



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCPJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA FARIA DE SOUZA

CONFLITO FEDERATIVO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA:

A gestão das águas do Rio Paraíba do Sul

**RIO DE JANEIRO
2017**

NATÁLIA FARIA DE SOUZA

CONFLITO FEDERATIVO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA:

A gestão das águas do Rio Paraíba do Sul

Dissertação apresentada como requisito do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO para a obtenção do Título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça

RIO DE JANEIRO
2017

“As leis existem, mas quem as aplica?”

Dante Alighieri

“Pensar só em si e no presente é uma fonte de erro em política.”

Jean de La Bruyère

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus tudo, Gilmar, Regina e Nivea, por ordem etária e não de importância, afinal somos mais que uma família, somos um time.

AGRADECIMENTOS

Meus profundos e sinceros agradecimentos aos meus pais, por me apoiarem em todas as minhas decisões, incondicionalmente, mesmo que tais decisões façam com que eles fiquem com o coração aflito e em oração, de três a quatro vezes na semana, que era a quantidade de vezes que eu cruzava a Rodovia Presidente Dutra nos horários mais inacreditáveis para conseguir dar conta de ser Procuradora Regional em Volta Redonda e estar na UNIRIO para as aulas do mestrado. Ao fim e ao cabo, as orações funcionaram.

Agradeço a minha irmã, Nívea, que sempre esteve presente nos momentos de fraqueza, quando eu achava que era humanamente impossível concluir esse desafio, ela é o meu “grilo falante” em forma de gente.

Agradeço à UNIRIO pela acolhida no mestrado em Direito e Políticas Públicas que me proporcionou uma rica convivência e a ampliação dos meus horizontes; aos meus colegas de mestrado, pelos debates, enfrentamentos e discussões saudáveis que contribuíram para que o caminho fosse mais agradável; ao prof. José Carlos Vasconcelos dos Reis, meu colega de Procuradoria do Estado e supervisor de estágio docente, participar de suas aulas foram um enorme aprendizado; aos meus amigos de Chefia da Procuradoria da Dívida Ativa, Marcus Vinicius Cardoso Barbosa, Juliana Florentino e Hugo Maurell pela compreensão e apoio nessa fase final da jornada. Em especial ao Hugo, pelas sacudidas que me deu quando pensei em desistir.

Agradeço também à Mariane Gabriel, por ficar me ouvindo explicar meu tema inúmeras vezes, por vezes em looping, ser chefe tem suas vantagens.

Por falar em chacoalhadas, tenho muito a agradecer às amigas que fiz nessa trajetória, Leilane Reis e Larissa Coelho, com quem compartilhei medos e ansiedade, são amigas que o mestrado me trouxe e tenho certeza que carregarei pela vida toda. Agradeço ao meu orientador, Prof. Paulo Roberto Mendonça, por me acolher em um momento no qual eu estava sem orientador e sem muita certeza do caminho a seguir.

Agradeço aos professores que estiveram presentes na minha banca de qualificação, Prof. Paulo de Bessa Antunes e Prof. Pedro Avzaradel, seus comentários foram valiosos na conformação do presente trabalho.

Agradeço também aos amigos que não desistiram de mim diante da minha reclusão (in)voluntária para cursar o mestrado e escrever a dissertação, agora é hora de recuperar o tempo perdido.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto analisar a forma como foi conduzido o conflito federativo submetido ao STF por meio da Ação Cível Originária 2536, considerando as diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos, a relevância do bem ambiental e a democracia deliberativa adotada pela PNRH, com a instituição de foro adequado para a busca de consensos a respeito do uso de águas compartilhadas. Neste ponto, reconhece o proeminente papel institucional do STF e o esforço conciliatório corporificado na mediação realizada pelo Ministro Luiz Fux, a qual está em consonância com a teoria dos diálogos institucionais, mas faz uma crítica à limitação democrática que a decisão proferida representou.

Palavras-chave: democracia deliberativa, recursos hídricos, conflito federativo.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the way in which the federative conflict submitted to the Supreme Court was conducted through the Civil Action 2536, considering the guidelines of the National Water Resources Policy, the relevance of the environmental good and the deliberative democracy adopted by the NWRP, that created an appropriate forum for the search of consensus regarding the use of shared waters. At this point, we have to acknowledge the prominent institutional role of the Supreme Court and the conciliatory effort embodied in the mediation conducted by Minister Luiz Fux, which is aligned with the institutional dialogues theory, but criticizes the democratic limitation that the decision rendered represented.

Keywords: deliberative democracy, water resources, federative conflict.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	15
2.1 Bases Teóricas para a compreensão da Democracia.....	16
2.1.1 Constitucionalismo e Democracia.....	16
2.1.2 Neoconstitucionalismo, acirramento de conflitos e democracia substantiva.....	23
2.1.3 A forma federativa e a repartição de competências.....	26
2.1.3.1 Noções Gerais do conceito de Federação.....	26
2.1.3.2 O Federalismo tridimensional brasileiro.....	30
2.1.4 A crise da democracia e o incremento da participação.....	32
2.2 Democracia Deliberativa	36
2.2.1 Histórico.....	36
2.2.2 Características da Democracia Deliberativa.....	39
2.2.3 Modelos de Democracia Deliberativa	44
2.2.6. A democracia deliberativa no cenário ambiental	49
2.3. Ascensão Institucional do Poder Judiciário.....	52
2.3.1 Judicialização da política e das relações sociais.....	52
2.3.2 O ativismo judicial e as críticas à sua expansão	56
2.4 A Teoria dos Diálogos Institucionais	59
3 OS RECURSOS HÍDRICOS	62
3.1 O acesso à água e seu caráter estratégico	63
3.2 O tratamento jurídico dado à água no Direito Brasileiro.....	68
3.2.1 Origens.....	68
3.2.2 A água na Constituição de 1988.....	71
3.2.3 A água como direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.....	75
3.2.4 O Caráter Democrático-Participativo do Direito Fundamental ao Meio Ambiente	79
3.3 A Política Nacional De Gestão De Recursos Hídricos (Lei Nº 9.433/97).....	81
3.3.1 Origens.....	82
3.3.2 Princípios e diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos.....	87
3.4 A Governança da Água na PNGRH	90

3.4.1 As bacias hidrográficas como unidade de gestão territorial.....	91
3.4.2 Gestão de recursos hídricos.....	94
3.5 A Crise Hídrica e o conflito na bacia do Rio Paraíba do Sul	99
3.5.1 A bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul	99
3.5.2 A crise hídrica de 2014.....	103
3.5.3 A proposta de transposição das águas do rio Paraíba do Sul	104
3.5.4 O conflito judicial e a solução posta.....	107
4 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

1 INTRODUÇÃO

Assente que a água é um elemento estratégico e essencial para o homem, a gestão sustentável de recursos hídricos ultrapassa as fronteiras regionais, requerendo atuação e coordenação de interesses do Poder Público e da Sociedade, de forma a superar o fator limitante de desenvolvimento econômico e de efetividade de políticas ambientais e de saúde no Brasil.

Reconhecido o acesso à água e ao saneamento como direito humano pela ONU, na Resolução nº 64/292, de 28 de julho de 2010, impende ressaltar que a Constituição Federal de 1988 positiva como direito social o direito à saúde e como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, nos termos do art. 225, dever do Poder Público e da coletividade sua defesa e proteção, atuando cada qual dentro de suas atribuições e possibilidades, fazendo com que se possa compreender o direito à água – objeto do presente trabalho – como um direito constitucionalmente garantido pelo Estado brasileiro, ainda que não seja textualmente mencionado.

Nesse viés, a Carta Magna prevê, em seu artigo 23, incisos II e VI, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e proteger o meio ambiente, e, no artigo 24, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção ao meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Nesta última, destaca-se posição da doutrina majoritária, no sentido de que tal competência legislativa estende-se também aos Municípios, em decorrência do artigo 30, inciso I, da CRFB/88, que consigna a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local. Assim, resta claro o compartilhamento de responsabilidades entre os entes da federação no que se refere ao meio ambiente e à saúde.

Em decorrência do exposto, portanto, de forma a evitar conflitos federativos ou comportamentos não cooperativos entre os entes da Federação, o artigo 21, inciso XIX, da Constituição Federal atribui à União a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, considerando a natureza do bem em questão e o fato de haver uma interdependência entre os recursos hídricos que faz com que os reflexos de sua utilização em determinado Estado sejam sentidos em outro Estado¹.

¹ Neste ponto, a Política Nacional de Recursos Hídricos instituída pela Lei nº 9.433/97 define a bacia hidrográfica como unidade de gestão de forma a minimizar conflitos decorrentes do uso das águas.

O modelo tridimensional de Federação adotado pelo Brasil foi idealizado de forma a permitir uma maior participação do interesse local nas decisões que guardassem direta relação com seus interesses em homenagem ao princípio da subsidiariedade. Tal orientação tem como norte gerar o deslocamento de poder decisório às instâncias locais, conferindo maior legitimidade às decisões políticas e maior proximidade com o cidadão, com o conseqüente incremento da democracia². Ao mesmo tempo, tal cenário de competências compartilhadas representa um dever de cooperação constitucional entre os entes da Federação e um permanente esforço na construção de consensos e na celebração de compromissos (HUEGLIN; FENNA, 2010), legitimando a atuação e a interação entre os entes federados, considerada a existência de interesses diversos e por vezes conflitantes³.

Nesse contexto, percebe-se a vontade da Constituição em atribuir à União a competência para legislar a respeito de temas cujo impacto transcenda o âmbito local, de forma a permitir uma atuação coordenada entre entes federativos em questões que extrapolem seus limites político-administrativos. Assim, há uma clara preocupação com tal atuação coordenada notoriamente no caso de áreas marcadas pela “tragédia dos comuns”, como na área ambiental, e no campo das políticas públicas nas quais se identifica a atuação de mais de um nível governamental em dado setor (ABRUCIO; FRANZESE; SANO, 2013, p. 132).

Foi nessa conjuntura, com o reconhecimento da importância estratégica da água, que a Constituição Federal previu, em seu artigo 22, inciso IV, que a competência para legislar sobre tal matéria é exclusiva da União⁴.

² TORRES, ao abordar o conceito moderno de subsidiariedade, afirma que tal princípio foi “acolhido pelo direito público como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade”, continua explicando que “no plano político, traduz-se no princípio federativo empregando-se quer como regra de repartição de competência entre as diversas esferas federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuição (...)” (2001, p. 34-35)..

³ Nas palavras de FEELEY (livre tradução): O federalismo é um compromisso trágico no qual aqueles que se identificam com a nação não estão satisfeitos porque a identidade nacional é truncada. Aqueles identificados com as subunidades (estados) também estão frustrados. Seus sonhos de autonomia ou soberania – suas identidades políticas particulares – estão incompletas. O resultado: nacionalistas continuarão a pressionar por uma unidade nacional mais robusta e aqueles que são leais aos entes federados pressionarão por autonomia. “Federalism is a tragic compromise in that those identifying with the nation are not satisfied because national identity is truncated. Those identifying with the subunits (states) are also frustrated. Their dream of autonomy or sovereignty—their distinct political identity—is unfulfilled. The result: nationalists will continue to press for more robust national unity, and those with loyalties to the parts will press for autonomy.” (FEELEY, 2012, p. 6)

⁴ O tratamento dado à água é questão sensível e de relevância estratégica para qualquer país, havendo que se destacar um aumento nos últimos anos dos conflitos subnacionais, conforme reportado no relatório “The World’s Water Vol. 8 Select Content (2014)” da ONG World’s Water. Nele, Gleick e Heberger destacam que os conflitos pela água tem tido conseqüências violentas, principalmente no nível local, no qual as intervenções diplomáticas são inócuas e quando os países possuem instituições políticas fracas (2014, p. 161-162).

Ocorre que a complexidade da organização federativa requer uma leitura dinâmica dos movimentos de centralização e descentralização, consorciando as noções de subsidiariedade e respeito às características regionais (municipais e estaduais), ao mesmo tempo em que se deve estabelecer políticas que visem à redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento e o estabelecimento de padrões que permitam a competição equilibrada no âmbito internacional (ABRUCIO; FRANZESE; SANO, 2013)⁵.

Ao mesmo tempo, há não somente a exigência de uma maior eficiência e efetividade da gestão pública, como a necessidade de incremento da legitimidade decisória, em especial por meio da participação democrática (ABRUCIO; FRANZESE; SANO, 2013), como também um constante conflito institucional entre os entes federativos no que se refere à tomada de decisões a respeito de políticas que afetem seus interesses e territórios.

Quadro este que se torna ainda mais complexo quando o bem em questão tem uma natureza peculiar como a água, objeto do presente trabalho, cuja titularidade não somente é compartilhada por entes públicos, como pode – e deve – ser reivindicada pelos particulares e pela sociedade como garantido na Constituição Federal.

É nesse cenário intrincado que se insere o presente trabalho, cujo objetivo é analisar, à luz do regramento jurídico existente e da necessidade de incremento de participação democrática visando à legitimação das decisões políticas a forma como foi conduzido o conflito federativo que envolveu os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo quanto ao pedido de transposição e captação de água do rio Paraíba do Sul, com o fim de abastecer o sistema Cantareira, realizado pelo Estado de São Paulo, e submetido ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Cível Originária (ACO) nº 2536 de relatoria do Ministro Luiz Fux⁶⁷.

Em breves linhas, a Lei nº 9.433/97 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), a qual consiste em política pública que traça as diretrizes a serem observadas pelos atores envolvidos no processo decisório referente à gestão (e usos) dos recursos hídricos. As características do bem regulado pela PNRH denotam o alto potencial conflitivo de decisões políticas feitas sem o grau de legitimidade e consensos adequados, considerando que se trata de recurso de titularidade compartilhada (tanto entre entes da federação quanto pela coletividade) e cuja importância estratégica requer que as falhas na sua implementação sejam tão

⁵ “Há tempos ocorrem debates sobre centralização ou descentralização. Nós precisamos agora estar dispostos a nos mover em ambas as direções – descentralizando algumas funções e ao mesmo tempo centralizando outras responsabilidades cruciais na formulação de políticas. Tais mudanças estão a caminho em todos os países” (OCDE, 1997, p. 13).

⁶ Com repercussão na ACO 2550. Veja: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO2536mediacao.pdf>

⁷ STF, ACO 2536/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, D.J.27.11.2014, DJe01.12.2014, Decisão Monocrática.

minimizadas quanto possível⁸. Nota-se, portanto, um forte viés democrático nas normas trazidas pela PNRH.

Neste contexto, a PNRH prestigiou a democracia não somente na previsão de uma gestão descentralizada que será concretizada por meio de uma participação plural (poder público, usuários e comunidades)⁹, mas também ao instituir fóruns de debate – os Comitês de Bacia Hidrográfica - onde as decisões são tomadas por meio da construção de consensos típicos da democracia deliberativa¹⁰.

Contudo, não foram previstos instrumentos jurídicos vinculativos, capazes de tornar efetivos os princípios previstos na PNRH para consecução de seus objetivos (OCDE, 2015), quais sejam, um planejamento de longo prazo que garanta sua disponibilidade com qualidade para gerações futuras, sua utilização racional com vistas ao desenvolvimento sustentável e uma atuação preventiva quanto a eventos hidrológicos críticos.

Tal lacuna de efetividade acabou evidenciada diante do comportamento não cooperativo do Estado de São Paulo, ao se valer de instrumentos externos à PNRH, a fim de obter autorização para a transposição de águas da bacia do rio Paraíba do Sul visando o abastecimento do Sistema Cantareira, em detrimento das diretrizes que devem nortear a gestão de recursos hídricos, quais sejam, a descentralização, a participação democrática, a construção de consensos por meio do debate e a subsidiariedade. Diante de tal comportamento, a questão foi judicializada pelo Ministério Público Federal e submetida ao STF, como já mencionado.

A solução obtida por meio de intervenção judicial, a despeito do relevante papel constitucional desempenhado pelo Poder Judiciário em matéria de políticas públicas (SECCHI, 2013, p. 107), carece da legitimidade democrática que revestiria uma decisão construída observando as diretrizes da PNRH. Contudo, a solução apresentada pelo Min. Luiz Fux, ao incentivar a realização de um acordo judicial nos autos do processo e a consequente atuação

⁸ SECCHI, ao discorrer sobre modelos racionais de tomada de decisão, quando se identifica um problema – no caso a gestão dos recursos hídricos que não só é compartilhada como interdependente – e a partir dele são construídas as soluções, aponta que “após serem tomadas as decisões, políticas públicas não se concretizam conforme idealizadas no momento do planejamento, seja por falta de habilidade administrativo-organizacional, seja por falta de legitimidade da decisão ou pela presença de interesses antagônicos entre aqueles que interferem na implementação da política pública” (2013, p. 53).

⁹ Art. 1º, inciso VI, da Lei nº 9.433/97: “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades”.

¹⁰ Lei nº 9.433/97: “Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes: I - da União; II - dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; III - dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação; IV - dos usuários das águas de sua área de atuação; V - das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

§ 1º O número de representantes de cada setor mencionado neste artigo, bem como os critérios para sua indicação, serão estabelecidos nos regimentos dos comitês, limitada a representação dos poderes executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios à metade do total de membros”.

cooperativa entre os envolvidos, a despeito das críticas que possam ser realizadas com relação à ausência de deliberação e consenso no *locus* adequado, está em consonância com as modernas teorias dialógicas¹¹ e com o papel conferido ao STF pela Constituição Federal.

Entretanto, dentre as alternativas disponíveis ao STF, mais do que uma mediação, seria necessária a utilização de instrumentos que permitissem o incremento democrático – e de legitimidade – da decisão construída, uma vez que, considerando os interesses envolvidos e a importância estratégica do rio Paraíba do Sul, seria conveniente um maior amadurecimento do debate.

As dificuldades se apresentam pela lógica contida na PNRH, a qual determinou as bacias hidrográficas como unidade de gestão territorial da água, descolando-a, portanto, do planejamento dos limites administrativos-geográficos dos Estados que a compartilham de modo a evitar um comportamento predatório dada a interrelação entre as águas que compõem determinada bacia hidrográfica.

A questão avulta em importância, quando se consideram os dados da OCDE¹² que, em relatório de 2015, afirmou que a crise hídrica mundial¹³ (PNUD, 2006) e os efeitos das mudanças climáticas “podem afetar a variabilidade e a disponibilidade na qualidade e quantidade da água” (MARENGO, 2008, p. 85), demandam o enfrentamento das lacunas de governança multinível. Tal lacuna não se resolve com a submissão ao Poder Judiciário de todas as matérias conflituosas em termos de gestão de recursos hídricos, mas sim demanda o amadurecimento do debate social e o incremento das vias democráticas.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem por escopo analisar a forma como o conflito em questão foi conduzido pelo Supremo Tribunal Federal e solucionado no caso concreto, considerando não somente os instrumentos de gestão coordenada à disposição no ordenamento jurídico, como também a teoria da democracia deliberativa, o papel do Judiciário perante a Constituição Federal de 1988 e a necessidade de legitimidade nas decisões com relação ao uso das águas, considerando a natureza do bem em questão, sua titularidade e sua importância estratégica.

