste-se, agora, no âmbito dos trabalhos do relator da Assembleia Nacional Constituinte, como já havia ocorrido com a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, tendência à manutenção de capitais dominios aos Estados nessa matéria, condicionando-os à prévia autorização por lei complementar federal.

Espera-se, no entanto, que, no Plenário, ou, ainda, na própria Comissão de Sistematização, sejam ouvidas as vozes dos constituintes defensores da autonomia dos Estados, no tocante à competência para legislar sobre águas, pois, só assim poderão suprir as lacunas da lei federal, cujas disposições estão com atraso de mais de 50.

O exame, embora sucinto, dos textos constitucionais anteriores, assim como do vigente, relativos à questão, é de grande valia para que se tenha exata compreensão dos rumos tomados pelo substitutivo do relator, de agosto de 1987.

CONSTITUIÇÃO DE 24.2.1891

Até o século passado, a navegação era considerada o uso preferencial dos cursos de água. Por essa razão, a competência legislativa estava a ela mais diretamente ligada. Com esse enfoque, a Constituição de 1891 prescrevia, no tocante às águas, que o direito da União e dos Estados, de legislar sobre navegação interior, seria regulado por lei federal, cabendo privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre navegação dos rios que banhassem mais de um estado ou se estendessem a territórios estrangeiros (arts. 13 e 34, item 6°).

A primeira Constituição republicana não tratou da repartição das águas entre a União e as unidades federais.

CONSTITUIÇÃO DE 16.7.1934

Introduzindo forma que, com pequenas alterações de conteúdo, foi adotada pelos textos posteriores, a Constituição de 1934 declarou competir privativamente à União legislar sobre águas e energia hidrelétrica (art. 5° XIX, "I"). A competência federal, todavia, não excluía a estadual, supletiva ou complementar (art. 5°, § 3°). Para atender às peculiaridades locais, as leis dos Estados poderiam suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

Inovando em relação à anterior, a Constituição de 1934 dispôs a respeito do domínio público hídrico, declarando quais águas pertenciam à União, isto é, os lagos e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhassem mais de um estado, servissem de limites com outros países ou se estendessem a território estrangeiro, e as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças (art. 20).

Eram do domínio dos Estados os bens que lhes pertenciam, de acordo com a legislação em vigor, assim como as margens dos rios e lagos nave-

gáveis, destinados ao uso público, se por algum título não fossem do domínio federal, municipal ou particular (art. 21).

Excluídas as águas do domínio da União, as demais pertenciam aos Estados, aos Municípios e aos particulares, ou eram comuns, nos termos do Código de Águas, decretado em 10.7.34 e publicado em 24.7.34.

CONSTITUIÇÃO DE 10.11.1937

A Carta de 1937 outorgou à União competência privativa para legislar sobre energia hidráulica e águas (art. 16, XIV).

Quando se tratasse de questão de interesse predominantemente de um ou alguns Estados, a União poderia, por lei, delegar-lhes a faculdade de legislar em assuntos de sua competência exclusiva, para que regulassem a matéria ou suprissem as lacunas da legislação federal. A lei estadual só entraria em vigor após aprovação do Governo Federal (art. 17).

Se já houvesse lei federal, os Estados poderiam legislar para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, independentemente de autorização, desde que não dispensassem ou diminuíssem as exigências da lei federal. Sobre águas e energia elétrica, mesmo que não houvesse lei federal, podiam também legislar, até que a União regulasse a matéria (art. 18). Com a edição de lei ou regulamento federal, a lei estadual seria derogada nas partes incompatíveis.

O domínio público hídrico foi disciplinado de forma idêntica à da Constituição de 1934 (arts. 36 e 37).

CONSTITUIÇÃO DE 18.9.1946

A Constituição de 1946 também atribuiu à União competência para legislar sobre águas, conferindo, igualmente, aos Estados a legislação complementar (art. 6°).

No domínio público hídrico foram mantidas as disposições relativas à União (art. 34). No tocante aos Estados, houve substancial alteração, pois, ao declarar incluírem-se entre os seus bens os lagos e os que em terrenos do seu domínio, e os que têm nascente e foz no território estadual (art. 35), eliminou a categoria dos rios municipais, constantes do Código de Águas (art. 29, III).

CONSTITUIÇÃO DE 24.1.1967

Manifestando-se eminentemente centralizadora, a Constituição de 1967 também conferiu à União competência para legislar sobre águas, mas negou aos Estados possibilidade de legislar supletivamente sobre a matéria (art. 8°, XVII, "I", parágrafo único).

Sobre o domínio público hídrico, não houve mudança em relação ao texto de 1946 (arts. 4° e 5°).

