

A REGULAÇÃO DA ÁGUA NO BRASIL: QUANDO O DOMÍNIO PÚBLICO ERA UM PRESSUPOSTO INOVADOR

Nírvia Ravena de Souza
Departamento de Ciência Política/UFPA

A regulação de recursos hídricos no Brasil remonta ao Código de Águas de 1934. Este ponto parece trivial, mas há uma razão para o destaque. A engenharia institucional empreendida na construção da Lei das Águas n. 9.433/97, que marca o ponto de inflexão de uma posição nacionalista e centralizada do acesso e uso de recursos hídricos no país para um desenho descentralizado e participativo, tem como regulamento para as propostas do novo arranjo, o Código de Águas de 1934. Depois de decretado, esse Código seguiu dois caminhos distintos que iriam predispor a futura captura dessa arena regulatória por interesses estruturados em uma lógica específica da *rationale* corporativa.

O argumento central deste trabalho consiste na demonstração de que o Código de Águas, como primeiro modelo regulador de recursos hídricos no Brasil, foi um instrumento dotado de contornos regulatórios inovadores, dado o arcabouço institucional no qual foi gerado. Neste modelo regulatório, é possível identificar os caminhos por meio dos quais o conhecimento técnico favoreceria a captura dessa arena pela ação coletiva moldada com base em uma estratégia corporativa específica. A análise do Código de Águas e a posterior criação de instituições destinadas ao provimento de energia hidrelétrica possibilitam essa demonstração.

A regulação atual tem origem e propósitos distintos do primeiro arcabouço constante do Código de Águas de 1934, mas é ainda resultado das formas de organização que operaram na sua implementação. O primeiro marco regulatório no Brasil para a água enquadrava esse recurso, em termos conceituais, na categoria de bem público. A regulação seguia estratégias típicas

do modelo estatizante do Estado Novo. Entretanto, nos dias de hoje, a regulação define o recurso como bem público dotado de valor econômico. A premissa regulatória, portanto, impõe uma certa complexidade aos requisitos de regulação que, diferentemente da década de 30, contam com um cenário institucional mais complexo e diferenciado do que vigia na implementação do Código.

Porém, a estratégia corporativa, que alocou a arena de regulação dos recursos hídricos no setor energético, no período de vigência do Código de Águas, promoveu a ocorrência de trajetórias dependentes na mudança proposta pelo marco regulatório iniciado em 1997¹. Essa estratégia permaneceu como elemento fundador das instituições que atualmente regulam a água.

A utilização do conceito de trajetória dependente, neste artigo, não é aleatória; constitui-se em elemento que imprime retornos crescentes aos desenhos institucionais e à sua dinâmica em relação a três pontos-chave: os custos de transação, a necessidade de habilidades para operar no interior do desenho e o aumento dos recursos de coordenação. As trajetórias dependentes marcam as instituições por meio de mecanismos caracterizados pela dinâmica de *self-reinforcing* que, associada à ação coletiva, promove um processo de forte persistência das instituições (NORTH, 1990; PIERSON, 2000). Dessa forma, a localização das instituições que regularam a água no Brasil, no tempo, permite identificar a área de onde a permanência e o *self-inforcing* operaram e quais os pontos onde alguma mudança foi possível.

Este artigo evidenciará que a memória técnica acerca dos recursos hídricos no Brasil está intrinsecamente ligada aos primeiros estudos técnicos que engendraram a constituição das instituições responsáveis pela elaboração dos instrumentos de regulação. Essas mesmas instituições foram, durante os anos de vigência do Código de Águas, responsáveis tanto pela dimensão técnica quanto regulatória, e a mudança nos regimes políticos somente promoveu um impacto maior a partir da constituição de 1988. Até 1997, com o advento da Lei das

Águas, as instituições que, em 1920, iniciaram estudos voltados à mineração, exerceram o papel de reguladores da água.

CÓDIGO DE ÁGUAS DE 1934: DEFININDO OS CONTORNOS DA REGULACÃO

O período que compreende o primeiro esforço de regulação da água no Brasil decorre dos ganhos que a visão nacionalista centralizadora adquiriu no embate que resultou na Carta Constitucional de 1934. Nesta carta, a visão nacionalista acerca dos recursos naturais, como água e minérios, possibilitou a criação de instituições que iriam regular os usos desses recursos.