As técnicas de pesquisa utilizadas no presente trabalho foram a pesquisa documental e a bibliográfica (LAKATOS; MARCONI, 2003), as quais envolveram, respectivamente, a análise de documentos relacionados à temática objeto da pesquisa, os quais são considerados

¹¹ Vide item 2.4.

¹² Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

¹³ O Relatório de Riscos Globais de 2015, divulgado pelo Fórum Econômico Mundial, colocou, pela primeira vez em dez anos, o principal risco em termos de impacto não foi um risco financeiro, mas sim crise hídrica (TORTAJADA; BISWAS, 2015).

fontes primárias, e a pesquisa bibliográfica, que consistiu no levantamento de doutrina e pesquisas anteriores a respeito das temáticas ora abordadas.

Utilizou-se como abordagem metodológica o empirismo jurídico¹⁴ (*empirical legal research*), conforme delineado por LEE e KING (2002), com base na análise de dados e experiências acumuladas, cuja observação permitiu a extração de inferências causais e o material utilizado para a pesquisa não se restringiu à área jurídica, sendo considerados doutrina, legislação e jurisprudência que trate dos temas: federalismo, gestão de recursos hídricos, gestão compartilhada de políticas, atuação coordenada de entes federativos e capacidade hídrica.

O conflito federativo submetido ao STF por meio da ACO 2536 é complexo e envolve questões relacionadas a constitucionalismo, federação, o papel do Poder Judiciário e a atual quadra da democracia no Brasil, que carece de legitimidade representativa e se volta para instrumentos que incrementem a participação social e legitimem as decisões políticas, por tal razão utilizou-se a democracia deliberativa como base de discussão.

Desta forma, a presente dissertação está dividida em dois blocos – um primeiro capítulo de natureza eminentemente teórica, no qual serão traçados os contornos necessários à discussão que será desenvolvida no segundo capítulo, que – de forma pragmática, busca caracterizar a forma de gestão dos recursos hídricos e os contornos do conflito em questão.

Por fim, com base nos pressupostos trazidos nos capítulos 2 e 3, será apresentada a conclusão a respeito da atuação do STF, o qual valeu-se de uma mediação realizada nos autos da ACO 2536 para buscar conciliar os interesses dos atores envolvidos no conflito federativo, contudo, mesmo compreendendo que o papel desempenhado está em consonância com a teoria dos diálogos institucionais e com os desígnios do Constituinte, há que se reconhecer que houve

¹⁴ The word “empirical” denotes evidence about the world based on observation or experience. That evidence can be numerical (quantitative) or nonnumerical (qualitative); neither is any more “empirical” than the other. What makes research empirical is that it is based on observations of the world—in other words, data, which is just a term for facts about the world. These facts may be historical or contemporary, or based on legislation or case law, the results of interviews or surveys, or the outcomes of secondary archival research or primary data collection. Data can be precise or vague, relatively certain or very uncertain, directly observed or indirect proxies, and they can be anthropological, interpretive, sociological, economic, legal, political, biological, physical, or natural. As long as the facts have something to do with the world, they are data, and as long as research involves data that is observed or desired, it is empirical. p. 3 (Em livre tradução: A palavra “empírica” denota evidências sobre o mundo com base na observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não numérica (qualitativa); sendo que nenhuma é mais “empírica” que outra. O que torna a pesquisa empírica é que ela é baseada em observações do mundo, em outras palavras, em dados, que é apenas um termo para fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados na legislação ou jurisprudência, resultados de entrevistas ou pesquisas, de dados de arquivos ou coleta de dados primários. Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certo ou muito incerto, diretamente observados ou de fonte indireta, eles podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Enquanto os fatos têm algo a ver com o mundo, eles são dados, e se a pesquisa envolve dados, algo que é observado ou desejado, é empírica).

uma retirada da decisão do foro adequado, qual seja, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e uma violação à democracia deliberativa, enquanto o reconhecimento da necessidade de se percorrer o *iter* processual para o alcance de uma decisão alcance de uma decisão verdadeiramente legítima e democrática.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

O presente trabalho se propõe a analisar o comportamento das instituições envolvidas no conflito federativo que se deu entre os Estados de Minas Geras (MG), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP), pela transposição de parte do fluxo do rio Paraíba do Sul para o sistema Cantareira, de forma a “solucionar” a crise hídrica experimentada pela região metropolitana do Estado de SP no ano de 2014 à luz do comportamento das instituições envolvidas, dos princípios de direito ambiental e da democracia deliberativa.

Segundo o professor Jackson Roehring, o que ocasionou a crise em questão não foi somente a seca experimentada pela Região Sudeste, mas principalmente a forma de gestão dos recursos hídricos, em especial em seu aspecto político-administrativo, uma vez que a “influência política na administração dos recursos hídricos abre brechas para o não cumprimento de planos estabelecidos para o setor”¹⁵.

Com a judicialização da questão e sua submissão ao Supremo Tribunal Federal, órgão com competência para decidir em caso de conflito entre entes da federação¹⁶, a solução negociada foi um acordo que envolveu a Agência Nacional de Águas, as Secretarias de Estado de Meio Ambiente de MG¹⁷, RJ¹⁸ e SP¹⁹, órgãos gestores encarregados do tema água, o CEIVAP – Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul e a AGEVAP²⁰, sem, contudo, observar as diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH).

¹⁵ Em entrevista para o Deustch Welle a respeito da crise enfrentada no ano de 2014 e submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio da ACO 2536.

¹⁶ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (...)” (BRASIL, 1988).

¹⁷ Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais.

¹⁸ Secretaria de Estado do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁹ Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo

²⁰ Agência de Bacia do Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

Assim, para compreender os conceitos envolvidos na solução do caso concreto ora sob análise, faz-se necessária uma revisão dos conceitos diretamente ligados à democracia e à legitimidade para a tomada de decisões políticas em matérias relacionadas a bens ambientais.

2.1 BASES TEÓRICAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A compreensão do desenvolvimento e da difusão das teorias deliberativas de democracia exigem uma sucinta retrospectiva de alguns conceitos-chave, necessários à compreensão e ao desenvolvimento do tema.

2.1.1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Primeiramente, imprescindível destacar que o presente trabalho parte do conceito histórico de Estado como uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em um determinado território (CANOTILHO, 1993; DALLARI, 2011), para a noção de que o Estado, tal qual o conhecemos, deve ser compreendido um como modelo de domínio político típico da modernidade, sendo um sistema processual e dinâmico que consiste em instrumento de ação coletiva da sociedade (CANOTILHO; 1993; BRESSER-PEREIRA; 2017²¹).

Nesses termos, *o Estado é* o instrumento por excelência de ação coletiva da sociedade – é a instituição através da qual a sociedade moderna busca seus objetivos políticos. É através dele e da ação política (que é sempre uma ação coletiva) que a sociedade politicamente orientada sob a forma de nação ou de sociedade civil alcança seus objetivos políticos. Listo sempre cinco deles (segurança, liberdade, desenvolvimento econômico, justiça social e proteção do meio ambiente), enumerados na ordem histórica aproximada em que se tornaram objetivos sociais, mas o mais importante

²¹ Bresser-Pereira (2017) ensina que: “Em cada país, o Estado será mais ou menos forte ou capaz, conforme mais coesa estiver a sociedade nacional ampla do estado-nação e maior for seu respeito à lei que, afinal, é o próprio Estado. Quando falamos em legitimidade do poder, podemos estar falando tanto em legitimidade do Estado quanto em legitimidade do governo. As duas legitimidades não se confundem. O Estado goza de legitimidade quando sua lei é respeitada e observada; um governo tem legitimidade quando seus governantes contam com o apoio da nação e da sociedade civil. Na democracia, a legitimidade deriva, inicialmente, de eleições, e, depois, do apoio que os governantes continuam a ter na sociedade civil. A legitimidade não se confunde com popularidade dos governantes, porque, para as pesquisas de opinião, todos os cidadãos são iguais, enquanto que, na sociedade civil, o poder não está distribuído de forma tão simples”. (p. 167).

deles, porque acaba de alguma forma englobando os demais, é o da segurança ou da proteção dos cidadãos. O que o cidadão espera do Estado é que ele garanta seus direitos de cidadania ou, em outras palavras, que lhe dê segurança ou o proteja: contra o inimigo externo, contra a desordem interna, contra a violência do próprio Estado e de cidadãos e organizações poderosos (direitos civis), contra o governo autoritário (direitos políticos), contra a desigualdade, contra a fome e a pobreza, em relação aos cuidados de saúde, na velhice (direitos sociais) e contra a captura do patrimônio público e do meio ambiente (direitos republicanos). (BRESSER-PEREIRA, 2017, p. 164)

Antes, entretanto, de tratarmos da atual configuração do Estado Moderno, relevante trazer os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso, o qual ensina que o surgimento do Estado deu-se no contexto dos movimentos liberais de limitação do poder público, ocorridos ao longo do século XIX, com o Estado Moderno se consolidando sob a forma de um Estado de Direito. Em um primeiro momento, os países europeus adotaram a forma de Monarquia Constitucional, do que se depreende que o núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, abrangida a proteção de direitos individuais em face do Estado (BARROSO, 2013, p. 62-64).

Foi somente no século XX, com o surgimento do conceito de democracia moderno e da incorporação de ideias de fonte legítima de poder e representação política, surge a noção de Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional Democrático. Neste contexto, se iniciam os debates teóricos e filosóficos sobre a dimensão formal e material dos conceitos de constitucionalismo e democracia.

O professor José Joaquim Gomes Canotilho, porém, destaca a existência de vários constitucionalismos – como o inglês, o americano e o francês -, preferindo falar em “movimentos constitucionais”. Para o referido autor, o constitucionalismo é uma teoria que “ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 51). Dessa forma, o constitucionalismo representa um instrumento de limitação do poder, mas com fins garantísticos, contendo, tal conceito, portanto, um juízo de valor (CANOTILHO, 2003).

A seu turno, Kildare Gonçalves Carvalho adota uma perspectiva jurídico-sociológica, com o constitucionalismo aludindo a um sistema normativo que estaria acima dos detentores do poder, representando, sociologicamente, portanto, um movimento social que sustenta a limitação do mesmo e, também, inviabiliza que governantes possam fazer prevalecer seus interesses na condução do Estado (CARVALHO, 2006, p. 211)

André Ramos Tavares, por sua vez, distingue quatro sentidos ao termo constitucionalismo: movimento político-social que pretende limitar o poder arbitrário; imposição de que haja cartas constitucionais escritas; meio de indicação dos propósitos mais

latentes e atuais da função e posição das constituições em sociedades diversas; e evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2006, p. 1).

Levando em consideração que o constitucionalismo tem como ideal a limitação do poder, a despeito do fato de se tratar de uma expressão recentemente introduzida na linguagem jurídico e política ocidental, trata-se de fenômeno cuja ocorrência é possível identificar desde a antiguidade, dado que tem como essência a limitação de poder (BARROSO, 2013, p. 4-6). Neste contexto, Canotilho sintetiza o constitucionalismo em dois grandes movimentos, um antigo e outro moderno, conceituando este último como:

(...) movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Sucintamente, Luís Roberto Barroso consigna que o constitucionalismo, em essência, tem como significado a limitação do poder e a supremacia da lei. Destacando, ainda, que a despeito de o emprego do termo constitucionalismo ser diretamente relacionado às revoluções francesa e estadunidense, ou seja, ter pouco mais de duzentos anos, suas ideias centrais podem ser identificadas desde a Grécia clássica, tendo como propriedades principais a legitimidade e a adesão voluntária a espontânea de seus destinatários (BARROSO, 2013, p. 5).

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Reichsstat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha *legitimidade*, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários. (BARROSO, 2013, p. 5).

O professor Luís Roberto Barroso identifica a proximidade entre os conceitos de constitucionalismo e democracia, os quais, segundo o autor, têm como síntese histórica a noção de Estado Democrático de Direito, tal como previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º (2013, p. 88). Assim, enquanto o constitucionalismo representa a limitação do poder e a supremacia da lei, a democracia, em breve síntese, significa a soberania popular e o governo da maioria, cabendo à jurisdição constitucional exercer o controle no sentido de garantir que a vontade da maioria não vulnere o procedimento estabelecido e os consensos previstos na Constituição (BARROSO, 2013, p. 89).

A questão da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional é debatida pela doutrina, havendo dificuldades de se estabelecer uma real medida no que se refere à dinâmica de forças que incide entre os limites constitucionais e a vontade da maioria e dos atores envolvidos.

Peter Häberle, a respeito da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional, defende que se deve ampliar os intérpretes da Constituição, sendo a interpretação constitucional um elemento da sociedade aberta, a qual deve contemplar os interessados²², incluindo dentre os participantes da interpretação, conforme o caso, as funções estatais, os participantes no processo de decisão, a opinião pública democrática, com destaque, nesse ponto, para as iniciativas de cidadãos e associações, e a doutrina constitucional (HÄBERLE, 2014, p. 30-32).

Contextualizando a teoria de HÄBERLE ao presente trabalho, o qual questiona a forma como foi conduzida a solução do conflito pela transposição de águas da bacia do rio Paraíba do Sul para o sistema Cantareira, há que se destacar a ênfase que o autor em questão dá ao controle que a Corte Constitucional deve realizar de forma a permitir a participação legal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição.

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis). Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou a defesa do meio ambiente. (HÄBERLE, 2014, p. 45)

²² O autor sistematiza o catálogo de participantes da seguinte forma: “...(1)As funções estatais: a) Na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do voto vencido; b) Nos órgãos estatais como poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão; jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré)formulação do interesse público²⁵; (2) Os participantes do processo de decisão nos casos 1ª e 1b, que não são necessariamente, órgãos do Estado, isto é: a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um “diálogo jurídico” (“Rechtsgespräch”); b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, n° 226, 94, n°s 1 a 4, §§ 65, 82, n° 2, 83, n° 2, 94, n° 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, n° 4, da Lei do Bundesverfassungsgericht); c) Pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, n° 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal); d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, n° 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais²⁷, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a longa manus da eleição de juízes²⁸ (NT 2); e) Os grupos de pressão organizados (§ 10, o Regimento Interno do Governo Federal); f) Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo²⁹; (3) A opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: mídia (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido, estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais³⁰); (4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos n°s 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.” (HÄBERLE, 2014, p. 30-32).

Jürgen Habermas também se debruça sobre a questão da legitimidade da atuação dos tribunais constitucionais²³ e apresenta crítica à restrição da discussão a respeito da atuação da jurisdição constitucional à questão da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, representando, dessa forma, uma disputa centrada na divisão de poderes. Nesse cenário, apresenta sua crítica sob três aspectos: (i) questões submetidas a tribunais constitucionais referem-se a colisões entre direitos fundamentais, fazendo com que suas decisões quase sempre versem sobre princípios, e que geram o que o autor chama de indeterminação do direito, permitindo que o tribunal crie direitos inspirados politicamente quando, pela lógica da divisão de poderes, tal atribuição deveria ser reservada ao legislador democrático; (ii) fazendo a distinção entre as normas e os valores²⁴, enquanto estes concorrem entre si, as normas são formadas como modelos de ação obrigatória, afirma que os tribunais ao decidirem com base em valores incrementa o perigo de juízos irracionais com argumentos funcionalistas sobrepujando argumentos normativos²⁵; e (iii) os tribunais devem funcionar como guardiões da democracia deliberativa e, de forma a revestir de legitimidade sua atuação²⁶,

²³ “Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Ora, o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se are a eles na perspectiva da jurisprudência. E, a partir do momento em que pretendemos analisar a relação problemática entre justiça e legislação, na perspectiva da teoria do direito, a autorização para exercitar o controle judicial da constitucionalidade (Verfassungsgerichbarkeit) oferece-se como um ponto de referência metódico, institucionalmente palpável. A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens de direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfeixamento institucional de funções, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição”. (HABERMAS, 1997a, p. 298)

²⁴ “Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores que têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários” (HABERMAS, 1997a, p. 321)

²⁵ “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”. (HABERMAS, 1997a, p. 322)

²⁶ Para HABERMAS: “Da compreensão republicana da política resulta uma consequência menos evidente para a seguinte questão: até que ponto o tribunal constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas? De acordo com as observações de Sunstein, a Supreme Court contrapõe o “reasoned analysis requirement” às medidas controversas da administração, mais do que às resoluções do legislativo. Essa cautela é fundamentada quando o controle da racionalidade não se refere tanto à forma dos processos de fundamentação, como aos argumentos substanciais que são desmascarados como pretexto retórico. Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político. O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse

devem decidir à luz de uma compreensão constitucional procedimental tomando como base a lógica da argumentação. (HABERMAS, 1997a, p. 297-334)

Pouco importa o modo como as questões da institucionalização judicial da divisão de poderes são avaliadas: não é necessário e nem possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual, “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito”. Ademais, a discussão americana sobre a constituição desconhece a oposição entre direito subjetivo e objetivo. E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a ideia de auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (HABERMAS, 1997a, p. 325-326)

A despeito das críticas à atuação da jurisdição constitucional, seu papel é essencial para garantia do funcionamento da democracia visando assegurar que as decisões tomadas de forma majoritária pelo legislativo atenham-se ao procedimento pré-estabelecido e não violem os consensos mínimos estabelecidos na Carta constitucional (BARROSO, 2013).

A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição – e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários – com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático. (...) A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação de poderes e a organização dos poderes constituídos e a fixação de fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais

conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. E essa imputação da virtude coloca o processo democrático, do modo como ele se desenvolve realmente nas democracias de massa do Estado social, na luz pálida de uma política instrumentalisticamente desvirtuada, “decaída”. (HABERMAS, 1997a, p. 343).

imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. (BARROSO, 2013, p. 110-116)

ARANTES e KERCHE relembram que o controle constitucional realizado pelo Poder Judiciário surgiu como solução liberal para evitar a tirania da maioria pela minoria, tendo como papel fundamental cuidar da aplicação imparcial da lei, garantindo a igualdade jurídica e o respeito aos direitos fundamentais, fortalecendo a democracia²⁷ (ARANTES; KERCHE, 1999).

