

# SANEAMENTO BÁSICO E RECURSOS HÍDRICOS NA LEGISLAÇÃO METROPOLITANA

Cid Tomanik Pompeu\*

## I - INTRODUÇÃO

Sem pretender apresentar uma crítica à terminologia adotada pela Lei Complementar federal n.º 14/73, assim como pela Lei Complementar estadual n.º 94/74, entendemos que seria bastante oportuna a análise de algumas expressões contidas nos referidos diplomas, relacionadas com o tema focalizado neste trabalho.

Com tal propósito, julgando ser matéria de grande relevância para o perfeito entendimento da expressão "*aproveitamento dos recursos hídricos, na forma que dispuser a lei federal*", constante do inciso VI, do artigo 4.º, da Lei Complementar n.º 14/73, efetuaremos rápido exame sobre o regime jurídico a que estão submetidos os recursos hídricos no direito brasileiro, para, em seguida, cuidarmos de seu alcance na lei metropolitana.

De igual importância, a nosso ver, principalmente em razão do surgimento das entidades metropolitanas, é a questão da *concessão de uso do bem público água e da concessão para a exploração de serviços de água e de esgotos*, que, embora intimamente interligadas, apresentam características distintas, a nosso ver justificativas do destaque que lhes daremos.

Iniciaremos, portanto, analisando o conceito de saneamento básico, para tentar verificar o alcance que se pretendeu dar à expressão, principalmente na lei federal, da qual a estadual é consequência.

## II - CONCEITO DE SANEAMENTO BÁSICO

Se sanear é *tornar higiênico, saneamento* é o ato ou o efeito de sanear; e, se

*básico* significa essencial, fundamental, devemos entender por *saneamento básico* o conjunto de medidas destinadas a garantir uma situação de higiene considerada fundamental, em determinado local, em dado momento.

À vista disso podemos perceber, claramente, que se trata de conceito relativo, referente a certa situação, em determinado local, em dado momento, não existindo, então, um *conceito universal* de saneamento básico, mas somente *conceitos locais e regionais*.

De fato, o que é básico, fundamental, essencial em determinada localidade ou região, pode não ser em outras.

No Brasil e na América Latina, a expressão, principalmente a partir dos planos da SUDENE, passou a designar, no âmbito da engenharia sanitária, os *serviços e obras de abastecimento de água e de coleta de esgotos* em todas as suas fases, tanto de adução, tratamento e distribuição de água, como de coleta, tratamento e destino final dos esgotos.

Esse tipo de higiene do ambiente, em razão do perigo que sua ausência significava para as populações nordestinas e que hoje representa para a brasileira e sul-americana, passou a ser entendido como *de base, como básico*.

Daí o conceito se expandiu, e vamos encontrá-lo presente nos Congressos da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária-ABES e da Asociación Interamericana de Ingeniería Sanitaria - AIDIS, aceito sem reservas pelos engenheiros sanitaristas sul-americanos.

## SANEAMENTO E RECURSOS HÍDRICOS

Sendô, entretanto, expressão de conteúdo variável, que sofre influências do lu-

\* Consultor jurídico da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP

gar e da época, ela pode, a qualquer momento, abrigar conteúdo diverso.

Com efeito, o próprio Código Nacional de Saúde (Decreto n.º 49.974-A, de 21-1-1961, art. 33, § 1.º) fala em serviços de saneamento e específica, em seguida, o abastecimento de água e a remoção de resíduos (sólidos, líquidos ou gasosos) O *básico*, portanto, seria qualquer desses tipos, desde que fundamental em determinados momento e local.

### III - A EXPRESSÃO SANEAMENTO BÁSICO EMPREGADA NO INCISO II, DO ARTIGO 5.º, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 14, DE 8-6-1973

Examinando o inciso II, do artigo 5.º da Lei Complementar n.º 14, de 8-6-1973, vemos que os serviços de *saneamento básico*, notadamente *abastecimento de água, rede de esgotos e limpeza pública*, foram considerados *serviços de interesse metropolitano*.