Nesse cenário, o Código de Águas é um interessante instrumento regulador. Seu desenho permite uma interação entre a esfera pública e a privada no acesso e uso da água. Essa interação acompanhava a dinâmica institucional do país e o Código era avançado no tocante às formas de interpretar um recurso natural como a água, mesmo antes que modelos de gerenciamento e gestão fossem construídos com base em princípios originários do avanço das ciências ambientais e do campo de conhecimento da engenharia. O desenho era certamente inovador, contudo, sua implementação exigiria uma complexidade institucional para que o modelo regulatório proposto fosse implementado. Sendo assim, os desdobramentos de sua aprovação não resultaram numa efetiva institucionalização de seus pressupostos.

O Código de Águas foi apresentado como resultado de estudos para a regulamentação desse recurso natural na Diretoria de Águas, que posteriormente foi transformada em Serviços de Água. A organização do estudo esteve a cargo do professor Alfredo Valladão, autor do primeiro projeto, ainda em 1907, que não havia sido implementado. Com a criação da Subcomissão de Minas, em 1933, o Código foi apresentado e reformulado, visando adequar o desenho às questões contemporâneas que se delineavam e que eram relativas à produção de

energia elétrica. Conforme aponta o seu formulador, seus princípios norteadores eram claramente nacionalistas.

[...] Não desconsidere que, país novo, o Brasil precisa de colaboração de capitais estrangeiros'. Considerei, entretanto: por mais necessária que se apresente, não pode essa colaboração se sobrepor aos altos interesses nacionais de toda espécie, à própria defesa nacional, ligados à produção e aplicação de energia elétrica. Devia o Brasil, quanto fosse possível, sobre a matéria se defender como vêm fazendo todos os outros países. Proclamei: não há a considerar no momento escolas econômicas; há a considerar, de par com o patriotismo, o fato universal [...] (VALLADÃO, 1933; DNAEE, 1980).

O cunho nacionalista não era aleatório, estava inserido na perspectiva que perfilava a polarização das decisões que marcariam a Carta de 1934. No clube Três de Outubro, foram tomando forma as premissas constantes do projeto estatizante, que se consolidaria em 1937 e que implementaria o desenho institucional para a regulação da água, proposta ainda em 1934. A nacionalização dos recursos hídricos parecia consenso e o Código de Águas transitava com bastante fluidez nas discussões da Comissão que o aprovaria; contudo, algumas emendas foram sugeridas para ampliar o papel da União na definição dos rumos que seriam dados à utilização desses recursos.

O professor Alfredo Valladão, em sua exposição de motivos que antecede o Código de Águas, registrou a proposta de emendas relativas à ampliação do domínio público e do domínio federal dos referidos recursos. É importante perceber a dimensão política dessas emendas, pois a conjuntura que cercava a elaboração do texto da Constituição de 1934 era marcada pela atuação das oligarquias que ainda dispunham de poder de manobra para cunhar na Carta princípios que poderiam, em longo prazo, reverter uma estatização crescente que se espalhava no seu texto. Dessa forma, as explicações acerca dos limites à ampliação do caráter estatal relativo à propriedade dos recursos hídricos, apresentadas pelo professor Valladão, tornavam as emendas praticamente

desnecessárias, pois no texto do Código a União era a instância com o maior poder decisório sobre os recursos em questão².

A argumentação do autor do Código de Águas era sustentada em uma vasta discussão sobre os fundamentos do direito e buscava ponderar acerca do espectro da nacionalização solicitada pelas suas emendas. Os pontos levantados pelo professor Valladão colocavam em evidência os eixos sobre os quais as políticas relativas ao uso e consumo da água deveriam ser concebidas e por que torná-la alvo de amplo domínio público: a interdependência e as externalidades que, na sua perspectiva, caracterizam o acesso e uso dos recursos hídricos.

[...] E por certo ao Código de Águas - nessa multiplicidade das aplicações do fenômeno, que ele regula, para as primeiras necessidades da vida, para a pesca, para a higiene, para a navegação, para a agricultura, para a indústria, principalmente em nossos dias, para a indústria elétrica, sendo certo que a aplicação desta indústria, por sua vez, se desmede na sua extensão e importância, ou ainda dos males que do mesmo fenômeno possam provir, contra as quais é mister providenciar, as inundações, as contaminações, os pântanos [...] (VALLADÃO, 1933, DNAEE, 1980).

Uma vez considerada a conjuntura, por certo, em seu texto, elementos como a interdependência e as externalidades não aparecem precisamente com essa taxonomia, mas são tratados e evocados à medida que a exposição de motivos vai ganhando substancialidade e à medida que o caráter público da água é exposto pelo autor quando este responde às propostas de emendas ao seu projeto.