No Brasil, e em outros países de democracia recém-nascida, as deficiências na dimensão intermediária do *rule of law* são bastante conhecidas, com um alarmante número de cidadãos excluídos da cidadania civil. Nem o direito produzido é universalista, nem sua aplicação pelos órgãos competentes se dá respeitando o princípio fundamental da igualdade perante a lei. Tudo isso coincide com acentuada pobreza e desigualdade social. (ARANTES; KERCHE, 1999, p. 29)

Como será visto no item 3.3, a Política Nacional de Recursos Hídricos se propõe a fortalecer o viés democrático das decisões a respeito de bacias hidrográficas e do uso da água, ultrapassando a concepção formal de democracia como um governo da maioria que respeite os direitos fundamentais, partindo para uma noção de incremento de participação e ampliação da legitimidade na destinação e no uso de um bem cujo pertencimento transcende a simples classificação de bem público²⁸.

Assim, considerando que a participação democrática demanda a inclusão da sociedade no processo de tomada de decisões, ocasionando um compartilhamento do poder e que a noção de democracia, conforme ensina Reinhold Zippelius, requer que os diferentes interesses e opiniões possam influenciar a decisão estatal, como sucedâneo de um Estado plural que interfira no processo político (ZIPPELIUS, 1997, p. 299), as decisões políticas são mais democráticas e legítimas quanto maiores são os consensos procedimentais e participativos²⁹.

²⁷ ARANTES e KERCHE tomam a democracia como ideal entendendo que no Brasil o que existe é uma poliarquia, a partir dos estudos de Robert Dahl, para quem nenhum regime é totalmente democrático, havendo graus de poliarquia conforme a intensidade de democratização. “Exceto os autores que permaneceram trabalhando na chave conceitual da democracia como sociedade igualitária, aqueles que desde o início se propuseram a restringir sua análise à dimensão política caminharam para a aceitação do conceito de poliarquia, de Robert Dahl, como forma de caracterizar o novo regime em construção. O conceito passou a ser utilizado não só para caracterizar a nova democracia como também para descrever seu processo de institucionalização, por meio da incorporação de outros esquemas analíticos de Dahl: competição política e direito de participação como dois eixos ao longo dos quais o novo regime pode ir galgando novos estágios rumo à poliarquia, mediante avanços concomitantes na liberalização política e na inclusividade (extensão do direito de participação ao maior número)”. (ARANTES; KERCHE, 1999, p. 27-28)

²⁸ Tal questão será melhor explicitada no item 3.2 do presente trabalho.

²⁹ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expressa que, a partir de então, (i) não mais a simples vontade da maioria ilide os direitos das minorias; (ii) há presunção de legitimidade não é absoluta; (iii) a manifestação da vontade estatal subordina-se à axiologia constitucional; (iv) a mera representação política do cidadão não mais comunica suficientemente sua vontade, devendo-se, quando possível, garantir a participação direta ou semidireta nos processos decisórios. Para o professor, os modelos de democracia vigentes até o final da Segunda Guerra

2.1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO, ACIRRAMENTO DE CONFLITOS E DEMOCRACIA SUBSTANTIVA

Na segunda metade do século XX, a partir do século XXI, a doutrina passa a desenvolver uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominando-a neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo (BARROSO, 2005).

O professor Daniel Sarmento destaca que a expressão neoconstitucionalismo consiste em conceito formulado na Espanha e na Itália, com grande repercussão na doutrina brasileira após a publicação, em 2003, da obra organizada por Miguel Carbonell, intitulada “Neoconstitucionalismo(s)” (SARMENTO, 2009, p.114).

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso aponta três marcos para fundamentais para a transformação do direito constitucional. Como marco histórico, tem-se a formação do Estado Constitucional de Direito, consolidado ao longo das últimas décadas do século XX; o grande marco-filosófico é o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; por fim, o marco teórico é o conjunto de mudanças, que inclui a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 3-5).

Há que se reconhecer que o valor normativo supremo da Constituição não desponta como uma verdade que se auto-impõe, representando, por conseguinte, o resultado de reflexões proporcionadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em se aperfeiçoar os meios de controle do poder, visando o aprimoramento dos suportes da convivência social e política³⁰ (GONET BRANCO, 2011).

Assim, o neoconstitucionalismo surge no contexto de superar a vinculação do constitucionalismo somente à limitação de poderes, mas representando um passo adiante ao buscar a eficácia da Constituição, a qual abandona a natureza de documento com caráter meramente retórico e se transforma em um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Isso significa ultrapassar a noção formal de Constituição buscando seu valor

Mundial voltavam-se à obtenção de consensos puramente formais, exigindo-se, a partir de então, consensos substantivos, amplamente procedimentais e participativos. (MOREIRA NETO, 2013, p. 9).

³⁰ Neste ponto, há que se lembrar a lição de ARANTES e KERCHÉ já mencionada no item 2.1.1 supra, de que o tribunal constitucional foi instituída com uma finalidade liberal de evitar a ditadura da maioria sobre a minoria (1999). Vale citar, ainda, que HABERMAS chama atenção sobre os riscos que um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões diante do parlamento e do governo pode causar para a divisão de poderes e os controles recíprocos (1997, p. 300).

material, nas palavras de SILVA e PESSOA, “um dos aspectos consolidados pelo neoconstitucionalismo foi o debate acerca de vertentes formal e material de cada instituto jurídico”. (2017, p. 606)

Da superação do Estado Legislativo de Direito e da elevação da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, notadamente, observa-se também uma intensa carga valorativa ao serem incorporados valores e opções políticas em seu texto. Todavia, expandem-se, ademais, conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do sistema constitucional (BARCELLOS, 2005).

Nesse cenário de fortalecimento da Constituição, observa-se um inesperado e peculiar estresse entre constitucionalismo (neoconstitucionalismo) e democracia, uma vez que foi atribuído o poder de dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição ao Poder Judiciário (jurisdição constitucional), cabendo aos juízes definirem os valores que prevalecem em hipótese de conflitos entre princípios e direitos fundamentais contidos no texto da Carta. O Judiciário, dessa forma, ainda que percebido como um poder neutro, passa a desempenhar um papel (ainda mais) essencial ao funcionamento do Estado.

BARROSO observa que se adota, nessa linha, uma perspectiva substancialista de Constituição e de jurisdição constitucional³¹. Em breves linhas, para a tese procedimentalista, defendida por John Hart Ely, a jurisdição constitucional tem uma função instrumental, de assegurar que as decisões tomadas pela via democrática sejam precedidas por condições de igualdade aos participantes da deliberação. Dessa forma, entendem que se o processo for justo, suas consequências também o serão. Por outro lado, para as teses substancialistas, concepção de Ronald Dworkin, a justificação da jurisdição constitucional passa pela necessidade de assegurar os direitos fundamentais, entendidos como trunfos contra maiorias eventuais. (BARROSO, 2013).

Ao mesmo tempo em que há um aumento do papel do Poder Judiciário como intérprete da Constituição, a expansão dos direitos fundamentais, as mudanças da sociedade, o incremento

³¹ O Professor Luís Roberto Barroso ensina que “os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo. Assim, para o procedimentalismo, só se deve extrair da Constituição as “condições procedimentais da democracia”, cabendo à jurisdição constitucional proteger tais condições, evitando que se desintegram por via da atividade legislativa. Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substantivistas dão ênfase aos princípios de justiça (...) e os procedimentalistas, ao princípio majoritário. Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressiva do que suas diferenças” (BARROSO, 2013, p. 114-115).

do pluralismo e da diversidade, juntamente com a revolução das comunicações, demandam soluções políticas que superem a democracia formal, a qual somente exigia consenso na escolha dos agentes políticos, e se enquadrem em uma democracia substantiva, que requer um consenso mais amplo e uma maior participação. Isso significa que não basta que as decisões políticas sejam juridicamente eficientes, mas sim que elas devem ser tomadas visando a efetividade social e um consenso mais amplo, o qual somente é obtido por meio de uma processualidade adequada e participativa (MOREIRA NETO, 2008, p. 1-2)³².

Nesse contexto de um novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo), o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica os quatro pilares principiológicos que devem nortear as novas democracias após a Segunda Grande Guerra: os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a participação e o conceito de constituição como ordem de valores (MOREIRA NETO, 2008, p. 6).

Após a Constituição de 1988, portanto, percebe-se uma virada das normas de direito público no Brasil as quais começam a se voltar para uma democracia substantiva, calcada na participação e no consenso (MOREIRA NETO, 2008, p. 12). Percebem-se, portanto, a edição de leis prevendo políticas participativas de forma a legitimar as decisões tomadas pelos governantes e, nesse contexto, foi aprovada a Lei nº 9.433/97, que disciplina a gestão de recursos hídricos, como será melhor demonstrado no item 3.3 a seguir.

³² Segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Nas democracias formais, instituídas nas sociedades monoclas e biclas, que caracterizaram o Estado moderno até meados do século vinte, era suficiente o consenso colhido para a escolha dos agentes políticos. O surgimento de sociedades pluriclas, a revivescência do humanismo ao cabo de duas guerras mundiais, com o fim da virulência das ideologias totalitárias, e, notadamente, o advento da Revolução das Comunicações, tornou as cidadanias mais esclarecidas e exigentes, buscando ampliar o consenso político além da formalidade da escolha de governantes – de quem deverá governar - para a escolha de políticas – de como deverão governar.

Essa democracia substantiva, em construção nas sociedades contemporâneas, vem a ser a resposta da Era da Informação, como precisamente a denomina Manuel Castells, à imensa complexidade e diversidade dos problemas contemporâneos, que reclamam soluções políticas com grau de diferenciação suficiente para atender às especificidades dos diversos subgrupos sociais reivindicantes em uma sociedade pluralista, o que representa uma diferença sumamente importante para aferir-se não apenas o grau de eficiência juridicamente estimável dessas políticas, como e principalmente, o seu grau de efetividade social.

Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.

Essa processualidade participativa, como qualquer outra técnica jurídica que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido, na esteira da contribuição jurisprudencial e doutrinária dos Estados Unidos da América, berço do moderno direito participativo, ao fundar na cláusula constitucional do *due process of law*, enunciada na Emenda V, o direito de participar em processos regulamentares, abrindo aos sistemas constitucionais de todo o mundo, não apenas a possibilidade, mas o dever de instituir processos participativos adequados para a satisfação tanto do conteúdo formal quanto do material da referida cláusula.” (MOREIRA NETO, 2008, p. 1-2)

2.1.3 FORMA FEDERATIVA E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

De forma a melhor compreender a organização política brasileira e a dinâmica de poderes e competências, considerando as peculiaridades do objeto do presente estudo, qual seja, a transposição de parte do fluxo de uma bacia hidrográfica compartilhada por três Estados da Federação, faz-se necessário apresentar noções gerais a respeito do conceito de Federação e as características específicas da federação brasileira.

2.1.3.1 Noções Gerais do conceito de Federação

O surgimento do Estado Federal deu-se em um contexto de reunião de unidades territoriais até então soberanas e independentes. Essa característica serve como parâmetro para a compreensão da previsão constitucional a respeito da repartição de competências, a qual foi realizada de forma absoluta, com a descrição dos poderes da União e a atribuição de ampla competência residual aos entes federados e que ficou conhecida como federalismo dual ou clássico. O federalismo clássico fazia sentido em um contexto de um Estado Liberal, que preconizava uma atuação estatal reduzida (BERCOVICI, 2004). Nesse modelo, a previsão de uma separação dos poderes federal e estadual tinha como finalidade precípua obstar uma possível interferência da União sobre a atuação e os poderes dos entes federados, de forma a proteger a autonomia federativa. Desta forma, somente se admitia a intervenção da União em situações excepcionais; contudo, mostra-se inegável reconhecer a dificuldade prática em se realizar tal separação absoluta (ANTUNES, 2015).

BERCOVICI destaca que “desde o modelo original norte-americano, as definições e características dos vários tipos de federalismo, todavia, nunca podem ser consideradas como absolutas” (2004, p. 20). A dinâmica de atuação e de interesses entre a União e os entes federados obsta – na prática – a verificação de uma separação absoluta de competências. Assim, a necessidade de atuação para a consecução das finalidades do Estado em prol do interesse do cidadão, fizeram com que fosse necessária a atuação da Suprema Corte, sendo que o papel por ela desempenhado foi determinante para a evolução histórica do federalismo.

Analisando em retrospectiva o federalismo adotado pelos Estados Unidos, é possível identificar, desde a sua instituição, movimentos centralizadores e descentralizadores com relação à concentração de poderes na União ou no Estados, conforme os anseios da época. Em primeiro momento, implantou-se um federalismo nacional, cuja finalidade era reforçar a existência da União, ainda que garantida a autonomia dos entes e uma separação de competências; na sequência, identifica-se um modelo que fortaleceu e enfatizou a separação rígida de competências após a Guerra Civil (1861-1865), o qual, por sua vez, foi superado por um novo modelo que ficou posteriormente conhecido como federalismo cooperativo, o qual se verifica após o *New Deal* (BERCOVICI, 2004).

Esses movimentos de adequação às necessidades de cada época, caracterizados pela centralização e descentralização reforçam a noção de que o federalismo não se trata de uma estrutura teórica, mas sim que deve ser visto como um instrumento pragmático de organização e interação política cuja finalidade é a conciliação de interesses sociais e políticos, por vezes coincidentes, por vezes conflitantes, não sendo infundado reconhecer sua possibilidade de transformação. Desta forma, para SILVEIRA, o federalismo não representa um modelo com estruturas estáticas, mas sim “como momentos de um processo que se desenvolve com resultados alternados, segundo prevaleçam tendências centrífugas ou centrípetas” (2007, p. 204). Neste aspecto, importante destacar a contribuição de Carl Friedrich e sua teoria do *federalizing process* (federalismo como processo), para quem o federalismo é tanto estrutura quanto processo³³.

Reconhecido esse aspecto dinâmico, importante compreender os alicerces sobre os quais se funda o modelo federativo. Trata-se de uma forma democrática de governo que tem duas principais premissas: a heterogeneidade e a presença de uma identidade nacional (BURGESS, 2006). Recorde-se que o surgimento do Estado Federal decorreu da necessidade de uma solução pragmática para a obtenção de governabilidade respeitando o interesse local e

³³ “Contrariamente ao que julgava ser uma cantilena contraproducente, Friedrich sugere um registro processual: o federalismo não deve ser considerado como um modelo estático ou um termo fixo e preciso de divisão de poderes entre as autoridades central e periféricas. Há de ser percebido como um processo de federalização de uma comunidade política – um processo mediante o qual várias organizações políticas separadas (fossem Estados ou outra classe de associações) convencionam a resolução conjunta de problemas comuns, ou o inverso, um processo mediante o qual uma organização política até então unitária se descentraliza até o ponto em que surjam comunidades políticas distintas capazes de decidir autônoma e isoladamente sobre os problemas que lhes digam respeito.
(...)”

A lógica federativa friedrichiana seria aquela de um contínuo desenvolvimento, ou de uma sucessão ininterrupta entre toda uma graduação de figuras possíveis, integradas entre duas soluções igualmente extremas: num dos polos, uma comunidade unitária (...); e no polo oposto, o embrião de um sistema de comunidades (até bem pouco tempo soberanas) que seguem aperfeiçoando seus vínculos e relações institucionais sob a inspiração do federalismo”. (SILVEIRA, 2008, p. 205-206)

a diversidade (ROCHA, 2009) e que mesmo o federalismo americano vem se transformando no decorrer do tempo.

Neste mesmo sentido, BONAVIDES reconhece a inevitabilidade de transformações do modelo federal em razão das alterações das necessidades políticas e sociais com o transcorrer do tempo (2000). As alterações de conteúdo, forma e dinâmica, portanto, mostram-se como imperiosas adaptações que decorrem de novas circunstâncias cuja previsibilidade e complexidade não puderam ser antevistas pelos idealizadores do federalismo.

Dessa forma, não é equivocado constatar que não há somente uma única receita para o federalismo (ANDERSON, 2008), razão pela qual ANTUNES afirma “que existem quase tantas formas de federação quantos são os países organizados sob a forma federativa do Estado” (2015, p. 17).

Neste ponto, é importante ressaltar que a diversidade e a subsidiariedade³⁴ são as principais tônicas do federalismo, a qual acaba se refletindo também na dinâmica de distribuição de poder entre os Estados e a União. Isto faz com que a doutrina se preocupe em traçar algumas características fundamentais que permitam a identificação e a sistematização do modelo federativo, essencial para a compreensão de seu funcionamento. Sistematização que se mostra ainda mais relevante se for levado em consideração as tendências de descentralização dos Estados unitários fenômeno simultâneo aos progressivos movimentos centralizadores nos Estados federais (BONAVIDES, 2000, ANTUNES, 2015).

De forma sumária, Barroso destaca que a caracterização do Estado Federal envolve a presença de três elementos: (i) a existência de repartição de competências em uma Constituição Federal; (ii) garantia de autonomia aos entes federados; e (iii) participação dos entes federados na formação da vontade federal (BARROSO, 2013, p. 194-195)³⁵.

³⁴ TORRES, ao abordar o conceito moderno de subsidiariedade, afirma que tal princípio foi “acolhido pelo direito público como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade”, continua explicando que “no plano político, traduz-se no princípio federativo empregando-se quer como regra de repartição de competência entre as diversas esferas federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuição (...)” (2001, p. 34-35).

³⁵ A identificação dos elementos que caracterizam uma federação varia na doutrina, enquanto BARACHO defende que a caracterização de uma união federal demanda a previsão de repartição de competências estatais entre duas espécies de órgãos superpostos em uma Constituição aliada à garantia de participação dos entes federados em uma Câmara que os represente de forma isonômica (1986, p. 47-48); DALLARI, ao tratar do tema, apresenta oito características fundamentais para a identificação de um Estado Federal: (i) uma união que faz nascer um novo Estado ao mesmo tempo em que aqueles que aderiram perdem tal condição; (ii) a presença de uma Constituição como base jurídica; (iii) a ausência do direito de secessão; (iv) o reconhecimento de soberania somente ao Estado Federal e não aos entes federados; (v) fixação de distribuição de competências na Constituição; (vi) atribuição de renda própria a cada uma das esferas de competência; (vii) o compartilhamento do poder político entre a União e

Assim como o próprio federalismo é fruto de uma construção pragmática para a coordenação de interesses, a forma como se dá a repartição de competências é fruto das circunstâncias históricas, culturais, políticas e sociais de cada país; contudo GARCÍA DE ENTERRÍA identifica no direito comparado dois principais modelos de repartição de competências: o modelo norte-americano e o modelo europeu (1995).