A Emenda n° 1, 17.10.69, manteve a competência legislativa e o domínio nos moldes da Constituição emendada (arts. 8°, XVII, "I", parágrafo único e arts. 4° - II e 5°).

A Emenda n° 16, de 27.11.80, mediante nova redação ao art. 5°, atribuiu aos Territórios Federais os lagos em terrenos do seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, à semelhança do que ocorre em relação aos Estados.

ENCONTROS DE ÓRGÃOS ESTADUAIS

Como foi visto, no que tange à legislação sobre águas, a centralização e a ofensa à autonomia dos Estados, incompatíveis com o regime federativo, foram a regra durante os últimos vinte anos.

Inconformados com essa situação, os órgãos gestores de recursos hídricos estaduais organizaram, a partir de 1984, Encontros Nacionais, para, entre outros objetivos, fazer com que fosse devolvida às unidades federadas a competência para legislar sobre águas, supletiva e complementarmente, respeitada a lei federal.

A remoção do impedimento constitucional foi recomendada nos I, II e III Encontros Nacionais, havidos, respectivamente, em outubro e novembro de 1984, em São Paulo e Belo Horizonte, e, em 1985, em Salvador.

Em junho de 1986, realizou-se o V Encontro Nacional em Brasília, sob os auspícios do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE e participação dos estados, com o objetivo específico de oferecer sugestões à Comissão de Estudos Constitucionais e à Assembleia Nacional Constituinte, relativas à disciplina constitucional das águas. A primeira recomendação referiu-se, expressamente, à já mencionada competência supletiva e complementar.

A esses eventos, além da União e dos Estados, compareceram organizações privadas e associações ligadas aos recursos hídricos, como a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas - ABAS e a Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH.

COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

A despeito da movimentação de praticamente todos os estados, no sentido de eliminar, por vez, a centralização existente no que concerne aos recursos hídricos, essa Comissão, ao invés de adotar a forma objetiva da Constituição de 1946, em perfeita consonância com a autonomia dos estados na disciplina do uso das águas públicas do seu domínio, propôs texto mais centralizador que o encontrado na Constituição de 1937.

Com efeito, manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre águas (art. 73, V) e, ao invés de abrir a possibilidade dos Estados sobre elas legislar, supletiva e complementarmente, declarou (art. 73, parágrafo único) que lei federal, mediante a especificação do conteúdo e termos do exercício, poderia autorizar os estados a legislar sobre a matéria.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

O substitutivo apresentado pelo relator, em agosto de 1987, declara incluírem-se entre os bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, constituam limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (art. 30, II).

Considerando serem os rios espécie do gênero corrente de água, o vocábulo "rio" poderia ser suprimido, sem qualquer prejuízo para o alcance do texto. Também a expressão "ou dele provenham" é desnecessária, pois o verbo estender, no caso, tem sentido apenas de situação geográfica, e não da relação montante-jusante. Aliás, é forma adotada no direito pátrio há mais de cinquenta anos, sem dúvidas quanto ao fato.

O mesmo Substitutivo coloca, entre os bens dos Estados, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, em depósito ou emergentes. Tendo em vista que hoje somente os lagos em terrenos do seu domínio e os rios que neles têm nascente e foz incluem-se entre esses bens, verificarse-ia substancial amplitude do domínio público hídrico estadual, pois, deixariam de existir as águas municipais, as comuns e as particulares. Excluídas aquelas do domínio da União, todas as demais seriam públicas estaduais. Num país da extensão do nosso, seria de toda conveniência que, em regra, as águas situadas em terrenos que também o sejam permanecessem particulares, nos termos do art. 8°, do Código de Águas. As águas de interesse exclusivamente local, por sua vez, poderiam ser municipais.

Por outro lado, a colocação de todas as águas subterrâneas sob o domínio dos Estados, numa federa-

ção, certamente acarretaria a exploração de aquíferos, ou depósitos naturais, por um ou algum Estado, em prejuízo de outro ou outros. Seria preferível que os depósitos naturais subjacentes a mais de um Estado integrassem o patrimônio da União, ficando para as unidades federadas os subjacentes exclusivamente aos respectivos territórios.

O Substitutivo é ainda omissivo no tocante ao domínio das águas situadas nos Territórios e no Distrito Federal. As deste deveriam integrar o seu patrimônio e as daqueles o da União.

A questão será explicitada mais adiante, quando do comentário às Emendas Es 21.231-1, 21.367-9 e 22.243-1.