A Lei Complementar n.º 14/73, portanto, não empregou a expressão *saneamento básico* com o sentido que lhe dá a engenharia sanitária brasileira, mas com um sentido mais amplo, faltando apenas alusão aos *resíduos gasosos* para abranger a expressão *serviços de saneamento* adotada no Código de Saúde.

Aliás, ao destacar abastecimento de água, rede de esgotos e limpeza pública o legislador pátrio deixou implícito que a expressão pode abranger outros serviços que serão, então, entendidos, igualmente, como de interesse metropolitano.

Uma vez que a análise de todos os aspectos que a expressão *saneamento básico* pode abranger alongaria de forma desnecessária este trabalho, procuraremos nos concentrar naqueles empregados pela Lei 14/73 e, principalmente, nos ligados aos recursos hídricos, pois estes, de maneira especial, são parte integrante do tema aqui desenvolvido.

Veremos, portanto, em seguida, a forma de outorga desses serviços.

### IV - CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS

Antes de iniciarmos o exame da outorga dos serviços de saneamento básico nas re-

giões metropolitanas, gostaríamos de estabelecer rápido confronto entre a expressão *interesse metropolitano*, contida no artigo 5.º, da Lei 14/73 e a expressão *peculiar interesse, especialmente quanto à organização dos serviços públicos locais*, contida no artigo 15, inciso II, letra "b", da Constituição Federal, quando cuida da autonomia municipal.

No exame dessas disposições, nota-se que o legislador pátrio, ao estabelecer as regiões metropolitanas, considerou, de forma expressa, determinados serviços como sendo *metropolitanos*, isto é, *regionais* e não mais como *locais, peculiares* aos Municípios.

Aliás, no sentido de que os serviços que ultrapassam os limites de um Município deixam de ser locais para serem regionais, a doutrina brasileira é pacífica, podendo ser citado CRETELLA JÚNIOR, quando afirma, no volume III de seu Tratado de Direito Administrativo, à página 131, que "é competente o Estado para conceder à pessoa de direito privado a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Município"

Ao declarar, portanto, no § 1.º, do artigo 2.º, da Lei n.º 14/73, que a *nomeação* dos membros do Conselho Deliberativo das regiões metropolitanas será feita pelo Governador do Estado e, no § 3.º do mesmo artigo, que incumbe ao Estado, a *expensas próprias*, prever as despesas de manutenção dos dois conselhos previstos na aludida Lei, o legislador veio demonstrar que os serviços *metropolitanos* devem ficar sob a égide do Estado.

Sendo assim, a outorga desses serviços não caberá mais aos Municípios, mas ao Estado.

Foi isso, exatamente, o que previu a Lei Complementar estadual n.º 94, de 29 de maio de 1974, relativa à Região Metropolitana de São Paulo.

Essa lei, com efeito, no inciso V, do artigo 2.º, declarou competir ao Estado a concessão, permissão e autorização dos serviços comuns de *interesse metropolitano* e a fixação das respectivas tarifas.

Ora, como a própria lei federal diz que os serviços de *saneamento básico*, notadamente os de abastecimento de água, de rede de esgotos e de limpeza pública, são de interesse metropolitano, ao Estado caberá conceder, permitir ou autorizar a sua execução.

Uma vez que a lei federal (art. 3.º, II) dá, também, como objetivo, a unificação dos

serviços comuns, esta medida poderá ser efetivada tanto pela *concessão à entidade estadual*, como pela *constituição de empresa de âmbito metropolitano*, como, ainda, por outros meios. A lei paulista (art. 4.º, § 3.º) *inclui o Município* na execução de parcelas ou etapas desses serviços.