O modelo europeu consiste em um modelo baseado em listas de competências. A Constituição, desta forma, preocupa-se em detalhar as competências que são exclusivas e reservadas ao poder central; enquanto as competências compartilhadas (ou concorrentes), por sua vez, representam aquelas matérias em que ambos os entes – a União Federal e os entes federados – possuem poderes para legislar. De outra forma, o modelo norte-americano emprega uma configuração de repartição constitucional de competências cuja definição é realizada com base no objetivo a que se propõe, fazendo com que seja reconhecido à União todos os poderes indispensáveis para aprovar as leis necessárias ao adequado exercício de sua competência, o que acabar por conferir-lhe poderes extremamente amplos (ENTERRIA, 1995, p. 25-26).

Um dado de ordem prática é que mesmo onde há uma enunciação taxativa de competências atribuídas a cada um dos níveis federativos, percebe-se a inviabilidade de separação absoluta de domínios ou funções. Isso faz com que seja necessária a presença de mecanismos jurídicos-constitucionais que permitam a atuação do poder central com a finalidade de atendimento do interesse geral e da busca do bem-estar (ANDERSON, 2008; BURGESS, 2006; SILVEIRA, 2008).

A “crescente complexidade social, aliada à interdisciplinaridade dos conteúdos a regular, dificultam a definição e o cumprimento de regras que determinem, *a priori*, qual esfera de poder deve *fazer o quê e até onde*”. (SILVEIRA, 2008, p. 270). O compartilhamento do mesmo território e de uma mesma população por mais de um ente federativo, somado ao papel desempenhado pelo Estado na busca do bem-estar geral, tendo em vista a solidariedade social como valor axiológico que informa o federalismo, tornam inviável a materialização de níveis de governo cuja atuação não se dê de forma articulada.

O atendimento aos interesses gerais dos cidadãos é uma das finalidades do Estado Federal, contudo isso não significa que o poder central seja o único responsável, sendo os entes federados também encarregados de atuar em prol de tal interesse, cujo fundamento se encontra na própria Constituição (GUERRA, 1988). Daí decorre um dever de cooperação constitucional

as unidades federadas e (viii) a aquisição da cidadania do Estado Federal pelos cidadãos daqueles que aderiram à União (2011, p.254-256).

entre os entes e a relevância da busca de consensos e compromissos (HUEGLIN; FENNA, 2010), legitimando a atuação e a interação entre os entes federados, considerada a existência de interesses diversos e por vezes conflitantes³⁶.

Nesse contexto, importante destacar a concessão de poder decisório às instâncias locais, que, além de conferir um caráter mais democrático ao processo de tomada de decisões, deve gerar, simultaneamente, um ganho de eficiência, uma vez que os próprios envolvidos e afetados decidem o que diz respeito a sua realidade. Ademais, é uma forma de minimizar o acúmulo de poder central, atendendo às demandas de uma sociedade pluralista, conforme HORTA (2002) ao citar a *Encíclica Quadragesimo Anno*.³⁷.

2.1.3.2 O Federalismo tridimensional brasileiro

Como já mencionado anteriormente, o federalismo consiste em modelo de organização política que tem como finalidade conciliar unidade com diversidade, havendo que se reconhecer que se trata de modelo no qual há mais elementos que favorecem o constitucionalismo democrático (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 301).

Considerando que no federalismo há a repartição de poderes no âmbito espacial, tal forma de organização territorial permite uma aproximação do exercício do poder político por seus destinatários e, assim, concede ao povo a possibilidade de participar de perto das decisões e atividade públicas, proporcionado, desta forma, maior controle e garantindo mais espaços para o poder local e favorecendo o pluralismo e a diversidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 301-302).

³⁶ Nas palavras de FEELEY (livre tradução): O federalismo é um compromisso trágico no qual aqueles que se identificam com a nação não estão satisfeitos porque a identidade nacional é truncada. Aqueles identificados com as subunidades (estados) também estão frustrados. Seus sonhos de autonomia ou soberania – suas identidades políticas particulares – estão incompletas. O resultado: nacionalistas continuarão a pressionar por uma unidade nacional mais robusta e aqueles que são leais aos entes federados pressionarão por autonomia. “Federalism is a tragic compromise in that those identifying with the nation are not satisfied because national identity is truncated. Those identifying with the subunits (states) are also frustrated. Their dream of autonomy or sovereignty—their distinct political identity—is unfulfilled. The result: nationalists will continue to press for more robust national unity, and those with loyalties to the parts will press for autonomy.” (FEELEY, 2012, p. 6)

³⁷ Permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio, que não se pode alterar nem mudar: assim como não é lícito tirar aos indivíduos para atribuir à comunidade, o que eles podem realizar com seu próprio esforço e atividade, assim, também, é uma injustiça e, ao mesmo tempo, constitui um grave dano e perturbação da reta ordem transferir para uma sociedade maior e mais elevada o que as comunidades menores e inferiores podem fazer e proporcionar; pois, toda intervenção social, por sua força e natureza, deve trazer ajuda aos membros do corpo social, nunca, porém, destruí-los ou absorvê-los (HORTA, 2002, p. 154).

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a escolha da forma federal é influenciada por questões geográficas e em razão da diversidade cultural de determinado país, uma vez que, quanto mais amplo o território, maiores as diferenças sociais e culturais e, conseqüentemente, a necessidade de um governo local que seja atento às peculiaridades que devem ser conciliadas com o interesse nacional (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.121).

Considerando a amplitude do território brasileiro e a diversidade social, há que se reconhecer que a adoção do modelo federativo representa também um componente de segurança democrática, pois, o poder é exercido por uma repartição horizontal e vertical de competências, em benefício das liberdades públicas (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.121), além de ser a descentralização um instrumento adequado para redistribuição mais eficiente dos orçamentos públicos (JACOBI, 1989, p. 42).

O Brasil adotou um modelo tridimensional de Federação, singular e complexo, erigindo os Municípios a entes políticos, fortalecendo a unidade local, em homenagem ao princípio da subsidiariedade e à construção de uma cidadania material (PIRES, 2000).

A despeito de o princípio da subsidiariedade consubstanciar-se em mecanismo que busca reduzir arbitrariedades praticadas pelo ente nacional, a estruturação da federação com um critério misto de repartição de competências, no qual se enumera as competências da União e dos Municípios, além de se definir competências comuns e concorrentes aos entes, acabou por resultar em dificuldades de conciliação de interesses e planejamentos políticos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa que a complexidade de repartição de competências, por si só, já representa uma grande dificuldade para um controle simples, eficiente e seguro. Além disso, destaca que há dois sistemas a serem estudados no âmbito das atividades administrativas, um sistema de partilha federativa de competência, da Administração externa, entre os entes políticos, e um sistema de condicionamento federativo de competência da Administração interna, ou seja, no exercício da competência administrativa de cada ente (MOREIRA NETO, 1993, p. 36-37).

Isso porque, em uma Federação, a Administração Pública externa deve ser constitucionalmente partilhada entre as entidades políticas, ao passo que a Administração pública interna, por ser indissociada da autonomia política, comporta apenas ser constitucionalmente condicionada.

Assim, o sistema de partilha de competências refere-se a atividades finalísticas, ou seja, aos campos de atuação determinados conforme a competência ou o grau de interesse. Por

outro lado, o sistema de condicionamento do exercício da competência diz respeito às atividades administrativas instrumentais³⁸ da Administração Pública.

Em decorrência do princípio federativo, cada ente legislará com autonomia sobre seu próprio direito administrativo, exceto nas matérias instrumentais, unificadas em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, com o propósito de conferir um tratamento homogêneo (MOREIRA NETO, 1993, p. 37)

Todavia, no caso brasileiro, a descentralização de competências ocorreu de forma descoordenada, improvisada e impositiva, gerando uma série de dificuldades para os diversos níveis de Governo, para os usuários dos serviços públicos e para a sociedade civil (PIRES, 2000, p. 171). A forma como foram repartidas as competências na Constituição Federal, com sobreposições de poderes, ocasiona uma falta de clareza no plano da aplicação de atribuições.

Dessa forma, ao contrário do ideal previsto, o resultado da repartição de competências constitucional foi um modelo altamente centralizado, servindo as normas constitucionais federais de parâmetro para a atuação dos demais entes (por meio de Constituições Estaduais e leis orgânicas)³⁹, o que acaba por limitar a autonomia garantida pela Constituição de 1988⁴⁰.

2.1.4 A CRISE DA DEMOCRACIA E O INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO

Como já mencionado no item 2.1.2., o neoconstitucionalismo se preocupou com a vertente material dos institutos jurídicos. Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta a necessidade de transformação da atuação política diante da pluralidade de grupos e interesses que caracterizam a sociedade nos dias de hoje, reivindicando a proteção do Estado e desencadeando uma consequente transformação em seu agir (MOREIRA NETO, 1993).

³⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto exemplifica as atividades instrumentais, que são aquelas que servem para permitir a realização de atividades materiais, por exemplo, questões relacionadas a pessoal, a gestão de patrimônio, à fiscalização financeiro-orçamentária, etc. (1993, p. 37)

³⁹ Nas lições de Paulo Gonet Branco: “poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, no sentido de poder dotado de capacidade de autodeterminação plena. O poder constituinte dos Estados-membros é, isto sim, expressão da autonomia desses entes, estando submetido a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas. O conflito entre a norma do poder constituinte do Estado-membro com alguma regra editada pelo poder constituinte originário resolve-se pela prevalência desta, em função da inconstitucionalidade daquela”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1131-1132)

⁴⁰ Para MENDES e BRANCO, a multiplicidade de casos em que o princípio da separação de poderes limita a criação de normas pelo constituinte estadual acabou por dar origem ao chamado princípio da simetria a criatividade do constituinte estadual culminou na consolidação do princípio da simetria, cuja consequência é fazer com que os Estados sigam a forma de organização e de dinâmica entre os poderes adotada pelo constituinte federal (2012, p. 1134-1135).

Assim, a democracia em sua vertente representativa, na qual o poder reside somente na sociedade política, servindo o povo exclusivamente como forma de legitimação periódica de tal poder, passa a ter que repartir o protagonismo com a sociedade civil de forma a se revestir de maior legitimidade (MOREIRA NETO, 1993, p. 25).

Percebe-se, desta forma, a necessidade de superação da democracia formal, que consiste na “concretização legítima da vontade de uma maioria mediante mecanismos procedimentais previamente estipulados” (SILVA; PESSOA, 2017, p. 606) para uma democracia que permita maior participação da sociedade, dada a pluralidade de interesses contemporâneos, e cujas decisões possuam um incremento de legitimidade.

A experiência política brasileira demonstra que a simples participação por meio do voto é insuficiente para configurar uma democracia em sua dimensão material, indicando uma crise que o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta como causa os constantes escândalos de corrupção, acobertamento de ilegalidades, morosidade na atividade legiferante, além de abusos legislativos de maiorias parlamentares e omissões diante de nítidos deveres de legislar (MOREIRA NETO, 2003, p. 32). Segundo o autor, o Estado passa por uma crise ética e técnica, que afeta sua eficiência (MOREIRA NETO, 1993).

Luís Roberto Barroso indica, entretanto, que tal crise da representação política não é um privilégio brasileiro, mas sim do mundo democrático.

Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas. (BARROSO, 2016, p. 526-527)

Além da corrupção, SILVA e PESSOA aponta a atuação de grupos de pressão que exercem lobby junto aos parlamentares como os dois fatores que contribuem para a insuficiência do conceito formal de democracia⁴¹ (2017, p. 607).

⁴¹ “Dois fatores são cruciais para que se perceba a insuficiência de um conceito formal de regime democrático. O primeiro se refere à corrupção tão noticiada nos dias atuais, a qual se capilarizou consideravelmente, a produzir influxos sobre grande parte das instâncias de poder. Nessa perspectiva, não se pode afirmar que os congressistas brasileiros priorizam os interesses da maioria dos cidadãos em face de pretensões de outra ordem, tais como as partidárias e as econômicas. O segundo se refere à atuação incansável dos denominados grupos de pressão, os quais exercem lobby contínuo junto aos parlamentares. Contudo, tais grupos se referem a categorias específicas,

A crise de representação também se manifesta por meio da desconfiança da população nas instituições governamentais, fazendo com que se verifique um déficit de credibilidade nas decisões políticas. BOLONHA, ALMEIDA e OLIVEIRA apontam dois efeitos da desconfiança que devem ser considerados (i) o círculo vicioso de desconfiança que distancia as populações de seus representantes eleitos e (ii) a baixa credibilidade que aniquila a coesão social (2017, p. 1.332/1.333). Para tais autores, o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito requer participação popular, deliberação e razão pública (2017, p. 1333).

Assim, reconhece-se a necessidade de promover uma democracia de natureza substancial, ou seja, que se relacione diretamente com os direitos fundamentais, superando a simples outorga de poderes aos legisladores por meio do voto, buscando o que BOLONHA, ALMEIDA e OLIVEIRA chamam de “governança real” (2017, p. 1.333).

Nesse viés, Maria Coeli Simões Pires identifica na Constituição Federal de 1988, a inclusão de mecanismos de participação direta do povo nas decisões políticas, legitimando as escolhas por meio da inserção da sociedade civil no processo decisório, no que se convencionou chamar de democracia semidireta ou participativa⁴²⁴³, com ênfase no princípio da subsidiariedade (PIRES, 2000)

Entre nós, ressaltam como principais manifestações do Estado subsidiário a participação popular nos processos de decisão, por meio de formas *sui generis* de democracia semi-indireta, que têm garantido, no âmbito das instâncias colegiadas, o compartilhamento do poder com as representações governamentais e sociais, em arranjos que prestigiam o princípio da paridade em política setorial; a adoção do planejamento participativo especialmente voltado para a instrumentalização de progressista política urbana; a mudança de perfil institucional das administrações, decorrente da democratização dos órgãos responsáveis pela definição e implementação de políticas sociais; e a valorização do controle democrático de gestão da coisa pública.

(...)

Na linha das experiências indicadas, verifica-se, no Brasil, uma tendência de democratização da gestão por meio de práticas participativas, cujas raízes iremos encontrar nos movimentos sociais e no sindicalismo, que projetaram novo padrão de sociabilidade política, enfaticamente traduzida na Constituição de 1988, a partir do

o que significa que nem de longe possuem a representatividade intrínseca a um modelo democrático”. (SILVA; PESSOA, 2017, p. 607)

⁴² Na lição de SILVA e PESSOA, “no Estado Brasileiro é vigente a chamada democracia semidireta ou participativa, na qual se mesclam atributos representativos e de participação direta do povo. Em uma ótica meramente formal, uma vez tendo ocorrido o regular encerramento do processo eleitoral, os atos legislativos produzidos pelos representantes eleitos corporificariam a vontade dessa maioria. Todavia, trata-se de uma ideia, no mínimo, ingênua”. (SILVA; PESSOA, 2017, p. 606)

⁴³ “(... um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a Democracia Representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia entre representantes e representados recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.” (SELL, 2006, p. 93).

parágrafo único do art. 1º, que incorpora o princípio da participação direta consignado na Declaração de Direitos do Homem. (PIRES, 2000, p. 163-164)

Nos termos do que determina a Constituição Federal, portanto, deve haver uma conciliação entre interesses públicos e privados, buscando superar as dificuldades e abandonando um modelo de autoritarismo administrativo. Tais transformações são fruto da própria evolução social uma vez detectada a pluralidade da sociedade, qual vem se intensificando com a revolução das comunicações, fazendo com que o Estado deixe de deter o monopólio do poder (MOREIRA NETO, 1993).

Essa percepção de busca de mecanismos de legitimação das decisões políticas por meio da inclusão da sociedade civil no processo decisório ganha ainda mais destaque quando o que está em jogo são recursos naturais, dadas as características do bem em questão, como será melhor tratado no capítulo 3.

JACOBI e BARBI chamam atenção para o fato de que foram as lutas dos movimentos sociais e as experiências de deliberação participativa que colocaram na agenda da redemocratização a preocupação com a criação de espaços públicos democráticos e plurais de articulação e participação (2007, p. 238). A partir da década de 1990, a participação passou a ser institucionalizada dentro do Estado, em uma lógica de democracia deliberativa, que se legitima a partir do debate entre cidadãos e o poder público (JACOBI; BARBI, 2007).

A aprovação da Lei nº 9.433/97, como será visto no item 3.3, insere-se nesse contexto de intensificação da democracia⁴⁴ ao prever uma gestão pública colegiada reservando grande parte da responsabilidade pela definição de políticas e gestão dos recursos hídricos à sociedade civil (JACOBI; BARBI, 2007).

O incremento da participação social e o aperfeiçoamento da democracia são processos complexos, dado o desequilíbrio entre os grupos de interesse (sociedade civil, mercado e Estado), bem como o fato de ser necessário o desenvolvimento de uma cidadania ambiental. Contudo, há uma expansão da reivindicação por representatividade que permite um incremento de qualidade nas decisões e a difusão do conceito de democracia deliberativa (JACOBI; BARBI, 2007).

⁴⁴ “Os mecanismos para a democracia deliberativa, entendida como modelo ou ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação e relacionados com questões ambientais, avançaram. Entretanto, ainda não incorporaram os grupos sociais normalmente excluídos dos mecanismos tradicionais de deliberação como atores com presença nos processos decisórios. Isto decorre do fato que estes grupos ainda não possuem os recursos econômicos e sociais e as informações que permitiriam sua participação nas atividades que permeiam processos decisórios em torno de questões ambientais”. (JACOBI; BARBI, 2007, p. 239)

2.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Como se desenhou nos itens anteriores, este trabalho tem como fio condutor a necessidade de incremento de participação da sociedade nas decisões políticas de forma a legitimar as escolhas, considerando o princípio da subsidiariedade e a crise das instâncias de representação política.

Constatada a existência de um déficit de legitimidade experimentado pelas autoridades políticas escolhidas em um contexto de democracia representativa, alguns autores se preocuparam em desenhar modelos democráticos que se propõem não somente a solucionar tal impasse, como a ir além e incrementar a legitimidade das instituições no processo de escolhas públicas.

Dentre os modelos propostos, o presente trabalho irá utilizar a democracia deliberativa como parâmetro para análise da forma como foi conduzido o conflito federativo entre MG, RJ e SP em decorrência da crise hídrica experimentada em 2014 e a solução encontrada para minimizar o déficit de legitimidade democrática que é latente nas decisões proferidas no âmbito do STF.

2.2.1 HISTÓRICO

Os primeiros modelos democráticos foram desenhados a partir do pensamento liberal, razão pela tinham como preocupação fundamental o exercício do poder estatal, fazendo com que as discussões a respeito da legitimidade se conformasse à busca por valores de ordem política que justificasse o exercício de tal poder sobre os cidadãos (ZETTEL; GANEM; BOLONHA, 2012).

Assim, a despeito do fato de que as primeiras democracias modernas terem surgido a partir de movimentos constitucionalistas liberais com a finalidade de desconstruir a concentração de poder dos Estados Absolutistas (ZETTEL; GANEM; BOLONHA, 2012), Norberto Bobbio destaca que liberalismo e democracia não se confundem, uma vez que por “‘liberalismo’ entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal de contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que

hoje chamamos de social” (BOBBIO, 2000, p. 10), enquanto ““democracia’ entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia” (BOBBIO, 2000, p. 10).

Nesse contexto, em uma breve retomada histórica, enquanto John Locke buscou no estado de natureza os direitos inerentes à condição humana para proteção diante da tirania do Estado, Montesquieu defendeu a separação de poderes como forma de salvaguardar as liberdades políticas, a partir de sistema de controle recíproco. A seu turno, Rousseau legitima o contrato social na capacidade de cidadãos autônomos e racionais possuem de expressar a vontade geral, ao passo que Adam Smith desenvolve a tese segundo a qual a ideia de um sistema de *laissez-faire* é o principal instrumento para garantia das liberdades naturais do homem, ou seja, para a sociedade alcançar um bom nível de riqueza e de produtividade, deveria ser-lhe garantida a livre iniciativa sem a interferência estatal na economia (BOBBIO, 2004; ZETTEL; GANEM; BOLONHA, 2017).

O pensamento liberal teve como principal objetivo confrontar a centralização do poder político das Monarquias Absolutistas, amparando sua legitimidade nos direitos dos cidadãos, passando o Estado a ser o meio de garantia de tais direitos que fundamentam sua existência (BOBBIO, 2004, p. 19). Tais modelos apresentam, como traço característico, o fundamento do poder político em liberdades fundamentais individuais.

Com instituição do sufrágio universal e a conseqüente democratização, aliada ao descrédito do liberalismo após a Revolução Industrial e seu agravamento pelas Grandes Guerras, o Estado liberal clássico, fundado na garantia das liberdades fundamentais individuais, entra em crise, abrindo espaço para o Estado social⁴⁵. Segundo BOBBIO, trata-se, em verdade,

⁴⁵ A respeito da transição do Estado liberal para o Estado social, BRESSER-PEREIRA: “No século XIX, enquanto sistema constitucional-legal ou regime político, o Estado nos países ricos correspondia a uma democracia de elites - também chamada de schumpeteriana - o Estado Liberal Democrático. A transição do Estado Liberal para o Democrático avançou nos países mais desenvolvidos na virada do século XX, na medida em que o último requisito para uma democracia formal se materializava (o sufrágio universal).

Em meados do século XX, tem início uma democracia de opinião pública na qual os eleitores aumentam seu interesse pela política, as pesquisas de opinião pública passam a auferir suas preferências e um número crescente de organizações de advocacia política começa a intervir no processo de formulação e implantação de leis e políticas públicas. Esse maior ativismo político dos eleitores leva a um aumento da demanda social e, em conseqüência, ao aumento dos serviços sociais e científicos do Estado, que passa a assumir funções novas na proteção do trabalho e do trabalhador.

Ocorre então a transição de uma forma para outra de democracia e o Estado Democrático Liberal se transforma no Estado Democrático Social. Enquanto na democracia de elites estas detêm suficiente poder para não se deixarem influenciar pelos eleitores enquanto governam, na democracia de opinião pública os sindicatos de trabalhadores e os partidos sociais democratas se fortalecem e as elites políticas são constantemente obrigadas a auscultar uma opinião pública constituída por eleitores com demandas políticas”. (BRESSER-PEREIRA, 2010b, p. 113)

de um segundo momento da história quando se passa do direito pensado para o direito realizado⁴⁶.

Na segunda metade do séc. XX, com a revolução das comunicações, a pluralidade da sociedade e a percepção de que a democracia representativa já não era suficiente para traduzir a vontade popular, deslocaram a legitimidade da origem do poder político para se colocar como objetivo da decisão estatal.

Trata-se do reconhecimento de uma alteração na dinâmica da democracia, que deixa de ser vista como algo estanque exercido por meio do voto e assume a cidadania como característica do homem, não somente do eleitor. Além disso, percebe-se que a vontade popular não é una, mas sim composta de uma pluralidade de valores e pontos de vista que não se esgotam nos representantes eleitos ou na vontade das instituições. (SILVA; PESSOA, 2017).

A vontade popular somente é aferível por meio da participação cidadã na deliberação das decisões públicas⁴⁷. A função do Estado, por sua vez, é a concretização dos direitos fundamentais, conforme previsto na Constituição, contudo as escolhas que traduzem tal agir devem ser tomadas por meio de procedimentos deliberativos que permitam a inclusão dos interessados no processo decisório.

A vontade popular, portanto, não é algo empírico e verificável por meio de pesquisa de opinião, sem que haja uma discussão consistente sobre seu conteúdo, nem uma vontade despótica. O povo representa uma pluralidade de valores e pontos de vista, de forma que não há de se falar em um querer.

Em outro viés, a vontade popular, enquanto confluência factível de uma pluralidade de visões de mundo, apenas pode ser aferida legitimamente por intermédio de um ambiente discursivo e comunicativo. Com isso, uma democracia alicerçada em

⁴⁶ Em sua obra, “A era dos Direitos”, BOBBIO descreve as fases Declaração dos Direitos do Homem na história, que coincidem com as chamadas gerações de direitos fundamentais, que a doutrina costuma dividir em direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade (BONAVIDES, 2004, p. 562). “No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado — que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.

O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. (...)

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem”. (BOBBIO, 2004, p. 19-20)

⁴⁷ Aqui se usa “decisão pública” em um contexto de definição de políticas públicas, a escolha de um governante a respeito de determinado agir visando o exercício da atividade estatal.

representação política demanda a possibilidade de uma racionalidade discursiva e popular pautada nos direitos fundamentais. A efetivação dos direitos fundamentais, nesse contexto, não prescinde de uma participação popular no processo deliberativo através de procedimentos discursivos estipulados. Afinal, é inafastável a necessidade de se dar voz àqueles que mais têm interesse em sua concretização. Desse modo, o Poder Legislativo não substitui materialmente a vontade popular, nem, muito menos, tem a prerrogativa, conquanto eleito, de dispor do texto constitucional. (SILVA; PESSOA, 2017, p. 608)

A problemática a respeito da legitimidade democrática, desta feita, passa a ser objeto de aferição no *iter* percorrido para a formação da decisão política⁴⁸ e não somente no momento da escolha dos decisores (escolha de representantes políticos por meio de eleições democráticas). É nesse cenário que a teoria da democracia deliberativa desponta como nova face da democracia contemporânea ao buscar a legitimidade na atuação prática das instituições governamentais e judiciais (ZETTEL; GANEM; BOLONHA, 2017, p. 67). Assim, observar os requisitos necessários à formação da decisão é parte importante de sua legitimação.

2.2.2 CARACTERÍSTICAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A democracia deliberativa consiste em teoria que foi desenvolvida no final do séc. XX que busca conciliar a soberania popular e o estado democrático de direito, apresentando-se como alternativa às teorias que eram então predominantes, as teorias agregativas e elitistas (SOUZA NETO, 2006, p. 70). Trata-se de um modelo de democracia contra-hegemônico, que se volta para a qualidade da democracia, uma vez que a democracia-liberal clássica não consegue oferecer respostas para a degradação das práticas democráticas (SANTOS; AVRITZER, 2002).

As teorias agregativas entendem o processo democrático como a agregação de vontades particulares que ocorre no momento em que são escolhidos os representantes eleitos, os quais formarão uma elite governante (SOUZA NETO, 2006, p. 71). Ocorre, portanto, a redução do ideal democrático as uma simples junção de vontades individuais, fazendo com que se invertessem os fundamentos da democracia representativa, como bem pontua DOWNS: “os

⁴⁸ Para melhor compreender a problemática, vale mencionar ZETTEL, GANEM e BOLONHA (2017, p. 66): “Nesse contexto, o desenvolvimento do fenômeno democrático foi marcado pelo surgimento de novos desafios a configuração da legitimidade do exercício do poder político. Mais do que saber quais valores deveriam constituir um governo democrático, se tornou necessário buscar medidas capazes de conferir legitimidade as decisões que são tomadas em diversos foros democráticos. O problema da legitimidade é, então, transferido do ponto de partida do poder político para o ponto de chegada de uma decisão estatal, ou seja, para o modo como as decisões são estruturas.”

partidos formulam políticas a fim de ganhar eleições, e não ganham eleições a fim de formular políticas” (1999, p. 50).

O caráter elitista das teorias agregativas decorre da crença de que somente uma elite de governantes profissionais seria dotada de capacidade para obter soluções em um contexto de problemas sociais e econômicos complexos⁴⁹. Outro fundamento utilizado por seus defensores é que há um generalizado desinteresse dos cidadãos pelas políticas, razão pela qual transmitem à elite o poder decisório (SOUZA NETO, 2006).

Nestes termos, a democracia se transmuta em uma competição entre elites na qual o povo é apartado do processo decisório e as decisões são tomadas de forma unilateral pelos governantes (SOUZA NETO, 2006). Segundo o professor Claudio Pereira de Souza Neto, parte do caráter delegativo da democracia decorre da existência de uma sociedade dual, que se divide entre integrados e excluídos, sendo que a despeito de todos serem detentores dos mesmos direitos, os últimos não fruem dos benefícios da organização socioeconômica, sendo dela, portanto, excluídos (SOUZA NETO, 2006).

SANTOS e AVRITZER apontam que as teorias elitistas ignoram que a representação possui três dimensões, quais sejam, a autorização, a identidade e a prestação de contas, destacando que a despeito de facilitarem o exercício da democracia em escala ampliada, dificultam a representação das múltiplas identidades, partindo de uma homogeneização e negando a pluralidade humana (2002).

Assim, busca-se uma democracia que não seja somente uma engenharia institucional criada para romper com o absolutismo (totalitarismo), mas que permita o diálogo entre sociedade e governantes de forma a justificar decisões sensíveis ao interesse público. A perspectiva democrático-deliberativa, portanto, tem no debate um instrumento de viabilização de melhores decisões e decisões mais legítimas, fruto da autoridade coletiva (SANTOS; AVRITZER, 2002; LÜCHMANN, 2003; SOUZA NETO, 2006).

LÜCHMANN identifica três características da democracia deliberativa, são elas: “a discussão e a construção pública de interesses voltados para o bem comum; a ampliação da participação social; e a recondução, através da esfera pública, das ações político-institucionais

⁴⁹ A origem de tal concepção tem sido identificada na obra de Max Weber. O elitismo se apresenta como um corolário necessário do incremento da “complexidade administrativa”. Em razão desse incremento, a eficiência do estado estaria ligada a atores sociais que pautam sua conduta pela racionalidade. Weber enfatiza, especificamente, o papel central da burocracia no estado moderno: a racionalização do estado é considerada uma condição necessária para que a economia possa prosperar, e os elementos centrais dessa racionalização são uma “burocracia especializada” e um “direito racional” (SANTOS, AVRITZER, 2002)

tendo em vista as decisões advindas das articulações entre o Estado e a sociedade” (2003, p. 167).

SOUZA NETO, por sua vez, destaca a importância da ideia de *accountability*, que demanda uma prestação de contas, ou melhor, uma justificação moral das decisões públicas tomadas, para que sejam moralmente aceitas pelos representados (2006).

Feita essa breve explanação a respeito do conceito de democracia deliberativa, nos próximos parágrafos será desenvolvida a correlação da democracia com alguns aspectos cardiais para sua compreensão, são eles: a deliberação livre e arrazoada; o constitucionalismo e o necessário diálogo em momento anterior à decisão política. Destaque-se que o objeto ora sob análise, como mencionado, refere-se à formação da decisão política, ou seja, o caminho percorrido para o agir político⁵⁰, o qual deve ser fruto de uma deliberação democrática.

Considerando que o modelo de democracia deliberativa costuma ser definido como um procedimento estruturado de tomadas de decisão, na qual há participação dos interessados (ou seus representantes), o que permite a apresentação de argumentos comprometidos com a racionalidade e a imparcialidade; uma de suas principais características é a confluência do princípio democrático e da argumentação (ZETTEL; GANEM; BOLONHA, 2012, p. 5).

Desta forma, a existência de um *locus* institucional que permite o diálogo faz com que se caracterize um “governo de discussão” que admite a apresentação de argumentos, os quais podem vir a transformar as preferências dos demais participantes. Trata-se de uma interação democrática que requer a apresentação de argumentos racionais, apresentados diante dos interessados para que ouçam os interesses de toda a comunidade envolvida e não somente seus interesses individuais (ou do grupo que represente), possibilitando o estabelecimento de padrões de cooperação social (SOUZA NETO, 2006).

Cláudio Pereira de Souza Neto ressalta que a democracia deliberativa demanda a existência de um espaço de participação aberto, livre e igualitário, em que inexista qualquer coerção física ou moral, e sendo a todos garantidas iguais possibilidades e capacidades para

⁵⁰ Agir político da forma como ora empregado significa a decisão em um contexto de política pública. Celina Souza define política pública “como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações e/ou entender por que e como as ações tomaram certo rumo (variável dependente). Em outras palavras, o processo de formulação de política pública é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real”. (SOUZA, 2003, p. 5). Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, conceitua política pública como o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2013, p. 38).

influenciar e persuadir (2006). Na mesma linha, Joshua Cohen defende a democracia como forma de exercício coletivo do poder político realizado por meio da apresentação de razões entre iguais⁵¹ (COHEN, 2017, p. 3).

Tal garantia de debate demanda uma institucionalização que liga a democracia ao Estado de Direito, o qual tem sua origem em uma matriz liberal voltada para a limitação do poder estatal por meio da separação de poderes e da garantia de direitos. Juntamente com o liberalismo, ascendeu a democracia como modelo de legitimação do poder a partir da participação dos cidadãos na tomada de decisão, haja vista a legitimação democrática dos representantes por meio do voto (SOUZA NETO, 2006).

Contudo, como já mencionado a sociedade não é homogênea, mas sim plural e dinâmica, fazendo com que se reconheça que nem todos os interesses de cada um estarão plenamente manifestados em seu representante.

Neste viés, a democracia deliberativa busca superar a afirmação a noção de que a vontade popular é formada pela junção de várias vontades individuais, consorciando os interesses em prol de uma “vontade comunitária qualificada pelo interesse público⁵², ou seja, pela busca do bem comum mediante precedência de um amplo diálogo, no qual os fundamentos ostentarão razões morais, passíveis de aceitação por toda a comunidade, as decisões feitas em caráter majoritário terão maior potencial legitimador, sem recair em uma ditadura das maiorias (SOUZA NETO, 2006; LUBENOW, 2010, p. 231).

Quanto à necessidade de um momento dialógico anterior às decisões políticas, há que se reconhecer a ênfase que a democracia deliberativa confere a duas dimensões centrais, a conciliação entre soberania popular e estado de direito (conforme exposto) e a importância do processo participativo de justificação que antecede decisões políticas (SOUZA NETO, 2006).

A democracia deliberativa, ao propor um processo dialógico livre, justo e igual, anterior à tomada de decisões fundamentais, desvincula-se de uma mera concepção liberal clássica de Estado de Direito e incorpora noções igualitárias, tradicionalmente vinculadas ao estado social, de forma a garantir o direito de participação a todos.

⁵¹ “The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens. Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning, and regard their basic institutions as legitimate in so far as they establish the framework for free public deliberation.” (COHEN

⁵² O autor destaca que essa diferença também é formulada classicamente por Rousseau, quando o autor contrasta os conceitos de “vontade geral” e “vontade de todos”: esta se traduz como a soma das “vontades particulares”; aquela, por outro lado, como a vontade popular orientada à realização do bem comum. A soberania do povo deve se manifestar através da “vontade geral”.

Uma vez que se entende que o Estado de Direito é premissa à efetivação da democracia, os direitos fundamentais evidenciam-se como condições imprescindíveis a sua concretização (da democracia), ao assegurarem uma esfera de intangibilidade aos indivíduos, bem como uma igualdade material razoável que viabiliza o debate.

Diferentemente da democracia representativa, a democracia deliberativa não confina o princípio democrático à eleição de representantes, exigindo (e garantindo) um amplo diálogo sobre questões de interesse público. Neste viés, é necessária a institucionalização de mecanismos que permitam não só a convivência, mas também a cooperação entre os interesses envolvidos.

Neste sentido, Joshua Cohen estabelece quatro condições para construção do modelo de deliberação ideal: (i) deve ser livre, observando, para tanto, duas condições, os participantes são limitados somente pelo resultado da deliberação e pelas pré-condições estabelecidas, os participantes entendem que atuarão conforme o resultado, por ter sido obtido racionalmente⁵³; (ii) a deliberação é um processo racional, uma vez que as partes podem apresentar seus argumentos e receberem críticas a seu respeito⁵⁴; (iii) as partes são formalmente e substancialmente iguais, cada parte deve ter igualdade de capacidade deliberativa em cada fase do processo⁵⁵; e (iv) o processo de deliberação deve se voltar a um resultado que se traduza em um consenso racionalmente motivado, ou seja, as razões encontradas são aceitas por todos os envolvidos no processo⁵⁶.

⁵³ “Ideal deliberation is free in that it satisfies two conditions. First, the participants regard themselves as bound only by the results of their deliberation and by the preconditions for that deliberation. Their consideration of proposals is not constrained by the authority of prior norms or requirements. Second, the participants suppose that they can act from the results, taking the fact that a certain decision is arrived at through their deliberation as a sufficient reason for complying with it” (COHEN, 2017)

⁵⁴ “Deliberation is reasoned in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them. They give reasons with the expectation that those reasons (and not, for example, their power) will settle the fate of their proposal. In ideal deliberation, as Habermas puts it, 'no force except that of the better argument is exercised' (1975, p. 108). Reasons are offered with the aim of bringing others to accept the proposal, given their disparate ends (D3) and their commitment (D2) to settling the conditions of their association through free deliberation among equals. Proposals may be rejected because they are not defended with acceptable reasons, even if they could be so defended. The deliberative conception emphasizes that collective choices should be made in a deliberative way, and not only that those choices should have a desirable fit with the preferences of citizens” (COHEN, 2017)

⁵⁵ “In ideal deliberation parties are both formally and substantively equal. They are formally equal in that the rules regulating the procedure do not single out individuals. Everyone with the deliberative capacities has equal standing at each stage of the deliberative process. Each can put issues on the agenda, propose solutions, and offer reasons in support of or in criticism of proposals. And each has an equal voice in the decision. The participants are substantively equal in that the existing distribution of power and resources does not shape their chances to contribute to deliberation, nor does that distribution play an authoritative role in their deliberation. The participants in the deliberative procedure do not regard themselves as bound by the existing system of rights, except in so far as that system establishes the framework of free deliberation among equals. Instead they regard that system as a potential object of their deliberative judgement.” (COHEN, 2017)

⁵⁶ “Finally, ideal deliberation aims to arrive at a rationally motivated consensus - to find reasons that are persuasive to all who are committed to acting on the results of a free and reasoned assessment of alternatives by equals. Even

Cláudio Pereira de Souza Neto aponta que as teorias democrático-deliberativas possuem dois pressupostos que as identificam, quais sejam, a “cooriginalidade entre soberania popular e estado de direito, e o caráter deliberativo da democracia” (2006, p. 97). A partir daí, diversos autores desenvolvem suas próprias teorias⁵⁷, sendo a principal polêmica o debate quanto ao caráter a ser assumido, substancial ou procedimental (SOUZA NETO, 2006, p. 91).