O Substitutivo eliminou, igualmente, disposição contida nos textos do Anteprojeto e do Projeto, objetivando que a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal, ao aproveitarem os seus recursos hídricos, resguardem o uso múltiplo das águas. Com o objetivo de manter tal dispositivo, foi apresentada a Emenda Es 34.361-1, do deputado Virgildácio Senna (PMDB-BA).

Já a questão da competência legislativa, na Assembleia Nacional Constituinte, tem sofrido marchas e contramarchas, oscilando de um extremo a outro. O Anteprojeto e o Projeto, da Comissão de Sistematização, adotando forma inconveniente e inadequada para a repartição da competência legislativa entre a União e os Estados, atribuíram a estes a supletiva e complementar em assuntos de seu interesse.

Como não a restringiu, nela ficaram incluídas todas as matérias conferidas à União, o que, na verdade, seria impraticável (arts. 53, I e 57, I, respectivamente).

Mas, se esses textos ampliaram por demais a faixa de legislação supletiva dos Estados, o Substitutivo do Relator, de agosto de 1987, foi para o outro extremo, ou seja, adotando o espírito centralizador do trabalho da Comissão de Estudos Constitucionais, estabeleceu que os Estados somente legislarão sobre águas se autorizados por lei complementar federal (art. 32, V, parágrafo único).

Assinala-se que nem a Carta de 1937, reconhecidamente atentatória à autonomia estadual, chegara a tanto, pois, no art. 18, estabelecia que, mesmo não havendo lei federal, os Estados poderiam legislar sobre águas, até que a União regulasse a matéria, quando a lei seria derogada nas partes incompatíveis. Emenda contrária à autonomia estadual

Mas, se os Estados não podem e não devem aceitar essa restrição à sua autonomia, muito menos devem fazê-lo em relação ao proposto na Emenda ES 20.893-4, cujo teor foi levado ao ilustre e operoso Constituinte Deputado Christóvam Chiaradia (PFL-MG), por setores interessados em manter o impedimento constitucional e a centralização implantados pela Constituição de 1967, infelizmente mantidos, até hoje, para que os Estados legissem supletivamente sobre águas, respeitada a lei federal.

Na justificativa dessa Emenda é dito: "(...) Entendemos que deve também ser excluída a competência estadual quanto à legislação sobre águas, telecomunicações, radiodifusão, informática e energia, pois sobre esses assuntos é patente o interesse nacional". E, mais adiante, "... não há razões que justifiquem legislar os Estados sobre assuntos e serviços que não têm qualquer conotação estadual" (grifamos).

Ora, se a premissa levantada poderia até ser verdadeira em relação aos serviços, jamais o seria no tocante às águas, haja vista que o próprio texto do Substitutivo, no art. 36.I, inclui entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, em depósito ou emergentes. Aliás, exatamente por essa con-

centração de competências nas mãos da União, a partir de 1967, a legislação sobre águas públicas vem encontrando, no País, sérios obstáculos para sua atualização. Por falta de normas legais complementares ao Código de Águas, inúmeras matérias contidas nesse diploma não puderam ser aplicadas, tais como: (1) a desobstrução das águas pela Administração, à custa dos infratores; (2) as multas; (3) a fixação de sanções pelo descumprimento de suas normas; (4) a reposição do leito e margens do estado anterior, quando indevidamente ocupados; (5) a inspeção e autorização das águas comuns e particulares; (6) a desobstrução das águas comuns; (7) a salubridade das águas à custa dos infratores; (8) as servidões urbanas de aqueduto, canais, fontes, esgotos, sanitários e pluviais; (9) as zonas periodicamente assoladas pela seca; (10) o uso comum das águas, gratuito ou retribuído; e (11) a disciplina das águas nascentes.

Muitas dessas questões, por envolverem direito privado, deverão mesmo ficar a cargo da União. As matérias ligadas ao Direito Administrativo, entretanto, poderiam ser disciplinadas pelos Estados, de acordo com as suas respectivas peculiaridades regionais, se, para tanto, isso lhes fosse facultado pela Constituição.

Por outro lado, competência decorrente de lei especial não se coaduna com a autonomia dos Estados e é inaceitável, uma vez que o juízo da oportunidade e conveniência, amplitude e eventual revogação estará sempre fora ao seu controle.

E não se diga tratar-se de interesse de um ou de alguns estados, porque é de todos, pois, do contrário, não poderão administrar com eficiência e eficácia as águas colocadas pela Constituição sob o seu domínio, em especial nas regiões periodicamente assoladas pelas secas, que estão a esperar, desde 1934, a edição de lei federal sobre águas. Os estados devem poder regular a matéria de acordo com suas necessidades, até que lei federal, com atraso de mais de cinquenta anos, venha a fazê-lo.