### V - ABASTECIMENTO DE ÁGUA, REDES DE ESGOTO E SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA

As expressões em epígrafe, merecem, a nosso ver, uma análise, para que se tenha idéia exata de seu campo de abrangência, como se poderá ver:

a) *abastecimento de água* - por abastecimento de água podemos entender a captação, o transporte, a reservação e a distribuição de água, fases em que, a grosso modo, podem ser divididos tais serviços;

b) *rede de esgotos* - embora a expressão dê a entender apenas a coleta urbana de esgotos, acreditamos que, segundo o espírito da lei federal, ela deverá abranger não só a coleta e transporte mas, também, o tratamento e destino final dos despejos;

c) *limpeza pública* - da mesma forma, a expressão limpeza pública poderá abranger a varredura, lavagem de logradouros públicos, assim como a coleta e destino final do lixo, isto é, dos resíduos sólidos.

A lei estadual prevê, como vimos, que algumas parcelas ou etapas desses serviços poderão, a juízo do Estado, ficar a cargo dos Municípios, encarregando-se, então, a entidade metropolitana das etapas e parcelas seguintes. Com isso, em alguns casos, o Estado poderá cuidar apenas da execução das primeiras fases do abastecimento de água e das últimas do esgoto e da limpeza pública.

### VI - OS RECURSOS HÍDRICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Recurso hídrico* é a expressão mais ampla para nos referirmos às coleções de água, superficiais ou subterrâneas, existentes em uma determinada localidade ou região.

A lei federal fala em "*aproveitamento dos recursos hídricos, na forma que dispuser a lei federal*" (inciso VI, do artigo 5º).

Convém, então, que procuremos, preliminarmente, fixar alguns pontos indispensáveis para o bom acompanhamento das idéias que virão a seguir.

Comecemos, portanto, examinando o *domínio e a classificação das águas* no or-

denamento jurídico brasileiro, assim como a *competência* das pessoas jurídicas públicas para legislarem sobre a matéria.

Tomemos, como ponto de partida, a *Constituição Federal* que, no artigo 4.º, inciso II, ao tratar das *águas interiores*, declara incluírem-se entre os bens da União:

"II — os lagos 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 ..."

e, no artigo 5.º, estabelece:

"art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz..."

As águas públicas, portanto, podem estar tanto sob o domínio da União como dos Estados.

Ainda no campo disciplinado pela Constituição Federal, vamos encontrar, no artigo 8.º, inciso XVII, letra "i", a afirmação de que à *União compete legislar sobre águas*. Do exame do parágrafo único, desse mesmo artigo, nota-se que a competência da União retirou a dos Estados para legislarem supletivamente sobre águas, uma vez que a letra "i", supra, não está incluída nas exceções previstas.

Por esta razão, o inciso VI, do artigo 5.º, da Lei 14/73, ao referir-se ao aproveitamento dos recursos hídricos estabeleceu *que este deverá obedecer "a forma que dispuser a lei federal"*.

Resta-nos, portanto, examinar o que diz a legislação federal sobre recursos hídricos, isto é, o Código de Águas e, no tocante às águas subterrâneas, também o Código de Mineração.

Datando de 10 de julho de 1934, nosso Código de Águas, fruto, principalmente, da inteligência e da cultura de um dos nossos maiores juristas, Alfredo Valladão, é, ainda hoje, uma das mais perfeitas leis sobre a matéria e, embora em muitos casos deva ser interpretado à luz da Constituição vigente, ainda nos conduz, com segurança, para a solução dos problemas relativos à água.

Esse Código, ao cuidar da propriedade das águas, estabelece, no artigo 1.º, que as *águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais*.

São *públicas de uso comum*, além das águas territoriais, as *correntes*, os *canais*, *lagos*, e *lagoas*, *navegáveis ou flutuáveis*, e as *correntes de que se façam essas águas*, assim como as *fontes* e *reservatórios públicos e as nascentes*, quando forem de tal modo consideráveis que, por si sós, consti-

tuam o "caput fluminis". Também os *braços* de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou fluutuabilidade destas, são águas públicas de uso comum.

O conceito de *navegabilidade e fluutuabilidade* foi estabelecido no artigo 6.º e parágrafo, do Decreto-lei n.º 2.281, de 5 de junho de 1940.

*Dominicais* são as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público, de uso comum ou não forem comuns (art. 6.º).