2.2.3 MODELOS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Com o propósito de embasar a análise a que se propõe o presente trabalho, serão apresentados, a seguir, alguns modelos de democracia deliberativa traçados por John Rawls, Jürgen Habermas, Cláudio Pereira de Souza Neto e Cass Sunstein. Rawls e Habermas foram escolhidos porque elaboraram as duas principais matrizes teóricas sobre modelos de democracia deliberativa, Cláudio Pereira de Souza Neto o foi porque desenvolve um modelo democrático à luz da realidade constitucional brasileira e Cass Sunstein porque apresenta um posicionamento crítico ao papel do Poder Judiciário.

As teorias de democracia deliberativa têm como ponto em comum busca a estabilidade das instituições democrático-representativas a partir da construção de consensos em uma sociedade plural como forma de justificar as decisões políticas por meio de critérios de legitimidade social (FRANCISQUINI, 2013).

Claudio Pereira de Souza Neto afirma que as teorias deliberativas, no geral, possuem dois objetivos comuns, quais sejam, “reconstruir a normatividade subjacente aos princípios de soberania popular e do estado de direito, de modo a tornar coerente a relação entre ambos; e caracterizar, como elemento indispensável da democracia, a deliberação que precede o momento decisório” (2006, p. 295).

under ideal conditions there is no promise that consensual reasons will be forthcoming. If they are not, then deliberation concludes with voting, subject to some form of majority rule.¹⁶ The fact that it may so conclude does not, however, eliminate the distinction between deliberative forms of collective choice and forms that aggregate non-deliberative preferences. The institutional consequences are likely to be different in the two cases, and the results of voting among those who are committed to finding reasons that are persuasive to all are likely to differ from the results of an aggregation that proceeds in the absence of this commitment”. (COHEN, 2017)

⁵⁷ Vale citar: Jon Elster, *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*; Jürgen Habermas, *Popular Sovereignty as Procedure*; John Rawls, *Deliberation and Democratic Legitimacy*. Para debates mais recentes: David Estlund, *Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority*; Joshua Cohen, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*; Cass Sunstein, *Deliberative Democracy In the Trenches*.

As principais correntes de democracia deliberativa foram formuladas por John Rawls e Jürgen Habermas (SOUZA NETO, 2006; ROUANET, 2001; FRANCISQUINI, 2013), embora diversos autores se debrucem sobre o tema (BOHMAN; REHG, 1997).

No modelo apresentado na obra de John Rawls, considerando que a justificação das decisões políticas tem uma importância fundamental para a democracia deliberativa, a principal preocupação do autor é definir os argumentos que embasam tal justificação, a partir da formulação de um conceito de “razão pública” (SOUZA NETO, 2006, p. 98).

Assim, no modelo deliberativo de Rawls, a deliberação serve de instrumento para determinação de quais princípios de justiça serão aplicados de forma a identificar a razão pública (SOUZA NETO, 2006).

Rawls entende que um indivíduo racional atua de forma a maximizar seus interesses como meio de realização de seus objetivos⁵⁸, deste modo a busca da razão pública será realizada a partir do equilíbrio reflexivo e não por uma prática intersubjetiva, como defende Habermas (ROUANET, 2011, p. 63). Tal equilíbrio reflexivo é obtido na possibilidade de se poder defender de maneira pública e argumentativa suas escolhas, fugindo, desta forma, de uma racionalidade egoísta.

Para justificar a atuação dos indivíduos de acordo com a razão pública, Rawls aponta duas características da cidadania democrática. A primeira é a relação que a pessoa desenvolve com as estruturas da sociedade e a segunda é que, na democracia, o poder político, que é sempre coercitivo, é o poder da sociedade composta de cidadãos livres e iguais (RAWLS, 1997b, p. 98). O autor, desta forma, apela para a razoabilidade nas escolhas e para o senso de justiça dos cidadãos.

Na democracia deliberativa de Rawls, os resultados da deliberação devem ser determinados por princípios justificados previamente, cabendo à deliberação precisá-los. Cláudio Pereira de Souza Neto entende que a partir de tal modelo é possível formular uma teoria da constituição dirigente, já que o autor igualmente elabora uma concepção substantiva de legitimidade e sustenta a vinculação do legislador a princípios previamente estabelecidos (SOUZA NETO, 2006).

O modelo de Habermas, por sua vez, coloca um forte peso nas instituições que deverão se orientar pelo paradigma procedimental da democracia. Desta forma, trata-se de uma teoria

⁵⁸ John Rawls se preocupa com a identificação da razão pública, tendo como base a ideia de que todo agente que atue de forma razoável ou racional, seja um indivíduo, uma família ou um grupo social o faz de forma organizar seus objetivos em uma ordem de prioridades. Assim, suas escolhas serão norteadas suas escolhas e essa forma de atuação representa a razão pública que consiste em um poder intelectual e moral que decorre das capacidades humanas (RAWLS, 1997b, p. 93).

democrata que se preocupa com os arranjos institucionais e os mecanismos de controle político de forma a ampliar a participação do indivíduo nos processos de decisão, ampliando a cultura democrática (LUBENOW, 2010).

Assim, a principal preocupação, em Habermas, são os atores que participam da formação da decisão, as chamadas regras do jogo democrático, consorciando elementos do modelo de democracia liberal⁵⁹ e do modelo republicano⁶⁰, distinguindo, entretanto, a sociedade civil que se destaca da administração pública e do sistema econômico, incluindo aspectos de solidariedade ao debate. Desta forma, há a institucionalização de outros discursos e negociações, considerando que a sociedade civil agrega valores e questões marginalizadas, fazendo com que a formação de vontade na esfera pública se dê mediante pressupostos comunicativos e procedimentos que proporcionam a legitimação do consenso obtido (LUBENOW, 2010).

Contudo, a concepção procedimental de legitimidade de Habermas não estabelece de forma prévia à deliberação, quais são os princípios informadores de seu resultado, sendo consideradas justas as decisões tomadas em um contexto no qual presentes condições que permitam uma deliberação pública livre, aberta e igualitária (SOUZA NETO, 2006).

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto entende que, nos atuais modelos constitucionais, o caráter predominantemente representativo da democracia mostra-se inevitável. Porém, não podem os governantes atuar independentemente da vontade do povo, fazendo com que nas grandes repúblicas da atualidade, tal identidade somente seja possível conjugando-se representação e deliberação. Os representantes decidem, mas suas decisões

⁵⁹ “No modelo liberal, o processo democrático tem por objetivo intermediar a sociedade (um sistema estruturado segundo as leis do mercado, interesses privados) e o Estado (como aparato da administração pública). Nesta perspectiva, a política tem a função de agregar interesses sociais e os impor ao aparato estatal; é essencialmente uma luta por posições que permitam dispor de poder administrativo, uma autorização para que se ocupem posições de poder. O processo de formação da vontade e da opinião política é determinado pela concorrência entre agentes coletivos agindo estrategicamente em manter ou conquistar posições de poder. Por esse modo, esta compreensão de política opera com um conceito de sociedade centrado no Estado (como cerne do poder político). Como não é possível eliminar a separação entre Estado e sociedade, visa-se superá-la apenas via processo democrático. No entanto, a conotação normativa de equilíbrio de poder e interesses é frágil e precisa ser complementada estatal e juridicamente. Mas ela se orienta pelo lado output da avaliação dos resultados da atividade estatal. O êxito em tal processo é medido pela concordância dos cidadãos em relação a pessoas e programas, quantificado em votos” (LUBENOW, 2010, p. 233).

⁶⁰ “No modelo republicano, o processo democrático vai além dessa função mediadora. Apresenta a necessidade de uma formação da opinião e da vontade e da solidariedade social que resulte da reflexão e conscientização dos atores sociais livres e iguais. Nessa perspectiva, a política não obedece aos procedimentos do mercado, mas às estruturas de comunicação pública orientada pelo entendimento mútuo, configuradas num espaço público. Este exercício de auto-organização da sociedade pelos cidadãos por via coletiva seria capaz de emprestar força legitimadora ao processo político. Por esse viés, da auto-organização política da sociedade, esta compreensão de política republicana opera com um conceito de sociedade direcionado contra o Estado (sociedade é o cerne da política). Orienta-se pelo input de uma formação da vontade política”. (LUBENOW, 2010, p. 233)

devem ser justificadas no espaço público através de argumentos passíveis de serem aceitos pelos cidadãos, destinatários das mesmas. (SOUZA NETO, 2006)

A teoria da democracia deliberativa reconstrutiva proposta pelo mencionado autor, utiliza como metodologia a combinação entre descrição e prescrição, de forma que as cláusulas constitucionais devem ser interpretadas não propriamente de acordo com a “realidade constitucional”, mas em conformidade com os pressupostos normativos que a legitimam discursivamente. Assim, tais cláusulas poderão fornecer um padrão normativo, ora para a estabilização das relações sociais, ora para a sua transformação. (SOUZA NETO, 2006)

Considerando que, no Brasil, tem predominado há cerca de duas décadas uma “teoria normativa da constituição dirigente”, cujo aspecto central é a afirmação de que também os dispositivos constitucionais instituidores de programas de ação são normas e, como tais, devem ser aplicados⁶¹. Há que se perceber uma dificuldade na aplicação das teorias democráticas deliberativas em razão da predefinição dos resultados da deliberação democrática (SOUZA NETO, 2006).

O modelo proposto por SOUZA NETO se aproxima da perspectiva habermasiana, na medida em que não considera adequado incluir no núcleo material da Constituição os objetivos a serem obrigatoriamente perseguidos pela deliberação pública, pois isso implicaria em uma limitação excessiva da soberania popular; de outra monta, reconhece-se que o modelo habermasiano abre-se razoavelmente a reduções “democrático-funcionais”. Assim, a cooperação figuraria como uma dimensão essencial da deliberação democrática, elidindo o elitismo que a caracteriza (por limitar a deliberação através de princípios substantivos previamente determinados), sem recair no reducionismo procedimentalista diferenciando-se, também, por incorporar seletivamente os influxos que advêm do contexto e apenas os pressupostos normativos das interações que têm lugar na realidade (SOUZA NETO, 2006).

Cass Sunstein se ocupa em analisar a teoria de democracia deliberativa à luz da cultura e da tradição jurídica estadunidense, a concepção por ele defendida, em linha às bases observadas, afasta-se da ideia generalizada de que ela deve expressar as preferências, desejos e crenças concretas dos cidadãos, pois isso seria uma tendência democrática com viés utilitarista e eficientista, que tem por fundamento um sentido puramente empírico do que seja a soberania do povo como forma de evitar a tirania. Em outras palavras, as decisões democráticas devem

⁶¹ Sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar “com a justeza das decisões, com a igualdade material de uma ordem política e com a legitimidade normativo-substancial do sistema político” (CANOTILHO, 2003, p. 259).

refletir os julgamentos dos cidadãos, e não a mera soma de escolhas de preferências, de caráter consumerista (SUNSTEIN, 2009).

Um dos pilares da teoria de SUNSTEIN é o republicanismo liberal, o qual tem como um de seus compromissos o entendimento de que os direitos políticos não devem ser uma consequência de interesses privados, ou simplesmente conduzir à simples proteção de direitos particulares determinados. Ao contrário, devem derivar de processo de deliberação e discussão, durante o qual novas informações e perspectivas são consideradas. Nessa visão, o governo da maioria não deve ser entendido como a simples tradução dos desejos atuais em leis, tendo em vista que preferências são dinâmicas e originárias de debates. É preciso justificar os desfechos sociais por referência aos motivos (SUNSTEIN, 2009).

A democracia deliberativa de SUNSTEIN apresenta, portanto, aspecto mais normativo que empírico, promovendo decisões embasadas em um julgamento público, no qual se permite a expressão de toda a variedade de opiniões e desejos concorrentes, resultando-se na escolha que melhor reflete as aspirações coletivas. A partir da crença na deliberação política, o autor chega a três compromissos adicionais, quais sejam, a cidadania, o acordo como ideal regulatório para a política e a igualdade política (2009).

A cidadania exige sejam asseguradas às pessoas uma certa independência do estado. Ademais, como os republicanos liberais rejeitam a ideia de que diferenças políticas são apenas questões de perspectiva, situação ou gosto, e creem na existência de respostas adequadas para suas controvérsias, entendem que o único critério possível para o consenso é o acordo entre cidadãos iguais. Assim, o conceito original de deliberação política se torna inteligível apenas sob a ótica desse compromisso (SUNSTEIN, 2009).

Pelo exposto, depreende-se o compromisso definitivo com a igualdade política, a qual, no mínimo, bane as disparidades na influência política detidas por diferentes grupos sociais. O autor cita Madison, para quem a República é um governo que extrai seus poderes direta ou indiretamente do povo, mas administrado por pessoas que detêm os seus cargos públicos ao seu bel prazer, por um período limitado, ou enquanto tiverem um bom comportamento. Assim, é essencial para um governo republicano que suas escolhas reflitam da vontade da sociedade, e não de uma parcela insignificante, ou de uma classe favorecida de pessoas. Para tal, é suficiente que as pessoas que estiverem administrando sejam nomeadas, direta ou indiretamente pelo povo (SUNSTEIN, 2009).

Porém, ressalta-se que é preciso, para garantir condições à democracia, limitar o poder das maiorias. Dessa forma, a existência de limites sobre o processo político baseados nos

direitos é necessária para uma democracia em bom funcionamento, e não opostos a ela. Nesse contexto, Sunstein observa que depender das cortes pode prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças de duas formas: distraindo energias e recursos da política, ou barrando a decisão judicial um desfecho político (2009).

No primeiro caso, o recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a ênfase no judiciário frequentemente compromete esses valores. Além disso, os canais políticos são frequentemente muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes. Os valores individuais podem ser mais facilmente refletidos em resultados que sejam benéficos para diversos grupos e interesses.

Entretanto, impende destacar que o autor concorda em ser o Judiciário o meio mais adequado ou disponível à promoção de reformas políticas e sociais, mas defende uma postura autorrestritiva. Contudo defende que os maiores reflexos de deliberações com base em princípios, no caso dos Estados Unidos, vieram do Congresso e do Presidente, e não do Judiciário, o qual é ineficaz para propalar mudanças sociais. Caberia, com isso, aos poderes políticos, associados a uma cidadania militante, o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, restando ao Judiciário a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado da forma mais adequada (SUNSTEIN, 2009).

Para isso, necessário que a Constituição seja interpretada como instrumento orientado à promoção da democracia e das liberdades, especialmente as relacionadas ao processo deliberativo. Assim, a intervenção dos juízes seria necessária em duas oportunidades: para defesa de direitos centrais à democracia (liberdade de expressão, igualdade e direito ao voto), ou para proteção de direitos das minorias (SUNSTEIN, 2009).

2.2.6 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

As democracias constitucionais contemporâneas, conforme já exposto, articulam-se mediante dois eixos, soberania popular e direitos fundamentais. Tendo em vista o pluralismo que caracteriza a sociedade contemporânea, Marcelo Neves salienta que a hipercomplexidade torna eventual o consenso quanto ao conteúdo da decisão política, de forma que são os

procedimentos do Estado democrático de direito que possibilitam a convivência do dissenso jurídico-político em torno de valores morais e interesses subjetivos (NEVES, 1996).

Parece-nos, porém, que, antes de orientar-se à construção do consenso, os "procedimentos" servem, ética e funcionalmente, à intermediação do dissenso conteudístico. De acordo com essa releitura da relação entre esses dois paradigmas teóricos, a modernidade, em face da diversidade grupai e individual em torno de conteúdos morais e valorativos, implica a exigência funcional e a imposição ética da absorção do dissenso conteudístico através do consenso procedimental. (NEVES, 1996, p. 95)

A concretização da tutela ambiental demanda uma reformulação da noção de democracia, como fica claro no Relatório Brundtland, ao alertar para a necessidade de mudança institucional e ao prever dentre seus princípios obrigação geral de cooperar e propor um desenvolvimento mais participativo (BRUNDTLAND, 1991, p. 389).

LENZI aponta que muitas democracias têm utilizado na política ambiental o método econômico de análise de custo/benefício, destacando que o mesmo se mostra atrativo por não se fundar no valor intrínseco da natureza ou qualquer outro valor metafísico, mas sim nas preferências individuais, vinculando proteção ao meio ambiente a custos financeiros (2009, p. 20). O mencionado autor aponta alguns problemas com relação à tal abordagem, tais como a impossibilidade de conhecer os reais custos e benefícios envolvidos na escolha; a imprecisão do valor das funções ambientais e a avaliação de um bem coletivo e difuso a partir da medida do bem-estar pessoal (LENZI, 2009, p. 21).

Nesse contexto, a aplicação do modelo de democracia deliberativa à realização da sustentabilidade ambiental é defendida por muitos autores⁶², como Anthony Giddens, para quem a busca pela preservação da natureza requer a necessidade de deliberação aberta e públicas para valores positivos de vida (1996, p. 256). A necessidade de deliberação nasce a partir da diversidade de valores e interesses ligados à questão ambiental, os quais não podem ser tomados sob uma perspectiva individual, somado à intrínseca vinculação da sustentabilidade ao bem-estar de outros, incluindo gerações futuras.

As decisões que se refiram à sustentabilidade ambiental, deste modo, devem ser tomadas no bojo de um processo político que permita articular os diferentes interesses e valores a serem levado em consideração, por meio de uma racionalidade comunicativa; sendo, neste

⁶² Manuel Arias Maldonado, ao falar de políticas ambientais menciona que é consenso na doutrina o fato de que a democracia deliberativa é o melhor tipo de democracia para lidar com preocupações ambientais :“When inquired about the kind of democracy best suited for dealing with green concerns, the consensus seems obvious: some version of deliberative democracy (cfr. Jacobs, 1997; Eder, 1995; Barry, 1999; Dryzek, 2000a; Eckersley, 2000, 2004)”. (MALDONADO, 2013, p. 4)

ponto, vital o papel das instituições democráticas criando um *locus* onde as diferentes perspectivas ambientais possam ser levadas em consideração (LENZI, 2009, p. 22-23).

Assim, a existência de instituições deliberativas, ainda que não garanta a avaliação de bens ambientais como bens públicos, torna mais provável que os responsáveis pelas decisões políticas assim o façam, uma vez que são obrigados a apresentar argumentos em prol do bem comum (LENZI, 2009, p. 24). Outro ponto mencionado pelo professor Cristiano Luís Lenzi é a pluralidade do debate que pode permitir a construção de preferências por meio de influências recíprocas que os pontos de vista dos atores envolvidos podem provocar uns nos outros (LENZI, 2009, p. 24).

Ao analisar o arcabouço normativo brasileiro, é possível perceber um cenário fértil para a aplicação dos princípios da democracia deliberativa em matéria ambiental. A Constituição Federal adotou em seu texto instrumentos de incremento da participação (democracia deliberativa ou participativa) que servem de parâmetros axiológicos para a elaboração das leis. É em tal contexto que se insere a Política Nacional do Meio Ambiente a qual, mesmo anterior à CF/88, introduziu no ordenamento jurídico os valores ambientais que iriam nortear os demais instrumentos legais com destaque, no caso em questão, para a colegialidade, diretriz mantida pela Lei nº 9.433/97⁶³.

Percebe-se, portanto, que dentro do contexto de uma sociedade plural (ou hipercomplexa), o legislador brasileiro se ocupou de prever espaços de discussão para a busca de consensos, nos quais os múltiplos grupos de interesse pudessem exercer seu papel político, à luz da procedimentalidade defendida por Habermas que permite o incremento da legitimidade da decisão tomada⁶⁴.

No caso em questão, há uma política pública prevista em lei que descreve o *iter* procedimental a ser atendido para a obtenção de uma decisão democrática, não bastando que a decisão construída seja fruto do acordo entre as autoridades políticas eleitas majoritariamente para que seja, então, revestida de legitimidade. A legitimidade se constrói não apenas na

⁶³ A respeito dos instrumentos democráticos de participação nas decisões ambientais vide itens 3.2 e 3.3.

⁶⁴ Neste sentido, vale citar MALDONADO: “Democratic legitimacy does not derive anymore from the principle of majority nor from popular sovereignty, for justification of political power proceeds on the basis of a properly institutionalised free public reasoning among free and equal citizens. Naturally, to deliberate is to participate: deliberative democracy is a variant of the democratic-participative ideal. Here, democracy is not a vehicle for representation and aggregation of interests, but a way of creating a public arena in which conflicts can be solved through dialogue rather than through pre-established forms of power (Giddens, 1994: 16; Cohen, 2001: 231). The essence of democracy does not rely on voting, aggregation of interests or self-government, but on the very deliberation as a collective and open decision-making procedure”. (2013, p. 5)

realização dos valores constitucionais, mas também no respeito aos locais de debate democrático necessários à construção de consensos.

2.3 ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A adoção de uma constituição dirigente com a previsão em seu texto não somente dos princípios que devem nortear a atuação do Estado, mas também das políticas a serem realizadas pelo poder público de forma a alcançar o ideal de Estado pensado pelo constituinte, juntamente com a desconfiança com relação ao legislador ensejaram o desenho de um Poder Judiciário capaz de impulsionar a concretização dos desígnios contidos na Carta de 1988.

Nesse contexto, percebe-se uma clara ascensão institucional fazendo com que o Judiciário assumira o protagonismo político diante de Poderes que enfrentam uma crise de representatividade e que não mais atendem aos anseios de uma sociedade plural e complexa. Assim, para melhor compreensão do caso delimitado no presente trabalho, necessário traçar um panorama do papel desempenhado pelo STF no Estado hoje, contextualizando sua atuação e o chamado ativismo judicial.

2.3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

De forma a explicitar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na solução do conflito federativo em questão, importante recapitular a origem da ascensão institucional do STF.

Após a segunda Guerra Mundial, verificou-se uma mudança institucional na Europa continental, com a alteração promulgação de novas constituições e a alteração de seu *locus* no ordenamento jurídico, passando a desempenhar um papel de centralidade, com seus dispositivos assumindo um caráter normativo. Verifica-se, que pode se chamar de constitucionalização do direito, o qual deve ser lido a partir dos direitos fundamentais e valores positivados na Constituição (BARROSO, 2015).

Juntamente com a ascensão constitucional, percebeu-se que o Poder Judiciário começou a desempenhar um papel proeminente no ordenamento jurídico, passando por uma mudança institucional que, em um primeiro momento, pareceu ser uma “invasão” por parte do direito no campo político (VIEIRA, 2008; BARROSO, 2015).

Dentre as causas para judicialização das relações no Brasil, pode-se apontar: (i) a adoção de Constituição rígida e um sistema de controle de constitucionalidade, (ii) a crise do sistema representativo e sua incapacidade em atender ao ideal democrático; (iii) a adoção de uma longa lista de direitos; (iv) a longa lista de direitos e relações previstas na Constituição; e (v) a forma de controle de constitucionalidade estabelecida na Carta de 1988, que admite controles difuso e concentrado (VIEIRA, 2008; BARROSO, 2015).

Rodrigo Brandão, por sua vez, aponta que a instituição da separação de poderes e a adoção de um modelo de tridimensional de federalismo (com aumento das capacidades administrativas e fiscais das unidades da Federação), implicou em uma fragmentação do poder político e na propagação de conflitos institucionais, cabendo ao Poder Judiciário dirimir tais conflitos (BRANDÃO, 2012).

Há que se abrir um parênteses a respeito da Constituição de 1988, pois além de trazer as normas de natureza constitucional⁶⁵, Oscar Vieira Vilhena aponta seu papel de marco de transição para a democracia, ao qual foi incumbido de liderar o processo de mudança social. Dessa natureza, decorre a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, com a finalidade não somente de assegurar o processo de transição de regime⁶⁶, mas também zelar pelas promessas feitas na Constituição⁶⁷ (VIEIRA, 2008, p. 44).

Assim, como ensina o professor Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do Direito – locução que designa “o efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo

⁶⁵ “Assim, as normas constitucionais comportam classificação, quanto ao seu conteúdo, em três grandes categorias: as que organizam o poder político (normas constitucionais de organização), as que definem direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direito) e as que indicam valores e fins públicos (normas constitucionais de princípio ou programáticas). (BARROSO, 2010, p.83)

⁶⁶ No caso do Brasil, de um regime autoritário para uma democracia.

⁶⁷ “As constituições, em geral, buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele por ela arquitetado. Esta lógica também esteve presente nas transições portuguesa, de 1976, brasileira, de 1988, sul-africana, de 1996, ou mesmo Indiana, de 1950, elaborada no contexto do processo de descolonização¹⁵. Nestes casos, no entanto, havia uma ambição constitucional adicional. Estas constituições não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social. Talvez o texto da Constituição Indiana e o texto original da Constituição portuguesa de 1976 sejam os mais ambiciosos neste aspecto. No caso português era missão constitucional levar a sociedade portuguesa ao socialismo. Também poderia ser inserido nesta onda de constitucionalismo socialmente transformador o texto colombiano de 1991. Uma das características marcantes destes novos regimes foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, voltadas a assegurar pactos de transição, plasmados em ambiciosos textos constitucionais. Só que agora os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição. (VIEIRA, 2008, p. 44)

material e axiológico espraia-se por todo o sistema jurídico, repercutindo sobre a atuação dos três Poderes” – propiciou, o desenvolvimento de três fenômenos: o aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira, a ascensão do Poder Judiciário e a judicialização de questões sociais e políticas (BARROSO, 2013, p. 151).

Destaca o mencionado professor que, a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas sobre os próprios direitos, somadas à facilitação do acesso à justiça (com o surgimento de novas ações e com a ampliação da legitimação ativa para a tutela de interesses), geraram um aumento das demandas judiciais (BARROSO, 2013).

Oscar Vilhena Vieira entende que foi o desejo do Constituinte de 1987/1988 construir essa proeminência do Poder Judiciário – e do STF, uma vez que o texto final transcendeu os temas constitucionais e detalhou de forma minuciosa direitos e relações sociais, dando início a um processo de constitucionalização do direito⁶⁸. A consequência imediata é a possibilidade de apreciação das matérias pelo Poder Judiciário e uma explosão de litigiosidade (VIEIRA, 2008). Assim, “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” (VIEIRA, 2008, p. 447).

Entre as causas para tal ascensão há, primeiramente, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas, além de certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral (BARROSO, 2015).

Ademais, como terceira causa, nota-se que atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais existam desacordos morais razoáveis⁶⁹. Consequentemente, pode-se observar que inúmeras questões socialmente relevantes restam ou restaram postas no âmbito judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2013, p. 362).

Rodrigo Brandão, observando que há significativo consenso doutrinário no sentido de que a principal causa para a expansão do Judiciário é a afirmação da democracia, destaca que,

⁶⁸ O autor aponta que a hiper-constitucionalização é uma consequência da desconfiança do constituinte na democracia: “A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinçamento do sistema representativo.” (2008, p. 4)

⁶⁹ Rodrigo Brandão ressalta que uma importante teorização sobre a relação entre fragmento do poder político e expansão do Judiciário foi feita por Tom Ginsburg em sua “teoria do seguro eleitoral”. Partindo da premissa de que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, tem-se no Judiciário uma garantia de proteção às regras do jogo, evitando tentativas de “virada de mesa” pelo grupo que se encontra no poder, além de intangibilidade de um consenso político mínimo, de maneira a que todos os grupos (razoáveis) vejam-se minimamente reconhecidos no projeto constitucional” (BRANDÃO, 2012, p. 73).

embora criticado no sentido de ser antidemocrático⁷⁰, o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um produto da democracia, que tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. A judicialização, dessa forma, seria uma consequência do desenho institucional vigente, e não uma mera opção política do Judiciário (2012, p. 73-74).

Destaca, também, que, em regimes de forte difusão do poder político, a Corte desempenha dois papéis importantes (BRANDÃO, 2012, p. 74). O primeiro, apelidado na teoria constitucional de contramajoritário, trata da análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Carta Magna, em prol da proteção do princípio democrático e dos direitos fundamentais. O segundo, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Este último consiste no atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos, contidos na Constituição Federal, que não foram atendidos pelo legislador. Dirime-se, com isso, questões políticas controvertidas nas quais não há consenso na coalizão majoritária governamental (BRANDÃO, 2012).

Essa função é também explicada pela ampla aceitação, no Brasil, da teoria das Constituições dirigentes, a qual, em breves linhas, ao traçar diretrizes e objetivos a serem alcançados pelo Estado, visa, simultaneamente, a um programa de ação para o futuro e a (tentativa de) implementar mudanças sociais, sobretudo por imposição de deveres de legislar. Nesse viés, em tal modelo, atribui-se ao Judiciário a função de garantir a efetividade normativa da Constituição (CANOTILHO, 1997; VIEIRA, 2008)

Entretanto, importante perceber que tal teoria acaba provocando um engessamento político, na medida em que condiciona as mudanças sociais, tão-somente, à aplicação das normas constitucionais, o que gera um cenário de autossuficiência das Constituições dirigentes, garantido pelo Poder Judiciário.

Diversas circunstâncias têm contribuído para a ênfase no papel representativo do STF. Analisando a jurisprudência e a própria postura da Corte, nota-se que ela tem desenvolvido a percepção de si mesma como representante da soberania popular (BARROSO, 2013). Soma-

⁷⁰ Neste sentido é válida a crítica de Oscar Vilhena Vieira, ao comentar as justificativas da doutrina para a expansão do papel do Poder Judiciário: “Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon” (VIEIRA, 2008, P.443)

se a tal contexto o elevado grau de ineficiência estatal e a perda de confiança do povo nos políticos e instituições, depositando-se esperanças no Judiciário⁷¹.

Entretanto, impende ressaltar que a constitucionalização exacerbada, sobretudo por meio de uma postura ativista do Judiciário, que concretiza posições – não raro, políticas - de um poder não eleito, pode trazer sérias e negativas consequências. Ingeborg Maus, analisando o poder das cortes, salienta o perigo de uma corte constitucional tornar-se superego da sociedade e, dessa forma, substituir a soberania popular por uma soberania da elite judiciária (2000, p. 186).

Vale contextualizar a crítica do presente trabalho que – independentemente da previsão constitucional de inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário de dado conflito que lhe é submetido – há que se reconhecer que, face às características do bem em questão, qualquer solução dada careceria de legitimidade, diante da titularidade do bem e da condução dada pelos entes envolvidos. Alia-se no presente à crítica de Maus, de que a atuação do Judiciário inibiu o exercício da colegialidade prevista na PNRH, haja vista que decisões a respeito do uso de recursos hídricos devem ser tomadas mediante procedimento deliberativo.

De qualquer forma, a expansão do papel do Poder Judiciário e a frequência com a qual o STF vem sendo convocado para manifestar-se diante de questões claramente políticas requer uma maior explanação, como será desenvolvido no capítulo a seguir.

2.3.2 O ATIVISMO JUDICIAL E AS CRÍTICAS À SUA EXPANSÃO

O ativismo judicial é uma expressão cunhada no direito norte-americano, empregada, em especial, para caracterizar a atuação da Suprema Corte no período em que presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, quando a jurisprudência progressista foi responsável por profundas mudanças em matéria de direitos fundamentais. Apesar do cunho depreciativo, observado fora do contexto crítico-ideológico, o ativismo relaciona-se com uma participação mais ampla e

⁷¹ Neal Tate observa que “quando o público e líderes de grupos de interesse e de organizações sociais importantes consideram que as instituições majoritárias estão imobilizadas, só atendem ao próprio interesse, ou mesmo são corruptas, não é surpreendente que aceitem a transferência de poderes políticos ao Judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e os legisladores. Na verdade, tal tendência deve apenas ocorrer quando se reputar que as instituições judiciais têm maior respeito e legitimidade do que outros entes governamentais”. TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995, p. 32 apud BRANDÃO, 2012, p. 76.

intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2011, p. 363-365).

Importante, pois, destacar que o termo não se confunde com judicialização. O ativismo é uma escolha judicial específica e proativa, de interpretar a Constituição expandindo seu sentido e alcance (BARROSO, 2011). Assim, é a forma com que os juízes exercerão sua competência que irá determiná-lo ou não.

No caso brasileiro, o ativismo instalou-se no âmbito de retração do Poder Legislativo e de descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais fossem atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2011).

Para Rodrigo Brandão, entre as condições facilitadoras de tal fenômeno estão o surgimento de uma cultura constitucional de direitos fundamentais, além da própria disseminação do neoconstitucionalismo (pós-positivismo). Por meio da vinculação material da lei aos direitos fundamentais, geralmente descritos sob a forma de princípios, e na medida em que estes ganham força normativa, a autocompreensão dos juízes de que eventual ponderação constitui função judicial estimula a Judicialização (2012).

Nesse ponto, para o mencionado Professor, há forte tendência de o Judiciário, em seu papel interpretativo, avançar sobre espaços indeterminados da Constituição, fazendo prevalecer seu juízo sobre o emitido pelos poderes políticos, principalmente se a afirmação da força normativa dos princípios não for acompanhada por uma doutrina de autorrestrição judicial e de compreensão adequada das condições e limites extrajurídicos de sua atuação (BRANDÃO, 2012).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal ultimamente vem superando uma postura que restringia a atuação do Judiciário a um papel de legislador negativo, utilizando não somente argumentos de ordem jurídica, mas também considerações associadas à moral, política, filosofia e economia, bastante complexas e controversas⁷². Tal tendência, contudo, limita os espaços para debates institucionais e democráticos de deferência ao legislador.

Primeiro elemento na interface entre política e direito, a Constituição institui os Poderes de Estado, distribuindo-lhes atribuições e, em especial ao Legislativo e ao Executivo, competências essencialmente políticas. A seu turno, apesar de a maior parte dos Estados democráticos do mundo reservar uma parcela de poder político para ser exercido pelo

⁷² Neste sentido, Luis Roberto Barroso ao tratar do advento da cultura pós-positivista: “Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento” (2015, p. 29)

Judiciário, este possui atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. (BARROSO, 2013). Contudo, na moderna interpretação jurídica, uma vez que nem o constituinte nem o legislador são capazes apresentar repostas claras para todas as questões da vida, a fronteira entre direito e política tem se tornado cada vez menos definida.

Por essa razão, há crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito. (BARROSO, 2015, p. 31)

Nessa seara, ganha relevo a questão de sua legitimidade quando sua atuação demanda a sobreposição de vontades à de agentes eleitos, ou nomeados para fim específico, ainda mais quando se trata de um caso difícil⁷³, situações em que a decisão possível não necessariamente apresenta uma única resposta, dependendo de um exercício de ponderação de princípios.

Conforme ensina BARROSO, ainda que se trate de um caso difícil, o Juiz não poderá deixar de fornecer uma decisão para ela, então tal resposta deverá ser dada atentando para os valores constitucionais, mas também observando seus valores de integridade e coerência (2015)

Nos dois exemplos, tanto no fictício como no real, pessoas esclarecidas e bem intencionadas podem tomar partido por um lado ou outro. tomar partido por um lado ou outro. Qual a resposta correta? Onde está a verdade? O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra. É preciso conjurar o risco do stalinismo jurídico, em que algum “farol dos povos” de ocasião venha a ser o portador da verdade revelada, com direito a promover o expurgo dos que pensam diferentemente.

Dito isso, porém, um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro, ou que o caso pode ser decidido por cara e coroa. Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta — única e universalmente aceita —, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade³⁴ — ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria — e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas

⁷³ Hard cases ou casos difíceis são aqueles para os quais o ordenamento não possui uma norma aplicável, dever ser decididos à luz da ponderação de princípios. Nas palavras de DWORKIN: “The problem of justifying judicial decisions is particularly acute in ‘hard cases’, those cases in which the result is not clearly dictated by statute or precedente (...) Hercules must discover principles that fit, not only the particular precedent to which some litigant directs his attention, but all other judicial decisions within his general jurisdiction and, indeed, statutes as well, so far as these must be seen to be generated by principle rather than policy” (1975, p. 1094)

opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência. (BARROSO, 2015, p. 35)

2.4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Rodrigo Brandão explicita que, para a teoria dos diálogos institucionais, o futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos e entre eles e a sociedade civil. Reconhecendo-se a falibilidade de todas as instituições políticas – ao contrário das doutrinas de supremacia judicial e parlamentar – a participação de juízes e legisladores na interpretação constitucional tem uma dose razoável de consistência (2012).

Conrado Hübner Mendes entende que a teoria dos diálogos institucionais consiste na aplicação ao debate sobre interpretação constitucional de certas máximas de sabedoria política: “não há procedimento que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor desenhada que seja; de uma determinada concepção de justiça soberana não advém um desenho institucional” (2008, p. 6). John Rawls chama tal falibilidade de justiça procedimental imperfeita⁷⁴ (1997b, p. 91).