Na exposição de motivos, o professor Valladão procurava demonstrar que o Código era um documento composto de uma ordenação jurídica que estressava ao máximo as possibilidades de conferir à água um caráter público e de domínio preponderante da União. A argumentação do professor foi elaborada também com base em vasta exemplificação dos modelos vigentes nos EUA e na Europa e surpreende por tratar questões relativas tanto ao arcabouço institucional dos países tomados como exemplo quanto à natureza toponímica e física dos recursos hídricos em cada país. Nesse sentido, o autor do projeto de regulação da

água no Brasil se dispunha prescritivo no tocante ao aspecto normativo que deveria conferir à água um caráter público em que as externalidades, objeto de maior cuidado, ganharam importância no desenho final do Código de Águas, conforme atestam os artigos:

Art. 109 - A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros,

Art. 110 - Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos.

Art. 111 - Se os interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigirem, e mediante expressa autorização administrativa, as águas poderão ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais deverão providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgoto natural.

Art. 112 - Os agricultores ou industriais deverão indenizar a União, os Estados, os Municípios, as corporações ou os particulares que, pelo favor concedido no caso do artigo antecedente, forem lesados (DECRETO N. 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934 que decreta o Código de Águas).

Esses artigos, considerando a conjuntura em que eram elaborados, indicam que o caráter público da água não significava que o acesso e o uso desse recurso fossem ações características de recursos denominados de livre acesso³. É importante destacar que a regulamentação dos desdobramentos que poderiam decorrer do acesso e uso da água somente foi considerada como elemento norteador na formulação de políticas para o setor, de forma ampla e hegemônica, nos movimentos políticos que caracterizaram a criação da Arena Ambiental na Europa e nos EUA, a partir da década de 60. Em vista disso, o caráter inovador do Código de Águas se assenta na apresentação, ainda na década de 30, da associação entre domínio público e utilidade para “as primeiras necessidades da vida” como princípio doutrinariamente sustentado no Código. Além disso, um fator que confere a essa regulamentação a inovação foi sua capacidade de

antecipar os efeitos inesperados resultantes da escassez do recurso, dada a sua multiplicidade de usos.

Na década de 30, num país onde a abundância da água não promovia conflitos a esse respeito, a não ser de forma incipiente no nordeste, uma regulamentação que buscava garantir o direito ao acesso e uso desse recurso para consumo humano em todo o território brasileiro era certamente inovadora. A caracterização do acesso e uso da água como recurso de domínio público, atentando para externalidades e interdependência que o identificam, é inovadora também tanto no momento em que é contextualizada sua produção no tocante à legislação disponível, quanto no avanço do conhecimento inerente à produção científica sobre recursos hídricos no Brasil. Mesmo com a ênfase na propriedade pública das águas, era delineado no Código o controle estatal sobre o recurso, visando à institucionalização de seu acesso e ao uso individual para o que o autor define como “as primeiras necessidades da vida”.

Lanna (2001) compreende como burocrática essa fase de gestão das águas no Brasil que se estende até 1946. Certamente a centralização burocrática era uma característica do *state-building* de Vargas, porém é necessário retomar a dimensão institucional que produziu essa regulação, dadas as características do arcabouço administrativo brasileiro na década de 30, ainda muito pouco equipado em termos burocráticos para executar o modelo proposto no Código de Águas.

É possível interpretar que no Código de 1934 há o estabelecimento de uma ordenação do uso da Água enquanto um *Commons*. Nesse sentido, esse modelo inicial de regulação é também bastante inovador. Conforme descrevem os artigos 34 e 35, as formas de acesso e utilização da água são elementos que a caracterizam como um recurso vital⁴ e, em decorrência, compartilhado. Mais importante ainda é verificar que o acesso e o uso da água, no Código de Águas, constituíram-se em ação passível de ser ordenada e em objeto de institucionalização. Mesmo considerando a forma coloquial utilizada na

elaboração de seus artigos, não há, em nenhum momento, a ocorrência da concepção da água como um recurso de livre acesso ou dotado de valor econômico quando caracterizado como privado. Assim, a conjugação entre o caráter normativo do Código e a configuração da água, em seus artigos, como recurso vital, possibilitava que suas futuras regulamentações contemplassem o consumo humano como finalidade principal do seu acesso e uso.

[...] É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível.

Art. 35 - Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios.

§ 1º - Esta servidão só se dará verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade.

§ 2º - O direito do uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem ele é concedido possam haver, sem grande dificuldade ou incômodo, a água de que carecem (DECRETO N. 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934 que regulamenta o Código de Águas).

