PRIVATIZAÇÃO: A GOTA D'ÁGUA.

LUIZ FERNANDO VILLARES E SILVA[1]

1. Introdução — 2. *Atuação estatal na economia* — 3. *Estruturas e competências institucionais* — 4. *Privatização?* — 5. *Bibliografia*

1. Introdução

Os ventos do neoliberalismo trouxeram para o nosso país nas décadas de 80/90 a redefinição das atividades de produção controladas pelo Estado brasileiro. Ventos que provocaram a transferência de algumas das atividades econômicas, até então exercidas pelo Estado, eis que serviços públicos ou de interesse coletivo, para as mãos da iniciativa privada. A crítica neoliberal se fundou na baixa eficiência das atividades isentas do regime concorrencial, típica do livre mercado, bem como no barateamento dos custos na prestação do serviço (ou produção das mercadorias) pelos particulares e, finalmente, no atraso tecnológico da empresas estatais. Na esteira dessa discussão ideológica ou retórica, sérios problemas quanto à mudança na forma de interferência do Estado no domínio econômico surgiram da nova estrutura que se tentou implementar.

O presente artigo não é um divisor de águas nessa discussão política, visto que, no começo deste século ela se intensificou e mudou de rumo. Sintoma disto é a eleição do atual Presidente da República, baseada em programa de Governo com postura refratária à onda de privatizações havida[2]. Não é seu papel, também, propor

1 Advogado, mestrando em Ciência Ambiental pela Universidade de São Paulo com bolsa de pesquisa da FAPESP.

Os agradecimentos pela bolsa de mestrado concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, cujo processo tem o número 02/03233-1.

2 Com estrita relação ao terna proposto, que será pormenorizadamente analisado posteriormente, importante declaração do secretário-executivo do Ministério do Meio Ambiente, Cláudio Langone, sobre a rediscussão do Projeto de Lei 4.147, que tramita na Câmara Federal desde 2001, proposto pelo Poder Executivo: "O governo passa por uma nova orientação, onde não cabe mais uma lei

alternativas ao modelo implementado, uma vez que as novas dificuldades trazidas por ele são maiores que sua simples pretensão. Seu único desejo é conhecer e debater algumas contradições do sistema fundado na regulação feita pelas "agências" setoriais e as dificuldades que o direito enfrentou, ou deverá enfrentar a partir de então.

Para delimitação necessária do tema, dar-se-á exclusiva atenção ao papel do Estado como agente direto, normativo e regulador do serviço de abastecimento de água e tratamento de esgotos A escolha não se aleatória, ela se deve à importante contribuição que o exemplo pode nos dar. Com efeito, as dificuldades no uso compartilhado da água, o conflito da titularidade do serviço público, sua prestação tradicional por empresas públicas e as recentes privatizações ou participações de empresas privadas nessa atividade, ainda de forma incipiente, mas exemplificativa, e, finalmente, a ínsita relação com questões ambientais, tornam o assunto fantasticamente diverso.

O caminho trilhado passará pela caracterização da atividade de saneamento ambiental ou básico (abastecimento de água e tratamento de esgotos domésticos) como serviço público, atividade econômica de titularidade do Estado, prestada diretamente ou por meio de concessão ou permissão para empresas particulares, seguindo pela descrição das estruturas e competências do sistema, parte mais desafiadora, tendo em vista a nova reconfiguração não só em termos setoriais, mas, principalmente, em sua relação com a regulação ambiental, terminando com um breve apanhado das privatizações na área.

2. Atuação estatal na economia

Sob a forma de organização social conhecida como capitalismo de mercado, o Estado sempre teve papel preponderante na produção econômica. De saída, pode-se falar que o Estado moderno que conhecemos hoje é corolário da produção econômica capitalista, Atuando na esfera social em maior ou menor grau (constituindo o econômico em uma parte dessa esfera), seja na manutenção de sua forma de organização através das instituições garantidoras do livre intercâmbio de propriedades (propriedade, contratos, forma de empresas, moeda etc.), na prestação de serviços tipicamente identificados como justiça, segurança, defesa, educação e mesmo na produção de bens (mercadorias) essenciais ao indivíduo ou ao desenvolvimento nacional. Fica patente a aproximação do Estado das relações econômicas de uma sociedade.

Por outro lado, as atividades do Estado na economia também refletem os anseios e necessidades sociais, através das imposições políticas ou mesmo das imposições econômicas do mercado (que também são políticas), evidenciando a margem cinzenta que une política à economia. O Estado atuante na economia, e sempre o será, está, na verdade, direcionando a riqueza social para um ou outro indivíduo. O Estado não se retira do domínio econômico, como quer fazer parecer o novo discurso. A recente

com foco tão privatista". Gisele TEIXEIRA, *Fortes mudanças de direção no Meio Ambiente*, Gazeta Mercantil, terça, 14 de janeiro de 2003, p. C-5.

formação trazida pelo neoliberalismo molda suas atividades na direção do fortalecimento dos mercados, na intensificação do fluxo internacional de capitais, nas alianças corporativas, resumindo, no movimento de reprodução do dinheiro[3].

No mais, dúvida nenhuma acode quanto à presença do Estado na vida econômica. Necessário se mostra delimitar como e onde essa presença se efetiva, quais atividades são de sua titularidade e quais são reservadas à iniciativa privada. Não poderíamos olvidar a sempre lúcida visão de Eros Roberto GRAU sobre o assunto. O doutrinador classifica a atuação estatal do Estado no domínio econômico em *intervenção,* quando conota a atuação no campo da atividade econômica em sentido estrito, área constitucionalmente garantida à iniciativa privada[4]. Na área de sua titularidade, o Estado, devidamente autorizado pelo artigo 175 da Constituição de 1988, presta serviços públicos, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Portanto, serviço público é um tipo de atividade econômica cuja titularidade é do Poder Público, podendo ser prestada pelo setor privado. Por conseqüência, a atuação do Estado, apenas permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo definidos em lei, de acordo com o artigo 173, que não seja a prestação de serviços públicos, é chamada intervenção.

Para ser mais claro quanto à diferenciação que faz GRAU temos, então, atividade econômica em sentido amplo, subdividida em atividade econômica em sentido estrito (onde há a intervenção estatal e serviço pública. Já ao Estado, como agente normativo e regulamentador, cabem, pelo artigo 174, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento no que toca à atividade econômica, aqui no sentido amplo do vocábulo[5].

Todavia, delimitadas as diferenças na exploração da atividade econômica pelo Estado e tendo em vista a ambigüidade da palavra, o que nos interessa no presente trabalho é o conteúdo da expressão "serviço público". O citado doutrinador expõe que a definição da fronteira entre a atividade econômica em sentido estrito e serviço público é resultado da captação, no universo da realidade e num determinado momento histórico, do confronto dos interesses entre capital e trabalho, sendo que o primeiro pretende um maior campo para a especulação lucrativa, enquanto o outro a ampliação do serviço público[6]. A prestação do serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens, serviços, recursos escassos. É parcela da atividade econômica em sentido amplo, vinculada ao interesse social, atividade indispensável à consecução da coesão e interdependência social[7]. A definição de algumas atividades como serviço público pela Constituição, na visão do autor, afasta qualquer dúvida.

3 Cristiane DERANI, *Privatizações e Serviços Públicos. As ações do Estado na produção econômica*, p. 32.

4 Eros Roberto GRAU, A *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 131.

5 *Ibidem*, p. 145.

6 *Ibid.*, p. 147.

7 *Ibid.*, p. 161.

Se, por um lado, podemos dizer que a atividade econômica em sentido amplo só pode ser exercida pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (*caput* do art. 173), por outro, devemos ao serviço público sua correlação com o interesse social.

Irretorquível propriedade mostra Cristiane DERANI[8] ao igualar interesse público ao interesse coletivo no Estado democrático de direito, pelo que teremos o Estado agindo (e se justificando) em função de interesses que são distintos dos interesses individuais que compõem a sociedade, buscando o interesse coletivo. De igual modo, deve-se precisar serviço público como serviço destinado à coletividade, pois as atividades do Estado podem ser definidas como serviços que a sociedade julgou essenciais para manter a coesão social, passando a ser historicamente regulamentados[9]. O interesse coletivo não tem um conteúdo preestabelecido, materializa-se no direito através da busca da solidariedade social, garantindo a adequação das relações sociais antagônicas. Essa materialização está formada e conformada pela Constituição, dando-se seu preenchimento pelo Estado através de sua ação política.

A atividade econômica do Estado pode ou não ser inserida no mercado, dependendo da destinação que se dará aos objetos produzidos. Os bens produzidos podem ser mercadorias, trocadas por equivalentes monetários segundo a disponibilidade a pagar dos agentes privados e com a finalidade de gerar lucro para a empresa estatal. Ou bens não mercantis, quando estão fora do sistema de mercado e sua inversão não terá o lucro como meta, mas a coesão social e a construção de uma vida digna.

As atividades estatais de produção imersas no sistema de mercado desenvolvem-se na forma de monopólio ou em regime de concorrência. De acordo com a doutrinadora, essa forma de exploração de atividade econômica pelo Estado é feita de forma direta, através de empresas privadas (seja empresa pública, sociedade de economia mista ou outra forma empresarial permitida), com autorização legal, segundo o artigo 173 da Constituição.

Por conseguinte, quando o produto ou serviço está fora do sistema de preços de mercado está-se diante de um serviço público[10], prestado de forma direta (por autarquias, empresas públicas, soc. economia mista etc) ou sob regime de concessão ou permissão. A oferta desses bens/serviços também deve estar atrelada aos imperativos da universalidade geográfica e social da prestação, continuidade do serviço no tempo e eqüidade no tratamento dos usuários, sendo a remuneração calculada para a manutenção do serviço, muitas vezes dependente de subsídios e subvenções estatais. O investimento público fora de mercado é eficiente quando persegue e atinge não o lucro (mesmo que ele seja sempre um elemento importante e presente), porém a maior taxa de satisfação coletiva, ou seja, quando responde ao interesse coletivo.

A escolha de qual atividade é ou não um serviço público, apesar de ser historicamente uma decisão social, está longe de ser subjetiva, devendo ater ao direito, aos princípios da Constituição Federal. O acesso aos serviços adjetivados por públi-

8 *Op. cit.*

9 *Ibid.*, p. 52.

10 *Ibid.*, pp. 57/58.

cos aparece como um direito fundamental do cidadão. De outro ponto de vista, o serviço público apresenta-se como estratégico ao desenvolvimento do país, riqueza proveniente de recursos naturais, necessário ao abastecimento de gêneros de indispensabilidade social ou de tecnologia de ponta etc.

A propósito, a escola administrativista, por uma de seus maiores expoentes nacionais, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO[11], concorda com a vinculação entre serviço público e interesse da coletividade, onde o Estado assume determinado tipo de atividade que não parece conveniente ser deixada nas mãos da iniciativa privada. Como elemento formal, o que de cada forma é repudiado pelos teóricos do Direito Econômico, o Direito Administrativo vê a sujeição do serviço público não comercial ou industrial ao regime jurídico de direito público, enquanto os comerciais e industriais enquadram-se num regime jurídico híbrido — nas relações com os particulares, regime de direito privado; nas relações com o Estado, regime de direito público.

O que justificaria o tratamento privilegiado da atividade de saneamento ambiental, distribuição de água e coleta de esgotos, ser enquadrada como serviço público?

Certamente pode-se falar que o monopólio natural seria uma primeira justificativa do enquadramento no regime diferenciado. Monopólio natural ou de fato é a inexistência de outro agente econômico interessado na atividade econômica monopolizada, por não ser economicamente atrativa, devido aos altos custos da produção. Só existiria lugar para a ação de uma empresa, pois a concorrência traria uma diminuição tão grande nas vantagens da atividade de produção que a tornaria não rentável economicamente.

Outra forma de monopólio natural é a impossibilidade da prestação do serviço ou produção de um bem por duas empresas distintas, pois a infra-estrutura não pode ser repartida e é suficiente para o atendimento das necessidades da totalidade dos usuários. Afasta-se a lei da oferta e procura, intrínseca às atividades de mercado Pensando praticamente seria verdadeiro absurdo duas redes de abastecimento de água e coleta de esgotos num mesmo âmbito territorial, de propriedade de duas empresas diferentes, cada uma competindo pelo "consumidor" de seus serviços.

O interesse de um regime jurídico de apropriação justa e eqüitativa de um recurso natural, garantindo seu acesso a toda coletividade uniformemente (qualitativa, quantitativa e temporalmente) e com um plano tarifário que possibilite a generalidade da apropriação e penalize o seu mau uso, também é uma justificativa para o saneamento ser enquadrado como serviço público. Da mesma forma, o enquadramento se dá pela íntima ligação com a proteção à saúde da população, direito constitucional, que impõe deveres e obrigações ao Estado brasileiro, principalmente políticas públicas que visem à redução do risco de doenças.

Por outro lado, causa impressão e reforça a tese de que saneamento é serviço público, não podendo ser deixado aos auspícios da iniciativa privada, o fato de 41,6% dos municípios do país não possuírem rede de esgoto e 38,6% não serem abastecidos por água tratada[12].

11 *Direito Administrativo*, pp. 98/100.

12 *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico,* fonte: www.ibge.gov.br

A par das justificativas apresentadas até agora, uma interpretação da Constituição em que se leve em conta todo o seu texto, e não o isolamento de alguma de suas normas, levou os juristas a classificar o saneamento básico entre os diversos serviços públicos elencados constitucionalmente.

De início, pode-se ler no artigo 23, IX, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de *saneamento básico*". Competência comum, no dizer do acatado jurista José Afonso da SILVA[13] "significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, constituindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente".

Assim sendo, a competência comum autoriza e impõe aos entes políticos a edição da legislação pertinente e a tomada de ações em seu campo. O ente político que não puder suportar os investimentos na área deve ser socorrido pelo ente com maior possibilidade. Não se afasta, com a competência comum, o papel de coordenação ou suplementação que os entes mais organizados possam vir a ter.

A competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios parece ser afrontada pela norma contida no artigo 30 da Constituição de 1988:

> "Artigo 30 — Compete aos Municípios:
> I — legislar sobre assuntos de interesse local;
> V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local".

Todavia, o conflito não existe. Realmente, a competência primeira para organizar e prestar, bem como legislar e fiscalizar o serviço público de saneamento básico é do município, afastando a competência de qualquer outro ente político. Porém, na impossibilidade dessa prestação do serviço de saneamento ambiental, outro poderá fazê-lo supletivamente. Assim, una município sem condições de prestar o serviço por faltar um local de captação e tratamento de água em seu território ou não preparado técnico-institucionalmente para essa tarefa será socorrido com a execução do serviço público, tradicionalmente incluídos na órbita local, pelo Estado, pela União ou por uma entidade intermunicipal. Essa complementariedade não retira do Município a sua titularidade no que respeita os serviços de interesse local, visto que hoje a prestação pelos Estados se dá através de um regime de concessão outorgado pelos municípios.

O reconhecimento da atividade de saneamento básico como serviço público e sua titularidade a cargo do município está razoavelmente bem aceita pela jurisprudência, inclusive com manifestação da maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade[14] nesse sentido, ainda que em ação

13 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 457.

14 Julgamento de 28.03.2001 na ADI nº 2.299-RS, Rel. Min, Moreira ALVES, ou em 21.06.2002 na ADI 2.337-3 SC, Rel. Min. Celso de MELLO.

pendente de julgamento. Anterior e plenamente assentado o mesmo entendimento aparece entre a doutrina[15] e a jurisprudência[16] financeiro-tributárias, que colocam a contraprestação do serviço de saneamento básico e coleta de esgoto como taxa, espécie do gênero tributo, cobrada pela efetiva ou potencial prestação de serviço público[17].

Entretanto, apesar da competência evidentemente destinada aos municípios no serviço público de saneamento básico, por se tratar de serviço público de interesse local, ainda persistem dúvidas quanto à titularidade desse mesmo serviço em áreas metropolitanas. O impasse cria, ou foi criado, por uma série de conflitos sobre as concessões de serviço público e a obrigação, ou sua ausência, dos Estados, através de suas empresas públicas, celebrarem contratos de concessão com os Municípios das regiões metropolitanas.

3. Estruturas e competências institucionais

Regredindo temporalmente, a formação das estruturas do setor de saneamento ambiental em aparente dissonância com as competências elencadas pela Constituição explicará a hegemonia na prestação dos serviços pelas companhias estaduais de saneamento, sendo elas concessionárias dos municípios.

As raízes do setor de saneamento ambiental são encontradas no Plano Nacional de Saneamento (Planasa)[18] e na institucionalização do financiamento público para o setor pelo Sistema Financeiro de Saneamento através do Banco Nacional da Habitação (BNH). Apenas após a criação dessas instituições no final da década de 1960, começo dos anos 70, em pleno regime militar, pode-se falar em uma política nacional para o abastecimento ambiental. Pelo plano, cada Estado deveria criar uma companhia de saneamento (CESBs), que obteria a concessão na exploração do serviço público de saneamento dos municípios por contratos de longo prazo, aproximadamente 25 anos. Os Estados eram obrigados a investir 50% dos recursos necessários, sendo utilizados créditos subvencionados através de empréstimos feitos pelo BNH do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para cobrir o restante[19]. Até 1985, apenas as CESBs podiam obter financiamentos junto ao BNH para instalação de sistemas de água e esgoto.

O plano de financiamento elaborado pela PLANASA obteve relativo êxito, pois atualmente de um total de 4.974 municípios, 3.557 eram servidos pelas CESBs,

15 Exemplo que podemos encontrar em: "A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública". Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p.492.

16 Acórdão no Recurso Extraordinário nº 54.194 do Supremo Tribunal Federal ou mais recentemente no Recurso Especial nº 167.489/SP da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

17 Ver art. 79 da Lei nº 5.172/66.

18 Decreto-Lei nº 949 de 1969.

19 Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), Marta T.S. ARRETCHE.

enquanto 1.417 continuavam explorando diretamente o serviço público através de autarquias ou empresas públicas municipais e apenas 32 municípios concederam a exploração a empresas privadas[20]. O crescimento da rede de tratamento de água foi em torno de 64 milhões de habitantes através do PLANASA, embora a coleta e tratamento de esgotos ainda sejam, de certo modo, insatisfatórios, repetindo que 41,6% dos municípios não possuem rede coletora e apenas 10% do esgoto é tratado[21], constituindo a maior fonte de degradação do meio ambiente e a maior causa de internações hospitalares no país.

Índice de cobertura antes e depois do PLANASA[22]
(% de domicílios urbanos)

	Água Rede pública com canalização interna	Esgotamento sanitário Rede geral/fossa séptica
1970 52 milhões de hab.	60	22
1991 111 milhões de hab	86	49

Apesar dos enormes investimentos no setor vê-se que a expansão ocorreu desigualmente, sendo privilegiado o abastecimento de água, que requer menos investimentos para uma maior cobertura e gera maiores ganhos tarifários. As desigualdades regionais não foram devidamente atacadas, tornando-se um sintoma não combatido pelo Plano Nacional de Saneamento. Os investimentos foram concentrados nas regiões Sul e Sudeste e nestas regiões, na população de maior renda.

Porcentagens de atendimento por Regiões em 1991

(%)	Norte	Nordeste	Centro-oeste	Sudeste	Sul	Total
Água	67	68	80	93	90	86
Esgoto	2	13	33	70	18	49

Mas o Plano Nacional de Saneamento perde força a partir do final dos anos 80 e é decisivamente encerrado em 1992. Entre os motivos da sua inadequação às novas políticas da última década estavam:

20 Antonio Carlos PARLATORE, *Privatization of the water utility sector in Brazil*, p. 222.
21 *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico*, fonte: www.ibge.gov.br
22 Terezinha MOREIRA, *Saneamento Básico: Desafios e Oportunidades*, p. 4.

a) a rigidez, excessiva uniformidade e extrema centralização do Plano, que não considerava as diferenças regionais, particularidades locais e a capacidade financeira, organizacional e institucional das várias esferas governamentais;

b) concentração dos recursos em nível federal e falta de capacidade dos governos estaduais para investir;

c) a inabilidade dos municípios para exercitar seus poderes;

d) a obstacularização do financiamento federal (FGTS) para os municípios;

e) a corrosão das tarifas pela inflação e a política de não adequação inflacionária;

f) o elevado crescimento populacional nos centros urbanos pela migração;

Essa desestruturação do PLANASA foi acompanhada por um decrescente investimento governamental na área, como nos mostra o gráfico abaixo[23]

Investimentos em água e esgoto (R$ Bilhões)
FGTS e contribuições locais

Período	Água	Esgoto	Total
1970-89 (Planasa)	7,4	3,9	11,3
1990-94 (Pronurb)	2,4	1,0	3,4
1995-98 (Pró-Saneamento)	0,8	0,6	1,4
Total 1970-98	10,6	5,5	16,1

Hoje o programa Pró-Saneamento, com fundos do FGTS, gestão financeira dos recursos de responsabilidade da Caixa Econômica Federal, sob fiscalização e controle do conselho curador do FGTS, é o responsável pelo financiamento do setor, sendo complementado por uma série de outros programas, sem contudo existir uma política unificada nacional.

Retornando ao início do artigo, em que discutíamos a titularidade para explorar o serviço de saneamento ambiental, a Constituição é clara ao determinar que a competência para uma política nacional para o setor (ação para a melhora da vida social, fundada num conjunto de valores sociais prescritos pelos princípios constitucionais, que traduzem o que poderá ser o interesse coletivo numa sociedade[24]) é da União:

23 PARLATORE, op. cit., p. 222
24 DERANI, op. cit. p. 240.

"Artigo 21 — Compete à União:
XX — instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes tubanos";

Não resta dúvida, pela simples leitura do inciso V, do artigo 30, da CF/88, que o município é competente para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, inclusive o serviço de saneamento ambiental, quando este o for[25]. Assim, os municípios têm competência legislativa exclusiva ao regular os assuntos de interesse local, respeitando os princípios e normas constitucionais, bem como as diretrizes gerais da norma que traz a política nacional de saneamento.

Considerando as peculiaridades e dificuldades da ordenação social dos aglomerados urbanos a Constituição outorgou, no seu artigo 25, competência para os Estados organizar, planejar e executar funções públicas de interesse comum aos municípios e cidadãos envolvidos. Embora deva respeitar a titularidade dos municípios em relação ao serviço público de saneamento, no limite de sua força e natureza.

"§ 3º — Cabe aos Estados, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum."

Com a Constituição de 1988, a área de saneamento foi tocada tangencialmente por importantes mudanças em relação principalmente à regulação ambiental. Integrante do meio ambiente, a água é também considerada como bem de uso comum do povo, de acordo com o *caput* do artigo 225 da CF/88.

Ao regulamentar os recursos hídricos a Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, transformou o poder público estadual e federal em gestores do bem dominical água, no interesse de todos. Houve assim um inegável esvaziamento do direito de propriedade relativo às águas[26], publicizando-as, ou seja, transformando águas privadas em públicas.

O princípio da Política Nacional de Recursos Hídricos é a sua gestão para proporcionar o uso múltiplo das águas (art. 1º, IV, Lei nº 9.433/97). Esse uso múltiplo se dá através de um Plano de Recursos Hídricos que implicará na ordenação das outorgas de direito de uso da água. Aqui, o novo arranjo institucional dos recursos hídricos atinge o setor de abastecimento, amparado pela Constituição Federal nos artigos que passo a transcrever:

"*Artigo 23* — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

25 Interessante é a observação do Projeto de Lei nº 4.147 de 2001, do Poder Executivo, apensado ao PL nº 2.763 de 2000, que procura fixar legalmente o entendimento doutrinário em relação às competências na execução e regulação e fiscalização do serviço público de saneamento ambiental.
26 Paulo Afonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 414.

VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Artigo 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI — florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;"

A repartição de competências, que se extrai dessas duas normas constitucionais, faz levar a crer que a União, com a Lei nº 9.433/97, estabeleceu normas gerais sobre recursos hídricos, fazendo valer a competência concorrente na legislação ambiental. Essas diretrizes em relação ao setor de saneamento devem ser seguidas pelos órgãos normatizadores federais, estaduais e municipais. A própria Lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos aproveitou-se da vontade do legislador para instituir o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, que tem como um de seus objetivos planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos (art. 23, IV). O Sistema Nacional de Recursos Hídricos é o responsável para conceder outorga de uso de recursos hídricos, no que toca a área de saneamento, ou seja, a captação de água e a disposição final de esgotos.

O Sistema institui como um de seus órgãos de gestão o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, cuja função, de acordo com o inciso VI, do artigo 35, é estabelecer diretrizes complementares para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídrico, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos ou (inciso X) estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para cobrança por seu uso. Competência essa que está sujeita ao respeito das normas da Lei nº 9.433/97.

Instituída pela Lei nº 9.984/00, a Agência Nacional de Águas é o braço executivo do Conselho, órgão gestor dos recursos de competência da União, como os rios e águas nacionais. A ANA tem, também, como atribuição disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 4º, II). Essas normas deverão obedecer fielmente a Lei nº 9.433/97 e às resoluções do CNRH. Cabe aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos e as Agências Estaduais de Águas, bem como aos órgãos municipais, a gestão e normatização — respeitando suas competências — das águas sobre sua gestão.

Novas atribuições institucionais estão previstas para a Agência Nacional de Águas pelo Projeto de Lei nº 4.147, apresentado pelo Poder Executivo no governo de Fernando Henrique Cardoso, que tramita com regime de urgência na Câmara dos Deputados, porém com manifestações contrárias do novo Governo[27] . No projeto de lei, a ANA torna-se responsável pelo credenciamento de entidades de regulação e fiscalização (art. 11, § 2º), por homologar a regulamentação sobre tarifas a cargo das agências reguladoras (art. 26, § 2º), deve colaborar no desenvolvimento das ações de saneamento básico (art. 35, § 3º) e, sobretudo, coordenar nacionalmente as

27 Gisele TEIXEIRA, *op. cit.*

atividades de regulação dos serviços de saneamento — podendo editar normas e diretrizes nacionais relativas à prestação, delegação e regulação da atividade — (art. 41, *caput* e I). Resta acompanhar se essa normatização irá ultrapassar a competência definida constitucionalmente, restringindo o campo de ação dos outros entes políticos, tornado-se inconstitucionais.

4. Privatização?

Exposta, em linhas gerais, a configuração legal das estruturas da área de saneamento, o próximo passo é a descrição do processo de privatização que atingiu o setor. Dá-se o nome de "privatização" à transferência de um serviço público realizado pelo poder público à iniciativa privada, por meio de licitação. Essa transferência é geralmente acompanhada da alienação da propriedade pública (capital público organizado para produção de um bem de interesse comum, na forma de empresa privada, chamada de empresa pública) que servia para prestar o mesmo serviço, sob regime jurídico público ou misto.

A titularidade do serviço público continua nas mãos do poder público, embora sua execução passe para o setor privado, através da concessão. Essa forma de execução de serviço público é autorizada pela Constituição no *caput* do artigo 175: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

Privatização também ocorre quando o Estado deixa de intervir na atividade econômica, seja atividade de mercado (em concorrência) fora do mercado (monopólio), alienando a propriedade utilizada para a prestação de um serviço ou a produção de um bem.

Em nosso país, o reflexo das tendências mundiais que se convencionou chamar de neoliberalismo foram sentidos no início da década de 1990. A "nova" doutrina econômica passou para as ciências sociais e chegou, como era de se esperar, a influenciar o direito. Sua desconfiança quanto à capacidade de organização do Estado abre espaço ao individualismo e à crença irrefletida na capacidade dos agentes privados se auto-organizarem, o postulado do livre-mercado organizado exclusivamente por suas próprias leis. Nasce a idéia da retirada do Estado do domínio econômico.

A transformação dessa política econômica (e social) de retirada do Estado em norma jurídica no Brasil ficou a cargo da Lei nº 8.031/90, que traz o Programa Nacional de Privatização, herança do famigerado governo Collor. Essa lei foi substituída, no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, pela Lei nº 9.491/97, que, além de contribuir para a mudança do nome do plano, substituindo privatização por desestatização, delineou a política de privatização empreendida pela União Federal. Após a primeira lei, uma série de privatizações foram feitas, privilegiando a entrada do capital internacional na aquisição das antigas empresas estatais[28].

28 A complementação da política de privatização não parou na lei que instituiu o Plano Nacional de Privatização (ou Desestatização). Para dar sustentáculo legal ao pensamento neoliberal, foi

A alienação das empresas estatais exploradoras de serviço público, com a respectiva concessão ou permissão do serviço, feita através da licitação na sua modalidade leilão, persegue a empresa privada que melhor tiver condição de prestar esse serviço, aliado a uma vantajosa contraprestação por essa alienação. A privatização também é acompanhada da quebra do monopólio anteriormente concedido para a empresa estatal, trazendo a concorrência para a atividade econômica. O papel do Estado muda substancialmente, de prestador direto do serviço público a regulador/normatizador da atividade econômica anteriormente explorada.

A este entendimento, Alaôr Caffé ALVES, jurista de notória autoridade, opôs contradita. O seu abalizado entendimento revela quão inapropriada é a expressão "privatização" para definir a concessão ou permissão de serviço público para empresas privadas, simples forma contratual pela qual a Administração outorga a realização de serviços a terceiros, quando tal designa verdadeira sujeição de determinada atividade econômica aos princípios de direito privado[29]. Não concordamos com sua opinião, pois, como foi explicado, a concessão de serviço público vem acompanhada de alienação do patrimônio público, tornando-o privado, e submetendo a atividade e a apropriação de seus resultados à maneira individual, privada, típica do sistema capitalista de produção[30].

O saneamento, tardiamente, pois está em outra esfera de titularidade que não a federal, sente os ventos e se conforma com a política de privatização. Em 1994 aparecem os primeiros casos de licitações para concessão do serviço público de saneamento, localizados no interior do município de São Paulo, notadamente nos municípios de Ribeirão Preto e Pereiras. Até o começo de 1998 mais de 10 municípios já tinham concluído seus processos de licitação/alienação das companhias municipais, privatizando o serviço de saneamento, sendo a grande maioria em municípios dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro[31]. Outros tantos municípios, com maior freqüência, já tinham concedido à iniciativa privada a execução do serviço de tratamento de esgotos.

As razões apresentadas para a privatização no setor passam do desperdício na distribuição da água encanada, priorizando o aumento na produção e não no combate às perdas; insuficiência comercial das empresas públicas — ignorância dos efetivos

implementada, através de complexa legiferação, uma mudança social longa e contínua, que hoje macula as diversas áreas do direito. Como exemplo das mudanças legislativas feitas para dar concretude à privatização, pode-se falar na legislação empresarial sobre a alienação de controle das Sociedades Anônimas. Para facilitar e baratear a venda das antigas empresas estatais o governo faz aprovar a Lei nº 9.457/97, que eliminou a oferta pública na aquisição do controle. Casuisticamente, ao final das grandes privatizações federais, o governo sabendo dos efeitos deletérios do afastamento da oferta pública para o mercado de capitais, aprova a Lei nº 10.303/01, restabelecendo, de forma diferente da anterior; a oferta. Para um maior aprofundamento, consultar Calixto Salomão FILHO, *O novo Direito Societário*, pp. 117/140.

29 *Saneamento Básico. Concessões, Permissões e Convênios Públicos*, pp. 18/19.

30 Acompanhando nosso entendimento ver como exemplos Paulo Afonso Leme MACHADO, *op. cit*, p. 410 ou Cristiane DERANI, *op. cit.*, p. 110.

31 PARLATORE, *op. cit.*, p. 234.

e potenciais consumidores, política tarifária inadequada, falta de regulamentação para o não pagamento; serviços inadequados para os consumidores; interferência política; demora em relação ao avançar tecnológico e a modernização administrativa, trazendo custos de operação elevados; falta de administradores profissionais; coleta e tratamento de esgotos aquém das necessidades, causando problemas de saúde pública e poluição das águas[32].

Não é objetivo desse artigo rebater as razões que justificam as privatizações, seria uma tarefa hercúlea, que muitos doutrinadores com brilhantismo já fizeram, pode-se recorrer entretanto a uma abordagem mais prática, típica dos norte-americanos, em *You Dont't Always Get What You Pay For: The Economics of Privatization* de Elliot SCLAR[33].

Como parte do processo, uma complexa reestruturação financeira do Estado brasileiro, que ao mesmo tempo forma e se conforma ao modelo neoliberal, e que integrou, ao lado da mudança legislativa, a política pública de privatização. Preteriu-se o financiamento à iniciativa privada em detrimento do poder público, restringindo o financiamento público na área de saneamento[34] e procurou-se patrocinar através do BNDES e de outras instituições a compra das empresas públicas[35].

Atualmente, Estados e Municípios não tratam uniformemente o serviço público de abastecimento. Alguns Estados procuraram modernizar suas companhias de abas-

32 *Ibid.*, pp. 226-227.

33 Capítulos 3 — Public vs. Private Production e 7 — The Privatization of Public Service do livro *You Don't Always Get What You Pay* For*: The Economics of Privatization*, editora Cornell University Press.

34 "É ominoso constatar, como fez recentemente a Caixa Econômica Federal, que administra os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que apenas 8 das 25 companhias estaduais de saneamento têm condições de tomar financiamento bancário para ampliar suas atividades. (...) Esse desperdício de recursos vem ocorrendo há anos. Em 1999, por exemplo, não foi tomado um único empréstimo. No ano seguinte, foram efetivamente usados ridículos R$ 17 milhões. Em 2002, foram empregados somente R$ 327,4 milhões — dos quais R$ 25,4 milhões para concessionárias privadas — de um fundo disponível de pouco mais de R$ 1 bilhão. (...) Há recursos disponíveis para levar redes de água e esgoto à população. O que não há são empresas de saneamento bem administradas, que possam tomar esse dinheiro barato. Não têm acesso ao crédito bancário as empresas que não geram lucros suficientes para poder se endividar e aquelas que dependem dos recursos dos Estados para cobrir seus custos. Essas regras foram estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, primeiro, para forçar os controladores das empresas estaduais a administrar com eficiência seu patrimônio e, segundo, para induzir os Estados a produzir superávit primário, reduzindo seus níveis de endividamento." *Sobra dinheiro, falta saneamento*. O Estado de São Paulo, domingo, 19 de janeiro de 2003, p. A-3.

"O saneamento urbano foi um dos setores mais afetados pelo ajuste fiscal implementado no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso: o gasto médio anual nessa área diminuiu de R$ 1 bilhão por ano, entre 1995 e 1998, para R$ 263 milhões, a partir de 1999.

Dois fatores obstaculizavam os investimentos: em uma ponta, o Banco Central limitou os empréstimos da Caixa Econômica Federal ao setor público, que controla 95% do mercado de saneamento; de outro, o acordo do Brasil com o FMI tolheu os investimentos das empresas estatais." *Saneamento em crise*. Editorial, Folha de São Paulo, segunda-feira, 20 de janeiro de 2003, p. A-2.

35 Ver Terezinha MOREIRA, *op. cit.*, p. 11.

tecimento para ganhar eficiência econômica, recorrendo aos financiamentos privados sem, contudo, perder o controle societário sobre elas, caso de São Paulo, Ceará e Paraná. Outros Estados como Rio de Janeiro e Espírito Santo procuraram privatizar suas companhias. Ainda, existem experiências de municipalização, do Estado de Mato Grosso do Sul, o que de cena forma caminha para a privatização. Vemos, ainda, uma forte tendência para a privatização nos municípios do interior de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná.

Impende destacar que a falta de uma política governamental federal para a promoção do saneamento ambiental, apesar da titularidade do serviço público não estar diretamente nas mãos da União, definindo metas claras de investimento por parte do poder público e condições favoráveis de financiamento para Estados e Municípios expandirem seus serviços, forçava uma lógica de procurar recursos no setor privado, abrindo caminho para as privatizações no setor. Na verdade o não planejamento, aliado ao extremo rigor fiscal pregado pelo governo federal, e assumido por muitos, e às facilidades do financiamento para o setor privado foi uma verdadeira política governamental de privatização, a não política como política, que culminou sobretudo no favorecimento das corporações estrangeiras.

Essa reconfiguração do Estado, de executor de políticas públicas para regulador e fiscalizador da atividade produtiva, trouxe um estreitamento da visão da sociedade. Agora o Estado age para ganhar eficiência na atividade econômica, gerenciando bens coletivos de forma setorizada. Essa visão estreita transparece ao relegar às agências o planejamento setorial, muito próximo do planejamento empresarial, abandonando o planejamento de Estado, onde certamente as atividades de saneamento estariam vinculadas a políticas ambientais, de saúde, educacionais, ou seja políticas de inclusão social.

Resta ver se a *transferência* do patrimônio público, aliada as concessões e permissões para empresas privadas, colocando dentro do mercado a atividade de abastecimento de água e tratamento de esgotos, onde a lógica do lucro é maior que da universalização ou da generalidade que acompanham o serviço público, atende ao interesse coletivo, aos valores positivados na Constituição. É difícil imaginar e fácil observar, pela experiência brasileira, que uma atividade como o saneamento ambiental, que tem forma de monopólio natural, sob o poderio econômico privado, irá se traduzir em externalidades públicas, como baixas tarifas, universalização do serviço e a melhora nos níveis de degradação ambiental.

5. Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento Básico. Concessões, Permissões e Convênios Público.* Bauru/SP: EDIPRO, 1998.

ARRETCHE, Marta T. S. *Plano Nacional de Saneamento (PLANASA).* http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/economia/saneam/planasa/. Acesso em 20.01.03.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 7ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviço Público. As Ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 35, ano 8, nov.-dez. 2000, Revista dos Tribunais.

FINS, Klaus Monteiro; ALVES, Clementina Moreira; DE BONIS, Alexandre. *A Lei Federal de recursos hídricos (Política e Gerenciamento dos recursos Hídricos no Brasil). In: 5 anos após a ECO-92*. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo, Instituto por um planeta verde, 1997. pp. 211-229.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MOREIRA,Terezinha. Saneamento Básico; Desafios e Oportunidades. http:www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/basico.pdf. Acesso em 15.01.03.

PARLATORE, Antonio Carlos. *Privatization of the water utility sector in Brazil*. Ensaios BNDES nº 10, BNDES, April 1999.

SANEAMENTO em crise. Folha de São Paulo, Editorial, segunda-feira, 20 de janeiro de 2003, p. A-2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. ref., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOBRA dinheiro, falta saneamento. O Estado de São Paulo, Notas e Informações, domingo, 19 de janeiro de 2003, p. A-3.

TEIXEIRA, Gisele. *Fortes mudanças de direção no Meio Ambiente*. Gazeta Mercantil, Caderno Indústria & Serviços, Saneamento & Saúde, terça-feira, 14 de janeiro de 2003, p. C-5.