EMENDAS FAVORÁVEIS A AUTONOMIA ESTADUAL

A disciplina constitucional das águas, compatível com o sistema federativo e respeitadora da autonomia dos estados, Distrito Federal e Municípios, prevista nos artigos 28 e 52, VII "c", assim como do direito de propriedade, assegurado pelos artigos 6° e 236, do substitutivo, deveria ser a constante das Emendas ES 21.231-1, 21.367-9 e 22.243-1, respectivamente, dos deputados constituintes Virgildácio Senna (PMDB-BA), Fernando Bezerra Coelho (PMDB-PE) e Tito Costa (PMDB-SP).

Segundo tais emendas, incluir-se-iam no patrimônio da União: "os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro: as águas subterrâneas cujos depósitos naturais estejam subjacentes ao território de mais de um estado e as águas superficiais e subterrâneas situadas nos territórios federais".

A União seria facultada transferir para o domínio municipal as águas de interesse exclusivamente local, situadas nos territórios.

Estariam incluídos entre os bens dos estados: "os lagos em terrenos do seu domínio, as correntes de água que neles tenham nascente e foz, e as águas subterrâneas cujos depósitos naturais estejam subjacentes exclusivamente ao seu território, excetuadas as águas que, em virtude de lei federal, sejam particulares".

As Constituições estaduais poderiam transferir para o domínio municipal as águas de interesse exclusivamente local.

Entre os bens do Distrito Federal estariam incluídas águas, da mesma forma preconizada para os estados.

Aos estados seria permitida a legislação sobre águas, supletiva e complementar, respeitada a lei federal.

Com o objetivo de evitar que se prolonguem as discussões e confusões, no tocante à aplicabilidade, ou não, das disposições sobre jazidas, minas e recursos minerais, às águas subterrâneas sem características ou propriedades especiais, a Constituição remetia a definição da matéria à lei.

CONCLUSÕES

O exposto nos permite chegar às seguintes conclusões:

a) é tradição brasileira repartir no texto constitucional o domínio público hídrico entre União e estados;

b) de 1934 a 1967, os estados puderam legislar sobre águas, de forma supletiva e complementar, respeitada a lei federal, o que lhes foi retirado pela Constituição de 24.1.67, assim permanecendo até hoje;

c) a concentração da competência legislativa nas mãos da União vem impedindo a atualização do direito de águas brasileiro, de conformidade com peculiaridades regionais, o que poderia ser feito pelos estados, com reais vantagens;

d) a devolução da competência estadual, para legislar sobre águas, vem sendo reclamada não só pelos estados, nos vários Encontros Nacionais de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos, como por órgãos e entidades federais, associações ligadas aos recursos hídricos e organizações particulares;

e) a proposta da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, limitando a autonomia dos estados na competência legislativa sobre águas, condicionou-a à edição de lei federal autorizável, especificando o conteúdo e os termos da lei estadual;

f) o substitutivo do relator, de agosto de 1987, adotando o espírito centralizador dessa comissão, estabelece que os estados somente legislarão sobre águas se autorizados por lei complementar federal;

g) a Emenda ES 20.893-4, cujo teor é atribuído a setores que pretendem manter o impedimento constitucional e a centralização implantados pela Constituição de 1967, e, infelizmente, mantidos até hoje, objetiva vedar aos estados legislar sobre águas;

h) as Emendas ES 21.231-1, 21.367-9 e 22.243-1, respectivamente, dos Deputados Constituintes Virgildácio Senna (PMDB-BA), Fernando Bezerra Coelho (PMDB-PE) e Tito Costa (PMDB-SP), procuram restaurar a autonomia dos Estados, no tocante à competência para legislar, supletiva e complementarmente, sobre águas; repartem as águas públicas segundo os princípios federativos que regem o País; reconhecem a existência de águas municipais e particulares; definem as águas do domínio do Distrito Federal; e, para evitar que se prolonguem as discussões, quanto à aplicabilidade, ou não, das disposições sobre jazidas e recursos minerais às águas subterrâneas sem características ou propriedades especiais, remetem a definição da matéria à lei;

i) para que sejam resguardados os usos múltiplos a que se devem prestar as águas públicas, quando do seu aproveitamento pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, a Emenda ES 34.361-1, do Deputado Virgildácio Senna (PMDB-BA), reincorporando ao Projeto disposição suprimida pelo Substitutivo, é de grande significado.

j) com as emendas respeitadoras da autonomia estadual, quanto à legislação, dos princípios federativos, no que se refere ao domínio das águas, e ao direito de propriedade, relativamente às águas particulares, a disciplina constitucional das águas estará à altura das necessidades do País.