O caráter avançado do Código vai tomando uma proporção mais definida à medida que as questões relativas à utilização dos recursos hídricos para geração de energia elétrica são colocadas na exposição de motivos elaborada pelo autor do Código. Como formas de acesso e utilização que pudessem comprometer outros usos da água, a multiplicidade de usos deveria resultar na garantia de acesso a todos. É necessário destacar novamente que o consumo humano é colocado como elemento disciplinador basilar para regular a água no tocante aos seus usos: “[...] Na ordem de preferência quanto aos usos das águas, o uso da navegação é o que se segue àquele que tem primeiro lugar - o uso para as primeiras necessidades da vida [...]”. Ao destacar as primeiras necessidades da vida como regra prioritária, o autor possibilitava que a regulação da produção de energia elétrica ficasse submetida ao princípio maior da regulação: o consumo humano.

Se, por um lado, a concepção da água enquanto um *Commons*⁵ aparece na ordenação institucional proposta numa forma pouco substantiva, por outro, a técnica que irá configurar a burocracia insulada no Estado Novo é citada pelo professor Valladão como elemento inerente à regulação⁶.

Na década de 30, a expansão da indústria hidrelétrica na Europa e nos Estados Unidos (EISNER, 2000) promoveu desdobramentos domésticos importantes para compreender os caminhos da regulação da água no Brasil.

NACIONALISMO E ELETRICIDADE: A CRIAÇÃO INSTITUCIONAL NA REGULAÇÃO DA ÁGUA

Na América Latina, o nacionalismo que se desenvolvia nas suas variantes locais compreendia que a região se constituía em uma fronteira onde os recursos hídricos para a produção de energia, seriam interpretados como grande atrativo para as companhias internacionais, uma vez que a regulamentação desses recursos não era ampla e consistente⁷.

A expansão da indústria hidrelétrica norte-americana, associada à inexistência de uma regulamentação clara dos recursos naturais no Brasil, promovia um desconforto e um receio da oligarquia estatizante que buscava legislar a esse respeito. Os fundamentos da insegurança da elite nacionalista se manifestavam na percepção dessas elites e as empresas multinacionais consideravam a América Latina como possível fronteira de investimentos para a produção de energia hidrelétrica⁸. Dessa forma, a preocupação com a regulamentação dos recursos hídricos, voltada à questão da produção de energia, aparece claramente no preâmbulo do decreto que institui o Código de Águas:

[...] O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o artigo 1º do Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930; e:

Considerando que o uso das águas no Brasil tem-se regido até hoje por uma legislação obsoleta, em desacordo com as necessidades e interesses da coletividade nacional;

Considerando que se torna necessário modificar esse estado de coisas, dotando o País de uma legislação adequada que, de acordo com a tendência atual, permita ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas [...] (DECRETO N. 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934 que regulamenta o Código de Águas).

O livro III, destinado a oferecer caminho para as futuras regulamentações do setor hidrelétrico que se modelava no Brasil, apresenta as diretrizes centralizadoras que submeteram estados, municípios e o capital privado à tutela da União em relação à gestão dos recursos hídricos. Esse fato reflete a importância da interpretação do fenômeno caracterizado pela convergência entre a regulamentação do acesso e uso da água na década de 30, o nacionalismo e as decorrentes normas jurídicas que perfilam o Código de Águas. No intervalo que compreende o período de sua decretação até a água retomar uma dimensão regulatória ambiental e sair do espectro de ação dos setores ligados à energia, cerca de 40 anos decorreram. O gráfico a seguir visa dar uma idéia da evolução da criação institucional voltada à regulação do setor de energia elétrica:

Gráfico 1: NÚMERO DE INSTITUIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA CRIADAS NO PERÍODO DE 1933-1973



Fontes:
Anais do seminário *Água: desafio para o próximo milênio* (1999).
Diário da Câmara dos Deputados de 14 de outubro de 1999.

Ministério do Meio Ambiente Recursos Hídricos: conjunto de normas legais. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2002.

O gráfico permite visualizar que a criação institucional direcionada à nacionalização do provimento de energia elétrica, cujo recurso utilizado era a água, foi progressiva. Essa montagem da regulação promoveu um encapsulamento das instituições responsáveis pela regulação da água no Brasil, no setor hidrelétrico, pois a normatização do Código de Águas criou instituições voltadas apenas à esfera de regulamentação das questões ligas à energia. É importante destacar também que as instituições, em sua maioria, estavam sendo criadas com o propósito de promover e consolidar a passagem da sociedade agro-exportadora para uma realidade industrial (DRAIBE, 1988; DINIZ, 2000), daí o desenho institucional voltado aos setores produtivos responsáveis pela transição.

Pouco antes de ser decretado o Código de Águas e mesmo depois de sua vigência legal, os anos que se seguiram à primeira regulação apresentaram uma criação institucional voltada à regulamentação da água quase que exclusivamente como recurso de produção de energia. Em vista disso, foi instaurada uma proto-regulação. Ou seja, o Código tinha um amplo escopo regulatório e era voltado, principalmente, a dirimir conflitos relativos aos usos da água, disciplinando a maioria das ações de acesso e uso desse recurso com intuito de manter como prioritário o consumo humano. No momento relativo à criação das instituições que regulariam e que dariam suporte operacional ao seu funcionamento, o eixo sobre o qual essas instituições foram criadas e remodeladas foi da regulação da produção de energia elétrica.

Dessa forma, a regulação da água num sentido mais amplo, formulada por princípios que incluíssem todos os seus usos, tornou secundárias e menos importantes as instituições que dariam suporte operacional a uma regulação do saneamento⁹. Todas as externalidades oriundas da urbanização e as demandas dos assentamentos urbanos eram resolvidas no âmbito local. Os serviços de

saneamento historicamente foram de titularidade dos municípios. Este arranjo predisps a implementação de políticas individuais e setorializadas.

Os municípios foram responsáveis pela produção dos mencionados serviços públicos até a instauração do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Uma vez que a regulação estava fundamentalmente direcionada para o setor elétrico e a constituição de 1946 alocava nas esferas subnacionais a obrigação do provimento desses serviços e o poder de legislar acerca do saneamento, somente em 1950 houve uma pequena transformação no setor.

No final da década de 50, surgiram as primeiras empresas de economia mista para gerir o saneamento, mas apenas em 1962 foi fundada a primeira Companhia Estadual de Saneamento Básico (CESB), a Casal de Alagoas. A criação de CESBs foi ampliada e, em 1971, ano em que era criado o PLANASA, apenas quatro dos estados da federação não possuíam tais companhias. A atuação destas no período anterior à implantação do PLANASA consistia na capacidade de interação que apresentavam com os municípios. As CESBs prestavam assistência técnica aos municípios estabelecendo certa conectividade e cooperação entre estes e os estados na prestação de serviços. Além disso, os municípios tinham acesso ao financiamento com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por meio do Banco Nacional da Habitação (BNH)¹⁰.

Com a implantação do PLANASA, apenas as CESBs passaram a ter acesso ao financiamento com recursos do FGTS. Ademais, o Governo Federal exerceu todo o tipo de pressão para que os municípios concedessem os serviços de saneamento às Companhias. Desse modo, a inversão do modelo que vigia no pacto federativo foi substancial, uma vez que de um modelo focado na gestão local o PLANASA transformou as CESBs em intermediárias administrativas. O efeito perverso desse modelo consistiu na combinação de uma descentralização administrativa associada a uma centralização federativa que criou um projeto nacional de saneamento alocado no sistema financeiro e desvinculado do restante

do marco regulatório dos recursos hídricos. É importante destacar este ponto, uma vez que algumas abordagens centradas na perspectiva de “falha governamental” e de “equilíbrio de baixo nível” baseiam seus pressupostos na perspectiva de fragilidade institucional da América Latina (SPILLER; SAVEDOFF, 2000).

As interpretações anteriores tomam como homogêneos os processos de *state building* de cada país, daí a inconveniência da aplicação dessa abordagem à regulação da água no Brasil, pois exatamente no processo de construção das instituições que marcariam a mudança da sociedade predominantemente agrária para uma realidade urbana mais densa, é possível identificar as peculiaridades das escolhas institucionais. Os desdobramentos dessas opções no marco regulatório para os recursos hídricos constituem resultado das trajetórias dependentes profundamente ligadas ao caráter histórico de constituição do arcabouço institucional brasileiro. A marca do setor elétrico no início da regulação da água, portanto, é um elemento a ser considerado em qualquer abordagem que busque compreender o processo de constituição do arcabouço regulatório atual.

A criação de instituições voltadas à regulação da água no Brasil, na década de 30, baseava-se na existência de um conjunto de técnicos dotados de expertise sediados no Ministério da Agricultura, que abrigava o Serviço de Águas. Eram profissionais ligados a pesquisas e a diagnósticos relativos, principalmente aos setores de mineração. Esse conjunto de profissionais e suas competências seriam a memória técnica do posterior Serviço de Águas, uma memória que foi forjada ainda no período da República Velha. No citado Ministério havia uma divisão denominada Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, na qual uma Comissão de Estudos de Forças Hidráulicas desenvolvia estudos relativos ao potencial de produção de energia hidrelétrica, bem como ao potencial de uso de águas para a irrigação no Brasil. Na Comissão e nos seus estudos residem as origens do Serviço de Águas.

Uma regulamentação mais específica sobre as questões inerentes à energia hidrelétrica foi estabelecida pelos decretos 852 e 938, ambos de 1938, que redefiniram parte da seção relativa à Energia Elétrica constante do Código de Águas e municiaram o Serviço de Águas de prerrogativas legais, capacitando o órgão física e tecnicamente para a elaboração de estudos e diagnósticos acerca do potencial hidráulico no Brasil. Associada a essa legislação, em 1939, o Decreto-lei n. 1.699 de 24 de outubro de 1939 regulamentou e tornou disciplinado o funcionamento do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), seguindo as diretrizes do Código de Águas e buscou antecipar efeitos inesperados relativos à produção de energia elétrica, como indicado no livro III.

O CNAEE foi o órgão responsável pelo fornecimento de subsídios para a regulação da água no Estado Novo como instituição ligada diretamente ao Presidente da República. Neste Conselho, a centralização característica da Era Vargas adentra o arcabouço regulatório desenhado no Código de Águas, promovendo o insulamento burocrático bastante próximo do que Nunes (1997) caracterizou como padrão de interação entre Estado e sociedade. O Conselho, longe de constituir uma instituição colegiada que abrigava todos os interesses relativos à água, assemelhava-se, na verdade, às instituições daquela conjuntura e acabava por ser o órgão responsável por municiar as decisões presidenciais no tratamento da regulação dos recursos hídricos no Brasil.

As competências e prerrogativas do CNAEE, segundo o desenho apresentado, qualificavam-no como uma típica agência burocrática. No desenho, tanto técnica quanto norma eram elementos contemplados e salientou-se a necessidade de não haver ligações entre os integrantes do Conselho e as indústrias de geração de energia elétrica. Nele, os integrantes tinham incumbência de gerar informações técnicas, jurídicas e contábeis para que o Presidente da República pudesse tomar alguma decisão a respeito das questões relativas aos usos da água, principalmente quando o seu destino era a geração de energia elétrica. A elaboração das informações dependia fundamentalmente dos

subsídios fornecidos pela Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral¹¹, que, a partir do Decreto-lei n. 3.763 de 1941, passou a constituir, com o CNAEE, o conjunto de instituições reguladoras da água. Com esse Decreto-lei, a amplitude da regulação e o caráter incisivo da União nas questões relativas ao domínio da água e à fiscalização das empresas concessionárias deixaram claro o crescente processo de nacionalização da economia (ANA; FUNDO FLÁVIO BARTH; Consolidação da legislação sobre Água; Caixa 68).

Depois de transformado em Divisão de Águas, o antigo Serviço de Águas passou a desempenhar mais que um papel de secretaria executiva do CNAEE. Por meio do referido Decreto-lei, o arcabouço regulatório representado pelo Conselho e pela Divisão de Águas ampliou seu papel informativo e técnico. Além da posição de órgãos técnicos responsáveis e dotados de expertise para informar o CNAEE, órgão regulador representante da União nas questões relativas à concessão de permissões para a exploração do potencial hidrelétrico no Brasil, esses órgãos foram potencializados na sua dimensão fiscalizadora (ANA; FUNDO FLÁVIO BARTH; Consolidação da legislação sobre Água; Caixa 68).

A criação do CNAEE não se constituiu em uma tentativa de regular os interesses concernentes ao acesso e uso da água por meio de um órgão colegiado, como sugere o nome. Tanto no desenho quanto na correlação institucional é possível verificar seu caráter insular e centralizador. A previsão de criação de formas colegiadas de regulação da água já era encontrada no Código de Águas. Uma análise sumária deste Código, focando as regulamentações acerca da produção de energia elétrica, permite compreender que essa atividade era o alvo da regulação, pois, naquele momento, a produção de energia gerava um número maior de externalidades tanto do ponto de vista físico como também no tocante às questões econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma convergência entre o caráter inovador do Código e as limitações do sistema político vigente que tornava extremamente insular a regulação da água, daí esta poder ser denominada proto-regulação. A inovação poderia ser identificada na ordenação jurídica que tentava disciplinar as questões ligadas à produção de energia elétrica, uma vez que o Código se antecipava aos desdobramentos provenientes da utilização da água para esse fim. As limitações poderiam ser observadas na criação de órgãos reguladores, que não apresentavam uma composição pluralista e funcionavam apenas como simples secretarias para informação do Presidente da República. O Código perdia, assim, força na implementação da regulação da água e era comumente atacado, com arcabouço legal superado, pelo setor privado que atuava no setor de energia (HISTÓRIA & ENERGIA, 1997).

No Código, o capítulo que versa sobre a regulamentação da energia elétrica estabelece o regime de concessões como uma ferramenta de controle da produção de energia. Associado à concessão, estava também disciplinado o mecanismo de controle exercido pela União sobre as concessionárias. Já se perfilavam a elaboração e a operação do arcabouço institucional criado para a regulação da Água, tendo no Serviço de águas e no CNAEE o conjunto regulador responsável pelo acompanhamento e efetivação da política relativa à água que vigorou até o fim do Estado Novo. São estes os movimentos seminais de construção de uma burocracia dotada de expertise acerca dos recursos hídricos e cuja atuação gerou trajetórias dependentes que promoveriam os retornos crescentes e a robustez das instituições reguladoras da água. Nota-se que, mesmo alterados os regimes políticos, estas duas organizações permaneceram como órgãos do executivo, responsáveis pelas políticas destinadas a esse setor.

NOTAS

¹ Esse novo marco é a Lei das Águas.

² Art. 29 - As águas públicas de uso comum, bem como o seu álveo, pertencem:

I - À União:

a) quando marítimas; b) quando situadas no Território do Acre, ou em qualquer outro território que a União venha a adquirir, enquanto o mesmo não se constitui em Estado, ou for incorporado a algum Estado; c) quando servem de limites da República com as nações vizinhas ou se estendam a território estrangeiro; d) quando situadas nas zonas de 100 quilômetros contíguas aos limites da República com estas nações; e) quando sirvam de limites entre dois ou mais Estados; f) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Estados.

II - Ao Estado:

a) quando sirvam de limites a dois ou mais municípios; b) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Municípios.

III - Aos Municípios:

a) quando exclusivamente situados em seus territórios e sejam navegáveis ou fluviáveis ou façam outros navegáveis e fluviáveis, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados.

§ 1º - Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sobre quaisquer correntes, pela servidão que a União se confere para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação.

§ 2º - Fica ainda limitado o domínio dos Estados e Municípios pela competência que se confere à União para legislar de acordo com os Estados em socorro das zonas periodicamente assoladas pelas secas.

Art. 30 - Pertencem à União os terrenos de Marinha e os acrescidos natural ou artificialmente, conforme a legislação especial sobre o assunto.

Art. 31 - Pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Parágrafo único - Este domínio sofre idênticas limitações às que trata o artigo 29 (DECRETO N. 24.643, DE 10 DE JULHO DE 1934 que decreta o Código de Águas).

³ Recursos de livre acesso são comumente definidos na literatura ambientalista como recursos em que nenhuma regra institucional formal ou informal medeia a ação dos indivíduos no que se refere ao seu acesso. É a típica situação descrita por Hardin em *A tragédia dos Comuns*. Uma taxonomia mais acurada das características que compõem a literatura acerca dos recursos naturais e as formas de acesso e uso desses pode ser encontrada em OSTROM (1990). Em 2002, uma vasta literatura a respeito foi produzida, conforme bibliografia apresentada no capítulo "A Recente Arena Regulatória".

⁴ A categoria recurso vital foi desenvolvida no artigo *A polissemia na definição do acesso à água: qual conceito?* Neste artigo, a partir dos pressupostos da teoria da justiça, busca-se compreender a água como um recurso vital.

⁵ Os ribeirinhos que ocupavam as margens das águas de domínio da União são contemplados no Código. É importante salientar que, no campesinato, os arranjos que caracterizam a propriedades são

resultado de relações de cooperação e operam informalmente. A figura dos ribeirinhos é interpretada no Código como beneficiária do caráter público das águas pertencentes à União.

⁶ O professor Valladão evoca um jurista italiano para destacar sua contribuição na formatação do Código de Águas no item que versa sobre o critério da navegabilidade como elemento norteador do caráter público da água. “[...] Como Pacelli direi: a mim basta ter acenado para a questão, deixando aos cultores da ciência econômica e da técnica hidráulica o encargo de resolvê-la [...]” (VALLADÃO, 1933; DNAEE, 1980).

⁷ O clube Oito de Outubro, ainda nos desdobramentos do movimento tenentista, buscava endereçar a questão da energia hidrelétrica na ordenação constitucional com base nas discussões acerca dos minérios.

⁸ É importante verificar que o nacionalismo e suas variantes buscaram empreender ações voltadas para a criação institucional que caracterizava o Estado Novo (IANNI, 1971; DINIZ, 2000). Nesse sentido, a regulamentação presente no Código de Águas de 1930 foi uma resposta nacionalizante mais intensa do que a apresentada às elites da República Velha no primeiro projeto de regulação elaborado pelo jurista Alfredo Valladão. As elites republicanas em 1907 julgaram a primeira versão do Código um projeto centralizador do ponto de vista do pacto federativo vigente.