*Águas particulares* são aquelas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou águas comuns (art. 8.º).

Para a matéria agora em exame, principalmente em razão da sua pequena quantidade, devemos deixar de lado tanto as águas *particulares* como as *dominicais*.

Examinaremos, portanto, apenas os usos e aproveitamentos das *águas públicas de uso comum*, que podem ser efetivados, *com ou sem derivação*, cabendo a outorga, salvo nos casos expressos em lei, ao ente que tiver o domínio sobre essas águas.

Embora o Código de Águas cuide, também, das *águas subterrâneas* (arts. 96 a 101), lembramos que, segundo o direito brasileiro, a não ser quando ocorre a hipótese prevista no artigo 100, do Código de Águas (correntes que desaparecem momentaneamente do solo), tais águas são consideradas "res nullius", estando, inclusive, classificadas como jazidas (Classe IX), pelo Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 5.º).

O mesmo Código de Mineração, no artigo 10, inciso V, declara que as jazidas de água subterrânea deverão reger-se por leis especiais. Na ausência de tais leis, devem ser, a nosso ver, adotadas as disposições do Código de Águas que não conflitem com o Código de Mineração.

Como exemplificação do que foi dito, convém que, num rápido apanhado, relacionemos os principais usos e aproveitamentos de água, que são:

- a) abastecimento às populações e às indústrias;
- b) irrigação;
- c) energia hidráulica;
- d) navegação;
- e) caça e pesca e aquicultura e
- f) fins recreativos.

Dos aproveitamentos citados, o *abastecimento* e a *irrigação* implicam, sempre, na derivação da água; a *produção de energia*,

somente em alguns casos, e a *navegação*, a *caça*, a *pesca*, a *aquicultura* e a *recreação* não requerem derivação.

A produção de *energia*, a *navegação* e a *pesca* dependerão de outorga do ente que tiver o domínio sobre a água pública.

## VII — APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS COMO SERVIÇO DE INTERESSE METROPOLITANO

À vista do exposto, vemos que devem ser *excluídos*, já de início, da expressão *aproveitamento dos recursos hídricos*, contida na Lei 14/73, aqueles que são de competência *exclusiva da União*, ou seja, a produção de *energia elétrica* e, em inúmeros casos, a *navegação*, assim como os demais aproveitamentos quando recaírem sobre *águas públicas de uso comum, sob o domínio da União*.

Mesmo com relação às águas sob o domínio dos Estados, quando da outorga de concessões ou autorizações, devem ser respeitados os direitos de terceiros (art. 45, do Código de Águas), entre os quais estão incluídos aqueles das concessões e autorizações conferidas pela União.

No que tange às *águas sob o domínio do Estado de São Paulo*, a competência para outorgar concessões e autorizações, *para o uso do bem público água*, é do Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE, autarquia criada pela Lei n.º 1.350, de 12-12-1951 e adaptada ao Decreto-lei Complementar n.º 7/69, pelo Decreto n.º 52.636, de 3 de fevereiro de 1971.

Ao DAEE, nos termos do inciso I, do artigo 2.º, do Regulamento aprovado pelo mencionado decreto, incumbe *estabelecer a política de utilização dos recursos hídricos*, tendo em vista o desenvolvimento integral das bacias hidrográficas.

De conformidade, ainda, com o artigo 4.º, do citado Regulamento, *são atribuições do DAEE*, entre outras:

- a) executar, no Estado de São Paulo, o Código de Águas e leis federais subseqüentes;
- b) examinar e instruir estudos e projetos de órgãos públicos ou privados, para efeito de autorização, concessão e permissão para uso ou derivação de águas de domínio estadual como das águas de domínio federal, no que lhe for delegado ou atribuído.

Sendo assim, as atribuições previstas na Lei 94/73, como de competência do Estado, *no tocante à utilização do bem público água*, estarão a cargo da citada autarquia.

### VIII — A CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO PARA APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS, NA FORMA QUE DISPUSER A LEI FEDERAL

O aproveitamento dos recursos hídricos, como foi visto, *deve seguir as normas federais*, uma vez que à *União* cabe, *privativamente, legislar sobre águas*.

