

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2015

**DESABASTECIMENTO DE ÁGUA E A RESERVA DO POSSÍVEL:
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Leandro José Batista Marques da Costa – leandrojbmc@yahoo.com.br
Wagner Inácio Freitas Dias – Wagnerinacio@gmail.com

RESUMO

Consiste o presente trabalho na análise da responsabilidade civil do Estado e das concessionárias de serviços públicos de saneamento, diante do desabastecimento de água, que vem ocorrendo em várias regiões do país e na possibilidade destes se valerem do princípio da reserva do possível, para se eximirem de responsabilidade civil pelos danos causados em consequência da falta de água. Iniciar-se-á com a exposição de um estudo das principais causas da crise nos sistemas de abastecimento de água no Brasil, passando pela tutela constitucional que é dada à água, bem jurídico fundamental, essencial e indispensável para a saúde e dignidade da pessoa humana. Fez-se necessário um estudo acerca do princípio da reserva do possível e as hipóteses de cabimento, bem como sobre a responsabilidade do Estado diante de condutas omissivas e má gestão pública à luz do princípio da eficiência. Por fim, serão abordados os limites para concretização dos direitos fundamentais, frente aos argumentos do ente estatal, que não raro, se utiliza da reserva do possível como meio de escusa, para a ineficiência da gestão pública. Utilizou-se como fonte de pesquisa, jornais, artigos, doutrina e jurisprudência. Pretende-se concluir que o Estado pode e deve ser responsabilizado, na medida em que o problema em tela é fruto de omissão e negligência do mesmo, que podendo não agir nem previu o que era previsível e passível de solução. O presente trabalho foi realizado através de uma abordagem dedutiva, mediante pesquisa qualitativa, bibliográfica, jurisprudencial e teórica.

Palavras-chave: O desabastecimento de Água; Responsabilidade Civil do Estado; Reserva do Possível.

ABSTRACT

In this work in analyzing the liability of State and public sanitation service utilities in front of the water shortage, which has occurred in several regions of the country and the possibility of these avail themselves of the principle of reservation is possible to obtain exemption liability of damage caused as a result of lack of water. It will start with the display of a study of the main causes of the crisis in water supply systems in Brazil, through the constitutional protection that is given to water and basic legal, essential and indispensable to health and human dignity. A study of the principle of reserve for contingencies was necessary and the appropriateness of assumption, as well as on State responsibility before omissive behaviors and poor governance in the light of the principle of efficiency. Finally, it will address the limits for realization of fundamental rights, against the arguments of the state entity that often, using the reserve as possible as a means of excuse for inefficiency of public administration. It was used as a source of research, newspapers, doctrine, articles and jurisprudence. It is intended conclude that the State can and should be held liable to the extent that the problem on screen is the

result of omission and neglect of it, it can not act or foresaw what was predictable and solvable. This work was carried out through a deductive approach, using qualitative, literature, case law and theoretical research.

Key-words: The water shortages; Liability of the State; Reserve Possible.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise da crise do sistema hídrico brasileiro e suas consequências no campo jurídico. Será feito um breve estudo acerca do problema da falta de água, de como os mananciais vêm diminuindo ao longo dos anos por falta de políticas públicas capazes de promover a exploração dos recursos hídricos de modo sustentável e eficiente.

Serão analisadas as principais causas do desabastecimento de água no país e as medidas possíveis de serem adotadas pela administração pública para erradicar ou minimizar o problema supracitado.

Em seguida será realizado um estudo sobre os princípios e fundamentos jurídicos adequados à análise da responsabilidade civil do Estado, a fim de se entender como deve ser tratada a questão no universo jurídico.

Analisaremos a possibilidade de se estabelecer limites à responsabilidade estatal mediante a invocação do princípio da reserva do possível, tendo por escopo o limite dos recursos financeiros do poder público, que seriam insuficientes para resolver o problema da escassez dos recursos hídricos.

Por fim será analisado se o Estado e as empresas de saneamento devem ser responsabilizados pelos prejuízos causados a sociedade em razão do desabastecimento de água, se houve omissão e negligência na prestação de serviços públicos de saneamento e se cabe a invocação do princípio da reserva do possível para justificar a falta dos investimentos necessários neste setor.

1. O PROBLEMA DO DESABASTECIMENTO DE ÁGUA

Atualmente o Brasil passa por um momento de reflexão diante do problema de desabastecimento de água, que atinge várias regiões do país, principalmente o Sudeste. O problema da escassez de água tem sido atribuído à estiagem, que reduz o nível das represas e mananciais de onde é feita a captação para o tratamento e distribuição da água à população.

A falta de chuvas e a consequente diminuição dos recursos hídricos sem dúvida é um dos principais fatores que tem contribuído para a crise no setor, entretanto, não podemos ignorar que existem outros que concorreram para construção deste colapso.

Em entrevista à revista ISTO É, o professor Benedito Braga, um dos maiores especialistas do mundo no assunto, deu sua opinião sobre a crise hídrica:

Nenhuma crise tão grande acontece só por culpa do governo, do tempo ou do consumidor. É uma conjunção de fatores. Não estou minimizando o fator infraestrutura ou o consumo, entretanto o grande problema foi a falta de chuvas”, diz. De acordo com ele, sai muito caro construir represas com água o bastante para lidar com o pior cenário possível, como o atual. “O racionamento é o último recurso porque quando fechamos os dutos corremos o risco de a água poluída entrar no cano. Propus que o governo estabeleça um limite para cada domicílio. E que a partir disso o valor de cada metro cúbico adicional aumente exponencialmente. Quando sente no bolso a pessoa economiza, afirma.

Neste mesmo sentido, transcrevemos os princípios mais importantes da Declaração de Dublin¹, que faz menção ao modelo de gestão dos recursos hídricos que devem ser adotados pelas nações:

- 1-A água é um recurso finito e vulnerável, essencial para a manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; partindo-se do princípio que a água sustenta a vida, a gestão dos recursos hídricos requer uma abordagem holística, integrando o desenvolvimento económico e social com a protecção dos ecossistemas naturais. A sua gestão efectiva integra o uso do solo com os usos da água no âmbito da bacia de drenagem ou do aquífero subterrâneo;
- 2-A gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos devem ser baseados no enfoque participativo, envolvendo usuários, projectistas e governos de todos os níveis; a abordagem participativa implica o fomento à consciencialização da importância da água em todos os sectores público e privado e sugere que as decisões sejam tomadas na base, com ampla participação e consulta pública e o envolvimento dos usuários no planeamento e implementação dos Projectos;
- 3- As mulheres têm um papel fundamental na administração, gestão e protecção dos recursos hídricos; implícito no papel das mulheres está o processo, o que raramente se verifica nos arranjos institucionais da gestão dos recursos hídricos;
- 4-A água tem valor económico para todos os seus usos e deve ser reconhecida como um bem económico; este último princípio embute o conceito fundamental do reconhecimento do direito de todos à água potável e ao saneamento, a preços compatíveis.

Interessante observarmos que, a conservação dos recursos hídricos para o abastecimento de água não depende apenas de grandes obras, mas, também de mobilização e

¹ A Declaração de Dublin foi elaborada na Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada na cidade de Dublin, na Irlanda, e que influenciou a Conferência da Rio-92.

conscientização de toda a sociedade, no sentido de se estimular o uso racional e consciente da água. Outra questão que deve ser observada é a preservação das nascentes e dos mananciais, de modo a garantir que este bem jurídico seja renovável.

De acordo com especialistas consultados pela revista *Veja* (2014), o primeiro passo para solucionar o problema de desabastecimento de água seria reduzir as perdas de água tratada, que acontecem em razão de vazamento nas redes de distribuição. Estima-se que em média, cerca de 40% da água tratada produzida acaba se perdendo, um índice muito acima dos parâmetros internacionais, que estão em torno de 10% de perda. Além disto, é essencial que o governo realize campanhas permanentes a nível nacional, buscando mudança de hábitos culturais, através da conscientização sobre a importância de se economizar água, principalmente nas escolas. Outra solução que deve ser considerada a longo prazo é a despoluição dos rios, que hoje são considerados inadequados para captação e tratamento, como o Tietê.

Uma alternativa apontada de forma unânime é o reuso da água. Tal técnica consiste na reutilização da água que já foi usada pela população para ser reutilizada para fins não potáveis, como por exemplo, nas indústrias. Esta técnica já é utilizada através de parceria público-privada entre a Sabesp e a Odebrecht Ambiental (VEJA, 2014).

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS

A Constituição da República, no Título I, trata dos Princípios Fundamentais, que são os pilares de todo nosso ordenamento jurídico. Dentre eles se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado o mais universal de todos os princípios, sendo que todos os demais princípios emanam deste. Neste sentido, é essencial que a administração pública esteja determinada a cumprir o que prescreve nossa Carta Magna, no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2007, p. 60/61)

Quando observamos a falta de água nas residências e a descontinuidade no fornecimento de água, temos de maneira clara, um exemplo de desrespeito ao princípio

fundamental da dignidade da pessoa humana, pois a água é um bem essencial e indispensável, sem o qual não se é possível viver de forma digna. Portanto, é dever do Estado atender as necessidades básicas dos cidadãos, possibilitando neste caso, o acesso à água potável, de modo a garantir um mínimo existencial.

A ineficiência do poder público no tocante ao saneamento básico e as falhas na prestação do serviço de abastecimento de água demonstra que a administração pública não está alinhada com os princípios constitucionais que a regem, sobretudo ao princípio da eficiência.

É notável que o desabastecimento de água afeta profundamente a população privando-a de um serviço que por sua natureza deveria ser contínuo, ferindo assim a dignidade da pessoa humana, bem como ao Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de uma relação jurídica de consumo, existindo de um lado o consumidor, definido como pessoa física ou jurídica, que utiliza a água como destinatário final e do outro um fornecedor, pessoa jurídica que desenvolve atividade de produção, distribuição e comercialização de determinado serviço. Portanto a falta de continuidade no fornecimento de água é sinal claro de que a administração pública não está sendo eficiente na prestação do serviço de saneamento.

A CF/88, nossa lei maior, no artigo 37, traça um modelo que toda Administração Pública deve observar e seguir: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”.

A doutrina também é clara ao afirmar que a Administração Pública tem que atingir a finalidade a qual se propõe de realizar com eficiência a prestação dos serviços públicos que lhe são inerentes, conforme nos ensina França (2000, p.168): "O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrava deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo. ”.

Neste mesmo sentido, afirma o ilustre doutrinador:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social" (MORAES, 1999, p. 30).

Diante do exposto, observa-se que a eficiência da Administração Pública representa não apenas uma sugestão, mas sim uma verdadeira obrigação legal imposta ao administrador

na gestão pública; e na medida em que o Estado deixa de cumprir com seu dever e passa a causar danos a terceiros, seja por ação ou omissão, surge o dever de indenizar.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando se fala de responsabilidade civil do Estado trata-se do dever deste de reparar os danos causados em razão da atividade que exerce ou em razão da omissão do mesmo. De acordo com Borges (2013), podemos afirmar que a responsabilidade civil se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, se exaurindo com a indenização.

A responsabilidade civil do Estado, no entanto, embora siga as mesmas linhas da responsabilidade civil privada, possui princípios próprios, compatíveis com sua posição jurídica, possuindo regras específicas que visam dar mais proteção aos administrados.

A responsabilidade do Estado possui algumas peculiaridades em razão da crescente presença nas relações sociais, que cada vez mais interfere de forma imperativa nas relações individuais. Considerando que sua presença acontece quase todos os dias, e a intensidade dos danos susceptíveis de serem causados aos cidadãos é muito maior, a responsabilidade do Estado torna-se mais extensa do que a aplicável aos indivíduos.

Do ponto de vista histórico podemos resumir em três momentos a forma como o Estado era responsabilizado por atos ilícitos e danosos causados aos administrados.

Num primeiro momento tínhamos a chamada irresponsabilidade do ente estatal, onde o governante é quem ditava o que é o certo ou o errado, e, portanto, não havia de se falar em responsabilidade civil do Estado.

Posteriormente surgiu a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, para a qual era fundamental que houvesse culpa ou dolo do agente para ensejar a responsabilização. Além do elemento subjetivo, era necessária, também, a comprovação da conduta estatal, do dano e do nexo causal entre a conduta e o dano.

Atualmente é pacífico o entendimento entre os doutrinadores que a responsabilidade do Estado é objetiva para condutas comissivas, conforme prevê nossa Carta Magna no artigo 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Podemos perceber que a Constituição Federal é cristalina no sentido de que não se faz necessária a demonstração de culpa ou dolo para responsabilização do Estado em caso de

conduta comissiva, bastando, portanto, que, por meio de seus agentes, tenha agido causando danos a terceiros, dispensando para este fim comprovação de culpa ou dolo.

Devemos ressaltar que a administração pública, pode causar danos a terceiros tanto pela ação quanto pela omissão, de forma que uma má gestão pública pode ser marcada por condutas omissivas e comissivas. Neste sentido, preleciona Borges (2013):

O Estado pode causar danos aos particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. Nesse caso a responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos: o fato administrativo, o dano e o nexa causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui ou não fato gerador da responsabilidade civil do Estado, pois nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal.

A ilustre doutrinadora corrobora este entendimento afirmando que a responsabilidade civil se funda ora na teoria do risco, em razão de comportamentos comissivos danosos, caso em que será objetiva; ora na teoria da culpa, através de atos omissivos lesivos a terceiros, hipótese em que será subjetiva (DINIZ,1999, p.523).

Desta forma, quando o Estado deixa de realizar o que a lei determina, causando prejuízo a terceiros, sua conduta omissiva deverá ser analisada, e se ficar comprovada a negligencia deverá ressarcir os prejuízos.

Sobre conduta omissiva do Estado nos ensina a ilustre jurista:

O Estado responde por omissão, quando devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar obstar aquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo. O fato danoso pode consistir em fato da natureza cuja a lesividade o poder público não impediu, embora devesse obsta-lo, ou em comportamento material de alguém prejudicial a outrem, cuja lesividade o Estado devia impedir e não o fez, respondendo assim, em ambas as hipóteses, por culpa ou dolo pela omissão, ou melhor, por ato ilícito. Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligencia, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou falta de serviço que ocorre, p. ex., na omissão do Estado em debelar incêndio (RJTJRS, 87:333), em prevenir as enchentes, por não ter providenciado a canalização de rios ou por ter-se descuidado da conservação do serviço de esgoto ou redes pluviais, dando origem a vazamentos e inundações... (DINIZ,1999, p.527).

Desta forma, na medida em que o Estado descumpra seu dever legal de agir, deixando de prestar serviços públicos de forma eficiente e eficaz, se configura conduta omissiva por

culpa dos gestores públicos, que, embora podendo, não agiram para evitar prejuízos aos administrados.

Ainda de acordo com Maria Helena Diniz, o Estado poderá se eximir de responsabilidade caso não tenha agido com culpa ou dolo, se o dano for inevitável em razão de força maior ou estado de necessidade, ou se houve culpa da vítima ou de terceiros. No caso da força maior, para que seja excludente de responsabilidade civil do Estado exige-se que seja comprovadamente irresistível, inevitável e imprevisível para que fique bem caracterizada a inimputabilidade da entidade pública.

A esta altura, cabe-nos avaliar se crise hídrica, e o colapso no sistema de abastecimento de água que atinge o país pode ser consequência da conduta omissiva dos entes públicos e se houve culpa da administração pública ou se o caso em tela se enquadra em umas das excludentes de responsabilidade, como a “força maior” (fato da natureza).

De fato, não há que se discutir que a principal causa da crise de abastecimento de água no Brasil é a falta de chuva, que é um fenômeno natural, e que afeta diretamente o fornecimento de água à população. Entretanto, não há dúvida de que era possível prever que períodos de estiagens como o que estamos passando eram passíveis de acontecer, e é bem sabido que existem medidas que poderiam ser tomadas para minimizar os impactos da crise hídrica como adoção do reuso da água, redução de perdas entre outras.

Desta forma, fica claro que, embora o principal causador do problema hídrico seja um fato da natureza, e que o mesmo era previsível e, portanto, deveria ter levado a administração pública a se preparar para enfrentar esta situação de maneira mais adequada, tomando todas as medidas preventivas necessárias para minimizar os danos aos cidadãos.

4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

De acordo com Falsarela (2012), a reserva do possível é uma teoria criada na Alemanha, e foi utilizada pela primeira vez na suprema corte alemã, onde na ocasião, se discutiu a limitação da oferta de vagas oferecidas nas universidades públicas para o curso de medicina. Alguns alunos alemães, se sentindo prejudicados por não conseguirem acesso ao curso pretendido, pleitearam judicialmente o direito de cursar medicina na universidade, considerando que a constituição lhe garantia, no art. 12, que todos os alemães teriam direito de escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.

Diante da pretensão, o tribunal entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha no limite do razoável.

Nas lições de Stiborski (2015), a teoria da reserva do possível surge no universo jurídico como uma forma de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, afastando o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria.

De acordo com Ávila (2013), a teoria da reserva do possível, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais ou financeiros para efetivação dos direitos sociais, mas sim a razoabilidade da pretensão proposta frente a sua concretização.

No Brasil, entretanto, a interpretação desta teoria vai na seara do financeiramente possível, ou seja, o Estado deve ser obrigado a prestação dos direitos fundamentais dentro do limite de suas possibilidades financeiras, conforme nos ensina Machado (2014): “Verificam-se que as normas constitucionais, por serem normas de direito público, no mais das vezes, exigem dispêndio de dinheiro. A existência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas.”

Aprofundando sobre o assunto, de acordo com parte da doutrina pátria, devemos considerar que, para a aplicação da reserva do possível é necessária uma análise sobre a existência de recursos disponíveis sob dois aspectos: fático e jurídico. O fático concerne à quantidade de recursos financeiros que a administração pública possui efetivamente; ao passo que o jurídico, diz respeito a existência de autorização orçamentária para disposição dos recursos.

Desta forma, ainda que o Estado disponha de recursos, se não houver autorização orçamentária tal recurso não poderia em tese, ser empregado para atender demandas relacionadas a direitos fundamentais. Entretanto, em alguns casos se admite a relocação de recursos para atender necessidades de indivíduos quando se trata de proteção ao mínimo existencial.

De acordo com Ribeiro (2011), a construção jurisprudencial arquitetada ao longo dos anos sobre a reserva do possível tem atualmente exigido a comprovação da ausência de recursos, não bastando, que o Estado simplesmente afirme tal fato. Além disto, este princípio deve estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana, de modo que tal garantia

fundamentais não podem ser maculadas sob o pretexto da inexistência de previsão orçamentária, sob pena de se violar princípios constitucionais.

De fato, entendemos que os recursos financeiros do Estado são finitos e por outro lado as necessidades sociais do cidadão são ilimitadas. Portanto cabe ao Estado em algumas situações invocar a reserva do possível para resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do erário público. Entretanto, o que não se pode aceitar é que a administração pública use de maneira indiscriminada e sem critério este princípio para se furtar das obrigações e responsabilidades a ele inerentes.

Neste sentido nos ensina Falsarella (2012):

Há certo consenso doutrinário quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial. Poderia, sim, justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades, ou outro mecanismo.

Diante disto, fica claro que a reserva do possível somente poderá ser aplicada pelo Estado com ressalvas, de modo que não prive o cidadão do mínimo existencial, e do necessário para se viver com dignidade.

5. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO

Os serviços públicos podem ser prestados de forma direta pelo Estado ou indiretamente por intermédio de particulares, onde as atribuições são dadas pelo próprio Poder Público Concedente.

Desta forma, buscando maior eficiência e a desburocratização na prestação de tais serviços é que o Poder Público vem delegando a prestação e exploração dos serviços públicos a particulares. A partir desta delegação é que surgem as chamadas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Neste sentido, prevê a Constituição da República:

Art. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Na prestação de serviços de saneamento básico a delegação ao particular é realizada através de concessão, sendo esta realizada através de prévia licitação, na modalidade de concorrência pública.

Quando falamos em responsabilidade civil devemos considerar que as concessionárias são responsáveis na medida em que exercem atividades econômica por sua conta e risco, tendo, neste caso, o dever de indenizar quando provocar danos a terceiros.

Desta forma, podemos dizer que o responsável principal é a concessionária que presta os serviços enquanto o Estado possui responsabilidade subsidiária, e somente responde se o prestador do serviço público não tiver condições financeiras para indenizar os prejuízos causados.

O princípio da eficiência, previsto na nossa Carta Magna, exige da Administração Pública o máximo de resultado em suas ações, e entendemos que tal princípio alcança também aqueles que executam obras ou prestam serviços por delegação do Poder Concedente.

As empresas de saneamento, portanto, são responsáveis pelo correto e eficiente serviço de abastecimento da população, cabendo-lhe o fornecimento de água potável, em qualidade, quantidade e continuidade adequadas.

Neste sentido, afirma Rios (2014):

Apesar do concessionário do serviço público prestar o serviço por sua conta e risco e em nome próprio, a titularidade permanece com o Poder Público, pois, trata-se de serviço cuja responsabilidade pela prestação é do Poder Público, que escolhe delega-lo ao particular. Contudo, o Poder Público deve fiscalizar a prestação do serviço, sendo obrigação do concessionário prestar um serviço adequado e de qualidade. Caso contrário, poderá sofrer intervenção, penalidades ou ter o contrato extinto.

Embora o Estado tenha a prerrogativa de delegar a prestação dos serviços públicos, ele continua como o titular de tais serviços e, portanto, possui o dever de fiscalizar e exigir das concessionárias a prestação de tais serviços de forma adequada e eficiente.

Desta forma, a poder concedente, também descumpre o mandamento constitucional na medida em que não exige das concessionárias o cumprimento de suas obrigações legais e contratuais.

Diante da obrigação constitucional imposta ao Poder Público e às concessionárias, através do princípio da eficiência, entendemos que pela natureza essencial do serviço público

em questão era de se esperar uma atuação preventiva, eficiente e profissional das empresas de saneamento, com constantes monitoramentos e acompanhamento da capacidade dos mananciais hídricos que abastecem as cidades, bem como estudos sobre o impacto que o crescimento demográfico causava sobre as mesmas.

No entanto, muitas empresas, diante do cenário de escassez hídrica cometeram o erro de confiar todo o sistema de captação e abastecimento de água à ocorrência de chuvas, que por característica natural é incerta e imprevisível.

Desta forma, há de notar que houve comodismo por parte das concessionárias que sabiam ou deveriam saber da gravidade dos problemas hídricos que estavam por acontecer. Entretanto, enquanto os mananciais davam conta da demanda com a ajuda das chuvas, estas não se preocuparam em realizar ações preventivas e concretas em prol da sociedade.

O município tem o dever de fiscalizar a prestação dos serviços de saneamento, sendo responsáveis na medida de sua omissão e as empresas possuem obrigação de prestar de forma eficiente e sem interrupções o serviço de natureza pública de fornecimento de água aos consumidores sendo que tal obrigação é de resultado e não de meio, ou seja, são obrigados a fornecer água e não a fazer o possível para tal fornecimento.

Sabemos que os prejuízos causados pelas empresas em razão da descontinuidade na prestação dos serviços de abastecimento de água são os mais diversos. A escassez hídrica pode causar problemas afetos a saúde pública, uma vez que a interrupção do fornecimento de água força a população a buscar água em fontes alternativas que podem estar contaminadas.

Além disto, a falta d'água prejudica as fábricas, indústrias e comércios comprometendo o crescimento destas atividades. Também o desenvolvimento cultural e econômico e social é prejudicado na medida em que a ausência de água causa prejuízo em todos os setores da sociedade.

Tem se noticiado diversos prejuízos causados pelas constantes interrupções e como resposta as empresas culpam a estiagem, o aumento do consumo e a falta de uso racional da água por parte da população. Alegam ainda que não são obrigadas a fornecer água que não se encontra disponível nos mananciais.

Se por um lado as concessionárias afirmam que não podem fornecer a água que não se encontra disponível na natureza, devido à falta de chuvas, entendemos que é possível, através de investimentos e uso de novas tecnologias, utilizar o pouco que se tem de forma mais eficiente reduzindo-se as perdas de água que se encontram atualmente muito acima dos parâmetros aceitáveis.

A Lei Federal N11445\2007 aponta as diretrizes que as empresas prestadoras de serviços de saneamento básico devem seguir:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.

O dispositivo legal supracitado não deixa dúvidas de que os princípios que regem a prestação de serviços de saneamento não estão sendo cumprida pelas concessionárias, vez que, com a crise hídrica o acesso a água tratada não está sendo universal, nem tampouco eficaz.

Entendemos que faltam investimentos em novas tecnologias, capazes de proporcionar a exploração dos recursos hídricos de forma mais eficiente e sustentável, como por exemplo, o reuso da água, técnica pouco utilizada pelas empresas de saneamento no país.

6. RESERVA DO POSSÍVEL E A CRISE HÍDRICA

A crise hídrica é sem dúvida um dos acontecimentos mais relevantes ocorridos nos últimos anos, e nos leva a questionar se estamos no caminho certo quando o assunto é saneamento básico e gestão eficiente das águas.

O Estado tem a responsabilidade de prestar serviços públicos direta ou indiretamente, e garantir a promoção do bem estar social. No entanto muito se questiona sobre a capacidade e a possibilidade da Administração Pública cumprir tudo que lhe exigido pela Constituição Federal.

O princípio da reserva do possível tem por objetivo ponderar o que a sociedade pode exigir do Poder Público e o que é efetivamente possível de ser realizado. Sabemos que os recursos financeiros do erário público são limitados e por vezes escassos, e nem tudo é possível de se exigir do Ente Estatal.

Entretanto, considerando que grande parte dos prestadores de serviços públicos são empresas, entendemos que é possível que seja exigido destas que parte dos lucros auferidos sejam aplicados na modernização e adequação necessária para que os serviços sejam prestados de forma eficiente e satisfatória a população.

Com relação às localidades onde o Poder Público presta diretamente os serviços de saneamento, entendemos ser responsabilidade do poder público municipal, estadual e federal proverem o adequado fornecimento de água, de modo que seja garantida a universalização do acesso ao saneamento.

Entendemos que no mundo capitalista que vivemos, onde concessionárias de serviços públicos buscam o lucro a qualquer custo, se torna fundamental a interferência do Estado no sentido de fiscalizar e exigir destas o pleno cumprimento dos serviços públicos que lhe foram delegados de forma contínua e eficaz.

Enfim, torna-se claro que na questão do desabastecimento de água que vem acontecendo não cabe a invocação da reserva do possível para o Estado se eximir de suas responsabilidades, pois não é razoável aceitar que a população seja privada de bens jurídicos fundamentais para manutenção do mínimo existencial.

Privar a população de uma prestação de serviço públicos de saneamento significa relegar a segundo plano a saúde do cidadão, vez que o saneamento está diretamente promoção da saúde e bem-estar social.

Além disso, há de se ressaltar que o Brasil possui exorbitante carga tributária, e, portanto, é inadmissível a alegação do Poder Público com relação à insuficiência de recurso financeiro para necessidade tão urgente, pelo menos do ponto de vista fático.

Quanto a disponibilidade de recursos financeiros do ponto de vista jurídico, é mister que o executivo realize previsão orçamentária para aplicação de recursos a serem aplicados para melhoria do sistema de abastecimento, sob pena de intervenção do judiciário para realocação dos recursos que não tiveram alocação adequadas.

CONCLUSÃO

Diante do cenário caótico de crise hídrica, onde várias pessoas estão sendo privadas do devido fornecimento de água, entendemos que estamos diante de flagrante desrespeito aos direitos fundamentais. Entendemos que tal situação representa um suplício a população, o que torna insustentável a vida das famílias afetadas.

Como mencionado, a água é um bem essencial para saúde e bem-estar do ser humano e, portanto, garantir a prestação, de forma contínua, de serviços públicos desta natureza é garantir o mínimo existencial.

Concluimos com este estudo que não cabe invocar a reserva do possível para justificar a falta de investimento no setor hídrico, pois como bem sabemos, as consequências da ineficiência dos gestores públicos neste setor, tem consequências que atingem a população no que lhe é mais essencial.

Assim, deve o Estado e as concessionárias serem responsabilizados por sua conduta omissiva, no momento em que deixaram de investir na proteção dos mananciais, na conscientização da população sobre o consumo consciente da água, na falta de adoção de técnicas para reutilização de água (reuso), na precariedade dos sistemas de distribuição de água que permite perda de água muito acima dos parâmetros internacionais entre outros.

Entendemos que a partir do momento em que a administração pública e as empresas de saneamento passarem a ser efetivamente responsabilizadas eles serão forçados a agir com maior esmero na execução das políticas públicas, e assim haverá maior efetividade nas prestações dos serviços públicos essenciais.

Acreditamos que a reserva do possível deve ser aplicada observando-se a proporcionalidade e razoabilidade e não apenas a existência de recursos financeiros. Portanto, ainda que não haja recursos disponíveis do ponto de vista jurídico, entendemos que o judiciário pode e dever exigir que seja feita realocação de recursos, de forma a garantir que o mínimo existencial seja preservado.

Consideramos inadmissível que o gestor público possa usufruir da reserva do possível para se eximir de responsabilidade quanto ao cumprimento dos deveres sociais estabelecidos pela Constituição Federal e esperamos que as autoridades tomem todas as providencias para que nenhum cidadão tenha seu direito mais fundamental desrespeitado.

BIBLIOGRAFIA

ÁGUAS PÚBLICAS DO ALENTEJO. **Declaração de Dublin**. Disponível em: <<http://www.agda.pt/declaracao-de-dublin.html>>. Acesso em 05 de nov.2015.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em 05 de nov.2015.

BORGES, Loester Ramires. **Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8039/Responsabilidade-civil-do-Estado>>. Acesso em 05 de nov.2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06 de nov. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 13.ed., São Paulo: Saraiva, 1999.v.7.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: <Http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 05 de nov.2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

ISTO É. **Depois da seca, o fogo**. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/388144_depois+da+seca+o+fogo>. Acesso em 05 de nov. 2015.

MACHADO, Ivja Neves Rabelo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,reserva-do-possivel-minimo-existencial-e-direitos-prestacionais,51251.html>. Acesso em 05 de nov.2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 60/61.

_____. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

RIBEIRO, Patrícia Gomes. **O direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: < http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn/gerenciador/revistafiles/Patricia_Gomes.pdf>. Acesso em 05 de nov.2015.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível: Origem, conceitos e ordens.** Disponível em: <<http://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em 05 de nov.2015.

VEJA. **A falta de água em São Paulo tem solução?** Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/a-falta-de-agua-em-sao-paulo-tem-solucao/>>. Acesso em 05 de nov.2015.