⁹ É importante salientar a contribuição da coletânea de trabalhos acerca da regulação da água na América Latina, elaborada por Spiller e Savedoff para o Banco Mundial, para que sejam ponderados esses pressupostos de fragilidade institucional e de equilíbrio de baixo nível como variáveis aplicadas ao caso brasileiro. Nessa obra, a perspectiva de fragilidade institucional é elaborada com base em estudos de caso em cinco países da América Latina: Honduras, México, Chile, Argentina e Peru. O Brasil aparece apenas em uma estatística acerca da perda de rede de suas companhias estatais e o arcabouço institucional apresentado como virtuoso na regulação da água é a Inglaterra. Há, portanto, que se ter cuidado em aplicar esses pressupostos ao caso brasileiro. A obra parece compreender a privatização como única saída para uma maior eficiência do setor de abastecimento de água. Nesse sentido, é importante pontuar o caso do Chile no conjunto da obra. Este país aparece como potencial exemplo de mudança institucional virtuosa, contudo, os autores não inserem, no escopo interpretativo, questões como a robustez institucional derivada da história das instituições do setor de abastecimento. O marco institucional chileno de regulação da água esteve prioritariamente ligado ao abastecimento, datando do século XIX. Porém, o diagnóstico mais favorável dos autores à virtuosidade do modelo chileno origina-se na análise dos princípios de privatização do setor que datam ainda da década de 50 e se intensificaram na década de 90.

¹⁰ No período de 1968 até 1986, o montante financiado às CESBs por meio de recursos do FGTS foi de R\$ 8.392.385,00. O modelo implementado pelo PLANASA até 1978 teve desempenho razoável. A partir daí as tarifas das empresas de saneamento passaram a ser utilizadas como instrumento de política monetária. Nesse período, a coincidência do início dos pagamentos dos empréstimos ao BNH, que geria o FGTS de onde eram financiados os projetos de infra-estrutura de saneamento nos municípios findou por pressionar a saúde financeira das CESBs. As CESBs não deixaram de realizar os pagamentos, contudo não dispunham de recursos para investimentos. Com a falência do BNH e o fim do PLANASA, em 1986, a estrutura institucional vigente no setor teve como legado do PLANASA 652 serviços municipais de saneamento, 267 destes administrados pela FUNASA e o restante pelas CESBs.

¹¹ Artigo 9 - O Conselho terá uma Divisão Técnica, Consultoria Jurídica e seções de Comunicação e Contabilidade (DECRETO-LEI n. 1.699 de 24 de outubro de 1939 (DNAEE, 1980)).

Art.12 - A Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral servirá como órgão informativo do Conselho (DECRETO-LEI n. 1.699 de 24 de outubro de 1939 (DNAEE, 1980)).

REFERÊNCIAS

BARTH, F. T. *Textos para a regulamentação da Lei Federal n. 9.433/1997*. Brasília, 1997. (Agência Nacional de Águas (ANA) - Fundo Flavio Barth.CAIXAS: 68 e 72).

BARTH, Flávio Terra. Evolução nos aspectos institucionais e no gerenciamento de recursos hídricos no Brasil. In: *O estado das águas no Brasil*. FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de. (Org.). Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME, 1999. p. 34.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, p.15, 29, 1998.

BRASIL. DECRETO-LEI n. 1.699 de 24 de outubro de 1939: DNAEE; 1980.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Recursos hídricos: conjunto de normas legais*. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2002.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

DRAIBE, S. M. *Rumos e metamorfoses - estado e industrialização no Brasil: 1930/1980*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 399.

EISNER, Allen Marc; WORSHAM Jeff; RINGQUIST Evan J. *Contemporary regulatory policy*. USA: Lynne Rienner Publishers, 2000.

MEMÓRIA da eletricidade: *panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Centro da Memória da Eletricidade. Rio de Janeiro, Brasil, 1988.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance: political economy of institutions and decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, Fundação ENAP, 1997

OSTROM, Elinor. *Governing the commons*. Cambridge: University Press, 1990.

SPILLER, Pablo; SAVEDOFF, Willian D. *Água perdida: compromissos institucionales para el suministro de servicios públicos sanitarios*. New York: Banco Interamericano de desarrollo, 2000.

TOMANIK POMPEU, Cid. Recursos hídricos na Constituição de 1988. *Revista Águas e Energia Elétrica*. Departamento de Águas e Energia Elétrica - DNAEE. n. 5. v. 14, 1988.