Ora, considerando-se que alguns aproveitamentos são, igualmente, exclusivos da União, cabe-nos, nesta oportunidade, examinar aqueles que devem ser concedidos, permitidos ou autorizados pelos Estados.

Assim, todas as vezes que esses aproveitamentos estiverem *disciplinados por lei federal*, quer quanto ao *procedimento de outorga*, quer quanto às normas de saúde pública tais disposições deverão ser obrigatoriamente seguidas.

Admitindo, portanto, que as normas que disciplinam a *proteção e preservação* da saúde devam ser sempre obedecidas, da mesma forma que aquelas referentes à *proteção e conservação da flora e da fauna* aquáticas, examinaremos, neste momento, a questão da outorga, pelo Estado, de concessão ou autorização para a *derivação* de águas públicas estaduais.

Essa matéria, embora de competência estadual, deve obedecer ao disposto nos *artigos 43 e seguintes e 63*, do já referido Código de Águas.

Sendo assim, tais águas não poderão ser derivadas para as aplicações da *agricultura, da indústria e da higiene* sem existência de *concessão administrativa*, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de *autorização administrativa*, que será dispensada nos casos de derivações insignificantes.

Com isso, as *derivações* para *uso industrial* e para *irrigação* de propriedades devem ser objeto de *autorização* e as derivações que encerrem *utilidade pública*, isto é, o *abastecimento público das populações ou zonas industriais*, devem ser outorgados mediante *concessão*.

Os regulamentos administrativos poderão prever, ainda, casos de *permissão* ou *autorização* para a *caça, a pesca, a aquicultura e uso recreacional*, obedecidas, sempre, as leis federais sobre a matéria.

### IX — A FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSÕES, PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES

Já vimos que o bem público água poderá ser utilizado mediante os institutos da concessão, da permissão e da autorização.

Essas outorgas, no entanto, se não forem provenientes do ente público que *tiver competência para prestar o serviço* a ser explorado, *não encerrarão qualquer delegação* do exercício de poderes públicos.

A *utilização do bem público água* poderá, ainda, ser a título gratuito ou oneroso. Em caso de pagamento por parte do concessionário, permissionário ou autorizado, este pagará ao poder outorgante uma prestação ou cãnone fixado no ato de outorga. Em caso de concessão de serviços públicos, as tarifas decorrentes serão pagas, pelos usuários do serviço prestado, ao titular da concessão.

No caso da Região Metropolitana de São Paulo, a *concessão para uso do bem público água e a autorização para o retorno das águas servidas*, que não encerram delegação, deverão ser outorgadas e fiscalizadas pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE.

Enquanto o DAEE fiscalizará o *uso* do bem público água, o Estado, através da entidade metropolitana, acompanhará o *funcionamento dos serviços concedidos*.

### X — CONCLUSÕES

Após esta apresentação poderemos, finalmente, chegar às seguintes conclusões:

a) não existe um conceito universal de saneamento básico, mas somente conceitos locais e regionais;

b) a expressão saneamento básico refere-se, sempre, a certa situação existente em determinado local, em dado momento;

c) a expressão saneamento básico, empregada pela Lei n.º 14/73, tem sentido bem mais amplo do que o adotado pela engenharia sanitária brasileira;

d) a Lei n.º 14/73 adotou o critério de que os interesses que ultrapassem o âmbito local passam para a égide do Estado;

e) segundo a Lei n.º 94/74, algumas parcelas dos serviços de saneamento básico podem ficar a cargo dos Municípios;

f) de conformidade com o direito brasileiro, o aproveitamento de recursos hídricos para a produção de energia elétrica e, em geral, para a navegação e pesca, dependerá de outorga da União, mesmo em se tratando de rios estaduais;

g) nos demais aproveitamentos, a outorga estará a cargo do ente que detiver o domínio sobre a água;

h) no Estado de São Paulo, a concessão e a autorização de *uso do bem público água* cabe ao Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE.