

PRIVATIZAÇÃO E ÁGUAS PÚBLICAS¹

José Nuzzi Neto²

1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo, sucessivos Governos do Estado de São Paulo propalam a intenção de privatizar a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

Esta palestra destacará, então, alguns pontos para reflexão a propósito. Para tanto, de início serão trazidos alguns dados a respeito da companhia – criação, desenvolvimento, posição no concerto das

¹ Reprodução de palestra proferida no 27º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, realizado em Salvador/BA, em julho de 2023. Alguns dados foram atualizados.

² Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especialização em Direito Privado e Processo Civil. Procurador do Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE. Professor da Universidade Metodista de São Paulo – UMESP (aposentado). Vice-Presidente do IBAP. Diretor da APRODAB. Tesoureiro Geral do SINDIPROESP. Membro consultor da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

empresas de saneamento; e, na sequência, considerações a respeito do regime das águas públicas no Direito Brasileiro.

2. A SABESP

Importa, desde logo, alguma notícia a respeito da criação da SABESP. Autorizou-a a Lei no 119, de 29 de junho de 1973, cujo artigo 1º deferiu ao Poder Executivo paulista a constituição de sociedade por ações, “com o objetivo de planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento em todo o Estado de São Paulo”. Já no § 2º desse preceito destacou-se que tal sociedade resultaria “da fusão da Companhia Metropolitana de Água de São Paulo – COMASP e Companhia Metropolitana de Saneamento de São Paulo – SANESP”; e no § 3º que o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAAE (autarquia estadual), integralizaria “ações subscritas mediante a conferência da totalidade dos bens da Superintendência de Águas e Esgotos da Capital – SAEC e de parte dos do Fomento Estadual de Saneamento Básico – FESB”.

Na tentativa de conhecer a atual situação patrimonial da companhia, pela plataforma SIC – Serviço de Informações ao Cidadão, foram formuladas algumas indagações³.

Perguntou-se, de início: Quantos e quais são os reservatórios operados pela companhia? Resposta: Segue Planilha anexa com locais que apresentam estrutura de reservatórios da empresa. Destaque-se que nessa planilha estão listados mais de 1500 bens.

Na sequência: Quantos e quais são os reservatórios, operados pela companhia, de sua própria titularidade? Resposta: Segue Planilha anexa com locais que apresentam estrutura de reservatórios da empresa. Com relação a reservatórios operados, todos os imóveis informados na planilha são operados pela Sabesp.

³ Protocolos 470602310224, 473842310225 e 471122310226.

Terceira pergunta: Qual o negócio jurídico adotado para incorporar os reservatórios ao patrimônio da empresa? Resposta: No que tange a negócios jurídicos, temos a questão dos terrenos aonde estão alocados os reservatórios.

Logo, os negócios jurídicos para essa regularização nós temos:

- 1) Assunção de municípios (Incorporação)
- 2) Doação
- 3) Desapropriação

Com relação às estruturas, temos:

- 1) Assunção de municípios (Incorporação)
- 2) Doação
- 3) Empreendimentos/Execução própria

Cabe observar que a segunda resposta não atendeu à indagação, eis que nada esclareceu no tocante à titularidade dos reservatórios. Apresentou-se recurso, que, malgrado indeferido, trouxe o seguinte esclarecimento: A lista com os reservatórios e suas respectivas datas de incorporação foi entregue. O recurso indaga quais são de propriedade da Sabesp e informamos que todos que estão na lista são de titularidade da Sabesp (sublinhamos).

Há, ademais, alguma impropriedade na resposta, eis que na própria propaganda institucional da companhia⁴ indicam-se outras entidades como titulares de sistemas produtores. Por exemplo, Guarapiranga, “propriedade da Empresa Metropolitana de Águas e Energia”; e o Alto Tietê, composto por barragens de titularidade do DAEE.

Adiante.

Se, em seu momento inicial, a SABESP configurava-se como autêntica empresa pública, hoje o quadro é bem diverso. Trata-se de sociedade de economia mista: o controle permanece com o

⁴ <https://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaold=490>

Estado, detentor de 50,3% do capital social; os 49,7% restantes estão em poder do mercado (25,9% na Bolsa de Nova York e 23,8% na BM&F-Bovespa).⁵

A companhia exibe números grandiosos: 10,1 milhões de ligações de água cadastradas; 246 estações de tratamento de água; 2631 reservatórios (número que discrepa daquele que se informou via SIC), com capacidade de armazenamento de 1,5 bilhões de litros.⁶ É a terceira maior companhia de saneamento do mundo, com 14.449 empregados.⁷ São 28,4 milhões de pessoas abastecidas com água e 25,2 milhões de pessoas com coleta de esgotos.⁸ Em setembro de 2022, estampou em sua página ter sido a vencedora do Valor 1000 no setor de Água, Saneamento e Serviços Ambientais, com receita líquida registrada superior a R\$ 19 bilhões.⁹

Essa grandiosidade reflete-se no mercado acionário. De acordo com a página “Investidor 10” (dados atualizados até agosto de 2023), as ações da SABESP tiveram a seguinte rentabilidade real: 6,22% – 1 mês; 10,43% – 3 meses; 14,49% – 1 ano; 46,57% – 2 Anos; 105,37% – 5 Anos; 122,97% – 10 anos.¹⁰

Outra página de investimentos destaca que “as ações da Sabesp(SBSP3) entregaram um retorno médio anual nos últimos 20 anos de 17,75%. O valor é superior ao do Ibovespa no mesmo período. Assim, quem investiu nas ações da companhia neste período teve retorno de 2.227%, ante 861% do Ibovespa”.¹¹

⁵ <https://www.infomoney.com.br/negocios/sabesp>

⁶ <<https://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaold=5>>

⁷ <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-3261-19-atualiza-o-marco-do-saneamento-basico/apresentacoes-em-eventos/BeneditoBragaSABESP.pdf>

⁸ <<https://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaold=802>>

⁹ <https://saneamentobasico.com.br/outros/sabesp-vencedora-valor-1000-agua-saneamento/>

¹⁰ <https://investidor10.com.br/acoes/sbsp3/>

¹¹ <https://inteligenciafinanceira.com.br/aprenda/investir/sbsp3-acoes-da-sabesp/>

3. POR QUE PRIVATIZAR?

Tais números, impressionantes, tornam obrigatória essa indagação.

O Governo do Estado assevera que a meta é a universalização do serviço e que a privatização ensejaria a antecipação do prazo fixado no marco legal do saneamento e a redução de tarifas.

Tal desiderato afina-se com a doutrina de Sérgio Lazzarini, para quem a opção entre serviço público ou privado deve resultar da acurada análise de “dois resultados-chave: eficácia (a qualidade do serviço comprada ao custo de seu fornecimento) e inclusão (o acesso de grupos desfavorecidos ao serviço).”¹²

Em sentido contrário, há relatos internacionais de reestatização de serviços públicos. Com base em levantamento do TNI (Transnational Institut), centro de pesquisa sediado na Holanda, reportagem da UOL já apontava, entre 2000 e 2017, 348 reestatizações na Alemanha, 152 na França, 67 nos Estados Unidos, 65 no Reino Unido e 56 na Espanha.¹³

Especificamente no que se refere à água e ao esgoto, o mesmo TNI identificou, de 2000 a 2019, 312 cidades, em 37 países, que voltaram a estatizar seus serviços de tratamento.¹⁴ Em âmbito interno, colhe-se o questionamento do Professor Pedro Luiz Côrtes, do Programa de Pós-graduação em Ciência Ambiental do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (IEE-USP), Pedro Luiz Côrtes, para quem a administração estadual não apresentou

¹² “A privatização certa – Por que as empresas privadas em iniciativas públicas precisam de governos capazes” – Tradução ngelo Lessa – 1ª ed., São Paulo – Portfolio-Penguin, 2023. P. 49.

¹³ <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/tni-884-reestatizacoes-mundo.htm>

¹⁴ https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf

razões que justifiquem uma eventual decisão pela desestatização da empresa.¹⁵

4. AS ÁGUAS EM DEPÓSITO

No início deste artigo deu-se a conhecer a palavra da SABESP a respeito de seus reservatórios. Viu-se, então, que a companhia se entende titular de seus reservatórios, por diferentes títulos aquisitivos.

O tema merece algum aprofundamento.

Em seu Título III – DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO –, a Constituição Federal inseriu o Capítulo III, em que se trata “Dos Estados Federados”; é em tal sítio que se encontra a norma seguinte:

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

... .

Eduardo Coral Viegas, em dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Caxias do Sul, intitulada “Gestão dos recursos hídricos: uma análise a partir dos princípios ambientais”,¹⁶ qualifica essa norma como verdadeira “revolução copérnica na dominialidade dos recursos hídricos”.

Mais amplo que os das Cartas precedentes, o preceito deixa claro que as águas em depósito pertencem ao Estado.

¹⁵ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-06/especialista-nao-ve-justificativa-para-privatizacao-da-sabesp>

¹⁶ <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/230/Dissertacao%20Eduardo%20C%20Viegas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Em “Direito Administrativo Brasileiro”¹⁷, encontra-se o conceito de bens de uso especial ou do patrimônio administrativo: “os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços” (p. 461).

Daí a conclusão, lançada linhas adiante:

“Tais bens, como têm uma finalidade pública permanente, são também chamados bens patrimoniais indisponíveis.”

Essa indisponibilidade, que deriva da própria afetação desses bens e os retira da esfera de discricionariedade do administrador, é acentuada por Diógenes Gasparini:¹⁸

“Enquanto guardarem essa destinação são inalienáveis, isto é, não se permite a permuta, a doação e a dação em pagamento.”

Em obra coletiva, coordenada por Vladimir Passos de Freitas¹⁹, colhe-se comentário preciso a respeito:

“A atual Constituição Federal já havia distribuído as águas, como visto precedentemente, ao domínio da União e dos Estados (arts. 230, III, e 26, I), e a Lei 9.433 apenas reafirmou essa situação quando declarou que a água é um bem de domínio público (art. 1º, inc. I). Dessa forma, inexistindo atualmente a categoria de águas particulares, tal como era prevista e definida pelo Código de Águas, resta evidente que se retirou dos particulares a possibilidade de apropriação, isto é, de se tornarem proprietários das águas. Estas pertencerão sempre ao domínio público da União e dos Estados. Agora, pelo novo disciplinamento jurídico, aos particulares somente se permite

¹⁷ Hely Lopes Meirelles Meirelles, com atualização, em sua 24ª edição, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. – Malheiros, 1998.

¹⁸ “Direito Administrativo” – 8ª edição, Saraiva – 2003.

¹⁹ “Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais” – Juruá Editora, 2001.

a outorga do direito de uso das águas, outorga que, como claramente determina a lei, não implica a alienação parcial daquelas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso (Lei 9.433, arts. 11 e 18).”

Ajunte-se a isso que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), conceitua barragens como “as estruturas físicas que represam um curso de água” e reservatórios como “o acúmulo de água resultante da construção dessas barragens pelo ser humano”.

Considerados tais lineamentos, cabe indagar: sociedades de economia mista podem ser proprietárias de reservatórios? Penso que não, são águas em depósito, no dizer da Constituição Federal. Podem ser gestoras? Sim, eventualmente. Não por outra razão, já houve quem sustentasse que, desde a Constituição de 1988, os reservatórios de água integrados a empresas de saneamento deveriam ser vertidos ao domínio público, até mesmo sem indenização.

Observa-se que, ao adotar-se essa posição, nem por isso se ignora o norte seguido pela lei expropriatória (DL no 3.365/41) e pela Lei das Concessões (Lei no 8.987/95). Pelo primeiro, a redação atual de seu artigo 3º permite a promoção de desapropriações por concessionários e por entidades que exerçam funções delegadas do serviço público. Já a norma inscrita no art. 29 da segunda diz incumbir ao poder concedente “a declaração de utilidade pública dos bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária” (inciso VIII); e a contrapartida vem no art. 31, que atribui à concessionária a incumbência de “promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder conceder”.

Tais normas não se acomodam facilmente ao conceito de desapropriação, conceituada por Bárbara Camardelli como a “impositiva transferência de bens ao domínio público, para atendimento a um

interesse público necessário ou útil, a partir do pagamento de justa e prévia indenização pecuniária”.²⁰

Disso decorre que, malgrado os bens públicos tenham advindo ao serviço da companhia mediante desapropriação, dada essa natureza “a relação jurídica que sobre eles se estabelece, a nosso ver, é assemelhada à do usufruto. A concessionária de rodovias não passa a ser titular do domínio dos bens imóveis sobre os quais estão implantadas as rodovias por ela operadas, mesmo que estas tenham sido construídas no curso da concessão, mediante pagamento das verbas expropriatórias pela concessionária.”²¹ A lição é de Floriano de Azevedo Marques Neto, que continua, linhas adiante: “Daí por que ser a indenização ao expropriado paga pelo delegatário não fará o bem ser dominialmente privado se e quando este bem estiver impregnado da afetação ao serviço público”, pois, quando se trate de desapropriação para implementar-se infra-estrutura de suporte a um serviço público, isso “impregna o bem expropriado da finalidade a que está desde logo afetado, sendo pois incompatível com sua inserção inicial no domínio privado”.

5. CONCLUSÃO

A eventual privatização da SABESP é algo a ser discutido com cautela e ponderação, sempre com as vistas voltadas à eficiência e à inclusão e com análise minuciosa da experiência mundial.

²⁰ “Breves considerações sobre o modelo legal de desapropriação e seus impactos nos contratos administrativos”, artigo inserido em “Advocacia Pública para a sociedade: estudos em homenagem aos 56 anos da Procuradoria Geral do Estado da Bahia”. Organizadores: Ailton Cardozo Junior, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas e Paulo Moreno Carvalho. Ed. Contracorrente. 2022.

²¹ “Bens Públicos – Função social e exploração econômica – O regime jurídico das utilidades públicas”. Ed. Fórum, 2014. PP. 173 e 175.

Certo é, no entanto, que sem ofensa à Constituição Federal, os reservatórios de água não podem ser integrados à dominialidade privada. E, assim, se questionável já é que a concessionária se apresente como proprietária deles, a privatização pura e simples da companhia divergiria da norma constitucional.