Como se percebe, portanto, por mais bem estruturado que um processo esteja, o máximo que se pode esperar dele é que produza os resultados almejados na maior parte do tempo. Assim, não é possível verificar a capacidade institucional *a priori*, sem levar em consideração o caso concreto. Isso porque, caso se acredite na existência de um método seguro para alcançar o resultado correto em um processo de interpretação constitucional, se concluiria pela prevalência da jurisdição constitucional sobre o legislador independentemente de seu conteúdo.

Neste viés, dado que a justiça procedimental perfeita é rara, o que torna seu resultado final justo – ou não injusto – é o fato de que se tenha observado o procedimento correto ou justo. Em outras palavras, estando pré-estabelecidas as regras do jogo e se as mesmas são observadas e ninguém trapaceia, chega-se a um resultado justo (ou não injusto) (RAWLS, 1997b, p.92).

⁷⁴ Sobre justiça procedimental perfeita, RAWLS traz dois traços característicos: “Primeiro, há um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes de o processo acontecer. E, segundo, é possível criar um procedimento que com certeza trará o resultado desejado. Naturalmente, há aqui certas suposições, como a de que o homem escolhido é capaz de dividir o bolo em partes iguais, quer a maior parte possível, e assim por diante. Mas podemos ignorar esses detalhes. O essencial é que haja um padrão independente para decidir qual resultado é justo e um procedimento que, com certeza, conduzirá a ele. É evidente que a justiça procedimental perfeita é rara, para que não se diga impossível, em casos de interesse muito mais concretos.” (1997b, p. 91)

Os modelos dialógicos são inspirados na teoria da separação de poderes⁷⁵, que demanda um comportamento conciliatório dos poderes constitucionais, quando se considera que cada um deles é um fórum político superposto e diversamente representativos, nos quais se demanda um processo deliberativo para produção de uma norma, diversamente da associação simplista que liga um departamento estatal à vontade do povo (MENDES, 2008).

Apesar da importância do prisma do diálogo para colocar a separação de poderes numa perspectiva diacrônica e dinâmica, e além de lançar luzes na deliberação inter-institucional que, de um modo ou de outro, ocorre, a preocupação subjacente às “teorias da última palavra” – mesmo que “última palavra” seja uma expressão que induz a mal-entendidos – ainda fornece um dos princípios operativos pelo qual podemos pensar em modelos de diálogo que sejam normativamente mais desejáveis na democracia. (MENDES, 2008, p. 17)

Essa perspectiva tem como vantagem não se adotar uma concepção idealizada das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário, reconhecendo-as de forma realista, levando em conta suas virtudes e fraquezas⁷⁶. Tal raciocínio se alinha às tendências contemporâneas de Constituições analíticas e dirigentes, que não se limitam a estruturar o governo e a prever direitos fundamentais de primeira geração, requerendo ampla atuação legislativa. Sustentar, nesse cenário, um monopólio ou uma prioridade interpretativa de todas as normas constitucionais acabaria por pressupor uma visão idealizada e ineficiente (MENDES, 2008).

A teoria dialógica tem como substrato inibir a produção de “monólogos majoritários”, partindo da noção de que a política não deve ser pensada exclusivamente pelo parlamento, uma vez que a própria Constituição traz dispositivos que permitem que outro Poder seja “provocado” a dar uma resposta sobre determinado tema. A conciliação de desacordos é da essência da democracia⁷⁷, devendo ser objeto de deliberação nos foros adequados como forma de manutenção da mesma (CLÈVE, LORENZETTO, 2015)

⁷⁵ No mesmo sentido CLÈVE e LORENZETTO: “A proposta por diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder. Sob influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de rule of law (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais. (2015, p. 184)

⁷⁶ “Teorias do diálogo, como se verá no próximo capítulo, são também variadas, mas lidam melhor com essas duas faces à medida que se mostram menos preocupadas com a última palavra. Na sua versão mais elaborada, a perspectiva do diálogo provavelmente faz isso: aceita a falibilidade das duas instituições e a combina com um ambicioso projeto normativo que leve em conta as vantagens comparativas das duas, uma vez que não são mais necessariamente excludentes”.(MENDES, 2008, p.96)

⁷⁷ “Diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo.” (MENDES, 2008, p. 97)

Logo, faz parte do amadurecimento das democracias a tradução de desacordos profundos e irreconciliáveis em espaços adequados de deliberação, como meio de resguardar a própria democracia. Não se espera, com isso, que os diálogos conduzam necessariamente a um consenso ou que a parte que possui melhores razões venha efetivamente a prevalecer. Há, afinal, uma série de fatores passionais que podem levar a formação de consensos e a tomada de decisões casuísticas para além dos bastiões da racionalidade. Aquilo que se combate são os “monólogos majoritários”,⁴³ pois, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 196).

Assim, para a teoria dos diálogos a interpretação constitucional é uma tarefa que demanda a participação de outros agentes políticos que não somente o Poder Judiciário, permitindo uma agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes que reduz os questionamentos acerca da sua legitimidade (dificuldade contramajoritária)⁷⁸. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

O diálogo institucional pode ser dividido em dois aspectos, o diálogo interinstitucional e o intra-institucional. Quanto ao interinstitucional, que é aquele que ocorre entre instituições distintas, pode-se afirmar que o mesmo possui caráter normativo no Brasil pela forma como a Constituição Federal e o controle de constitucionalidade foram estruturados⁷⁹⁸⁰, uma vez que ao Supremo Tribunal Federal foi elencado um longo rol de atribuições, dentre os quais garantir que os direitos e relações nela elencados, fazendo com que se permita fiscalizar a atuação de outros poderes (MENDES, 2008; VIEIRA, 2008; CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Nesse contexto, não há uma “última palavra”, pois ao mesmo tempo que cabe ao STF provocar ou corrigir a atuação do legislador na concretização dos projetos constitucionalmente previstos, há a possibilidade de se editar emendas constitucionais para superar decisões do STF.

Podem instituições dialogarem entre si?

⁷⁸ “A postura dialógica ou preventiva, que garante a oportunidade para a manifestação do Legislativo, também foi encampada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Luís Roberto Barroso endossa explicitamente essa mudança de racionalidade na postura do Tribunal.³⁵ Isso pode ser observado em diferentes ocasiões em que o Ministro demandou a manifestação do legislador, ao garantir determinados períodos para que este se pronunciasse.” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 193)

⁷⁹ “Como já foi acima referido, a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições”. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 199)

⁸⁰ “(...) deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar”. (BRANDÃO, 2012, p. 62)

A imagem do diálogo, como se pôde perceber dessa longa descrição, foi frutífera para atacar a idéia de “última palavra” (especialmente a judicial). Uma decisão de controle de constitucionalidade, portanto, não impede que uma comunidade democrática continue a se mover e reforme decisões que não a agradem. (MENDES, 2008, p. 157)

O diálogo intrainstitucional, por sua vez, diz respeito à forma de deliberação engendrada pelo STF, a qual, segundo Virgílio Afonso da Silva, é um modelo de deliberação externa, posto que não há troca de votos entre os Ministros, sendo reduzidas as oportunidades para reconsideração ou complementação dos votos, além de não haver uma unicidade institucional decisória⁸¹ (SILVA, 2009, p. 216-217).

Os diálogos, contudo, não devem ser restringir às instituições públicas, CLÈVE e LORENZATTO apontam que a interação com o povo pode ser realizada como forma de incrementar sua legitimidade⁸², para tanto “os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões” (CLÈVE; LORENZATTO, 2015, p.201).

Nesse contexto, nem sempre o Poder Judiciário atuará de forma ilegítima, negligenciando interesses democráticos no momento de sua tomada de decisão, sendo possível minimizar a dificuldade contramajoritária e as críticas à sua atuação, por meio de mecanismos que incrementem o diálogo, em especial com a sociedade.

3. OS RECURSOS HÍDRICOS

Enquanto o capítulo anterior tratou das bases teóricas para a instituição de uma Política Nacional de Recursos Hídricos com a previsão de *locus* de deliberação democrática, com a finalidade de incremento de legitimidade decisória, o presente capítulo se ocupa em traçar as

⁸¹“I. quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; II. inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; III. carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.” (SILVA, 2009, p. 217)

⁸² “Ademais, no que tange à interação entre o Supremo Tribunal Federal e o povo, os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões” (CLÈVE; LORENZATTO, 2015, p. 201).

características dos recursos hídricos, enquanto bem ambiental de caráter estratégico, titularidade difusa e essencial para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como apresentar as dificuldades na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) enquanto política pública.

Há que se mencionar que uma política pública é uma diretriz de atuação traçada pelo governo a partir da identificação de um problema público (SECCHI, 2013), no caso, a PNRH veio como uma forma de permitir uma governança da água a partir de uma construção conceitual, teórica e operacional voltada a uma visão que Pedro Jacobi designa como hidropolítica (2012), considerando a iminente escassez, os diferentes interesses e perspectivas envolvidos e a complexa titularidade, com múltiplos atores, que demanda uma visão interdisciplinar e uma gestão compartilhada.

Desta forma, serão apresentados neste capítulo os conceitos necessários para compreender a relevância do bem objeto do conflito, qual seja, as águas do rio Paraíba do Sul, as características da PNRH e a forma como foi conduzido o conflito pelo STF, utilizando como referencial teórico a teoria democrática deliberativa.

3.1 O ACESSO À ÁGUA E SEU CARÁTER ESTRATÉGICO

A água é elemento fundamental à vida humana, não somente no aspecto biológico, quando levamos em consideração que compõe o corpo humano em grande parte, mas também quando nos referimos ao desenvolvimento do homem em seus mais variados aspectos, seja ele cultural, religioso, técnico e econômico (AMORIM, 2015).

A vida e o desenvolvimento humano, portanto, sempre estiveram intimamente relacionados à água. Seja pelo seu aspecto simbólico de origem da vida nas antigas civilizações, relacionada à memória intrauterina, seja em razão do seu papel na construção de mitos, já que para tais povos os rios e a água representavam a fonte, o curso e o fim da vida (SILVA, 1998).

Para além dos aspectos míticos, o desenvolvimento da sociedade e as dificuldades de sobrevivência foram colocando o homem diante de situações nas quais o domínio da água foi sendo perseguido, levando ao aperfeiçoamento de técnicas que permitissem seu controle, tais como a canalização, a irrigação de lavouras e a construção de represas, transformando, desta forma, a água em um recurso à disposição do homem (SILVA, 1998).

Sua abundância e onipresença fizeram com que se acreditasse – por muito tempo – que se tratava de um recurso inesgotável, contudo, a despeito de 70% da superfície terrestre ser coberta por água, menos de 3% desse total é composto por água doce e um percentual ainda menor está disponível para a utilização pelos seres humanos⁸³.

O volume de água na Terra é estável, não havendo que se falar em redução de sua quantidade absoluta⁸⁴, mesmo com sua utilização imoderada pelo homem. Ocorre que, a partir da Revolução Industrial, observou-se uma intensificação na utilização da água pelo homem principalmente para fins de continuidade do processo de industrialização. Tal processo, aliado a uma intensa urbanização, provocaram o recrudescimento na utilização dos recursos hídricos sem que houvesse o cuidado adequado com seu uso e tratamento, causando, dessa forma, uma interferência no ciclo hidrológico⁸⁵ e uma escassez relativa, as quais fizeram com que começasse a se propagar a ideia de crise mundial de água (BORDALO, 2012).

Assim, para os efeitos do presente trabalho, a crise em questão pode ser delimitada em duas dimensões: (i) quantidade de água doce disponível nas bacias hidrográficas e aquíferos subterrâneos e (ii) qualidade da água disponível em relação aos parâmetros físicos, químicos e bacteriológicos que permitam seu uso para o atendimento das necessidades existentes, sejam elas consumo humano, agricultura ou indústria (BORDALO, 2012).

O insuficiente acesso à água já é verificado de forma mais acentuada em determinadas regiões do planeta. Há que se considerar que a água não consiste em recurso distribuído de forma homogênea por toda a Terra, conseqüentemente não se observa sua disponibilidade de

⁸³ Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, 97,5% da água do planeta é salgada. Da parcela de água doce, 68,9% encontra-se nas geleiras, calotas polares ou em regiões montanhosas, 29,9% em águas subterrâneas, 0,9% compõe a umidade do solo e dos pântanos e apenas 0,3% constitui a porção superficial de água doce presente em rios e lagos. Disponível em http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/arquivos/3%20-%20mcs_agua.pdf.

⁸⁴ “O volume de água do planeta é fixo. Estima-se que nas formas líquidas e sólidas alcance 1,4 bilhão de quilômetros cúbicos (SHIKLOMANOV, apud VILLIERS, 2002).” Disponível em <http://www3.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/cea/14-RecursosHidricos.pdf>.

⁸⁵ Sobre ciclo hidrológico, José Galizia Tundisi esclarece: “A característica essencial de qualquer volume de água superficial localizada em rios, lagos, tanques, represas artificiais e águas subterrâneas são a sua instabilidade e mobilidade. Todos os componentes sólidos, líquidos e gasosos (as três fases em que a água existe no planeta Terra) são parte do ciclo dinâmico da água, ciclo este, perpétuo. A fase mais importante deste ciclo para o homem é justamente a fase líquida, em que ela está disponível para pronta utilização. Os fatores que impulsionam o ciclo hidrológico são a energia térmica solar, a força dos ventos, que transportam vapor d’água para os continentes, a força da gravidade responsável pelos fenômenos da precipitação, da infiltração e deslocamento das massas de água. Os principais componentes do ciclo hidrológico são a evaporação, a precipitação, a transpiração das plantas e a percolação, infiltração e a drenagem. Anualmente, aproximadamente 47 mil km³ retornam aos oceanos, a partir dos rios, represas, lagos e águas subterrâneas. Se essa drenagem fosse distribuída igualmente em todos os continentes, cada uma das pessoas / habitantes do planeta Terra (aproximadamente 6 bilhões) teria disponíveis 8 mil m³ /ano. Entretanto, esta distribuição é desigual, causa problemas de disponibilidade nos continentes, países e regiões. Também a distribuição não é homogênea durante o ano, em muitas regiões, o que causa desequilíbrio e desencadeia ações de gerenciamento diversificadas para enfrentar a escassez ou o excesso de água” (TUNDISI, 2003, p. 31)

forma uniforme e proporcional à ocupação humana nos territórios, fazendo com que se observe uma clara escassez em algumas partes do mundo⁸⁶.

Some-se a isso o fato de que a gestão dos recursos hídricos não é realizada de maneira responsável e idêntica em todos os países, mas acaba por ser empreendida conforme as características de cada espaço e sociedade, bem como de acordo com os diferentes graus de desenvolvimento e riqueza.

Segundo a ONU, as necessidades diárias de uma pessoa são atendidas com 40 litros de água por dia para satisfação de suas necessidades básicas, tais como beber, tomar banho, escovar os dentes, lavar as mãos, cozinhar, etc. Todavia o volume da água consumida guarda relação direta com o grau de desenvolvimento do país e o nível de renda da pessoa, portanto, hoje, enquanto um europeu consome, em média, 150 litros de água por dia, um indiano consome somente 25 litros⁸⁷⁸⁸.

Neste viés, mais do que uma crise desencadeada pelo consumo intensivo, decorrente não somente da industrialização e urbanização, mas também da desestabilização de ecossistemas e da intervenção humana no ciclo hidrológico⁸⁹, trata-se de uma crise com graves contornos sociais, atingindo de maneira desigual diferentes grupos ou áreas geográficas.

Como contribuição ao debate sobre gestão de recursos hídricos na América Latina – especialmente no contexto da iniciativa Waterlat –, considera-se que exista uma significativa demanda por estudos de ecologia política com ênfase na justiça ambiental. A importância da noção de justiça ambiental decorre da constatação de que a crescente escassez de recursos hídricos e de que a desestabilização dos ecossistemas afeta de modo desigual, e muitas vezes injusto, diferentes grupos sociais ou áreas geográficas. O relacionamento entre sociedade e natureza reflete, em maior ou menor grau, assimetrias políticas, sociais e econômicas, as quais são específicas de um determinado momento histórico e de uma dada configuração espacial – tanto no âmbito local e regional, quanto entre países e continentes; por exemplo, no caso do efeito estufa. (COSTA; IORIS, 2015, p.111)

⁸⁶ A distribuição da água no planeta é desigual, causando problemas de disponibilidade nos continentes, países e regiões. Além disso a distribuição não é homogênea durante o ano, em muitas regiões (TUNDISI, 2003, p. 31).

⁸⁷ Dados disponibilizados pelo Ministério do Meio Ambiente em http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/_arquivos/3%20-%20mcs_agua.pdf.

⁸⁸ Neste ponto, vale antecipar assunto que será tratado mais a frente, que é o reconhecimento da direta ligação entre acesso à água e desenvolvimento, razão pela qual a ampliação do acesso à água e ao saneamento foi elencado com um dos objetivos do milênio pela ONU na Conferência Rio+ 20, realizada em 2012. <http://www.onu.org.br/rio20/agua.pdf>

⁸⁹ O ciclo hidrológico é o movimento natural de circulação da água entre os continentes, oceanos e a atmosfera, em razão da energia solar, associada à gravidade e à própria rotação da Terra. Trata-se de um movimento permanente que consiste na evaporação da água dos diversos tipos de reservatórios, que é condensada pela gravidade formando as nuvens e sofrendo a influência de dos ventos e da pressão atmosférica; momento em que retorne à forma líquida por meio da precipitação e, na superfície, escoe em direção aos rios e ao mar ou se infiltre no solo (escoamento superficial e subterrâneo) (TUCCI, 2004; AMORIM, 2015)

Foi nesse contexto de busca da redução da injustiça social que a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu a água como um direito humano essencial, por meio da Resolução n. 64/292⁹⁰, aprovada em 28 de julho de 2010, como consequência de discussões que se desenvolveram no âmbito das Nações Unidas e de forma a dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana e demonstrar o compromisso dos países em realizar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio⁹¹⁹².

O reconhecimento da água como direito humano fundamental pela ONU está de acordo com a atual conjuntura de se deixar de ler os direitos humanos como se fossem um tema desconexo com a busca pelo desenvolvimento ⁹³⁹⁴ (SEN, 2000). Assim, reconhecer a fundamentalidade do direito ao acesso à água guarda direta relação com a concretização do princípio democrático e com o combate à pobreza e às injustiças sociais (ZORZI; TURATTI; MAZZARINO, 2016).

Amartya Sen, ao tratar do aparente acolhimento não somente do conceito, como do uso dos direitos humanos para orientar políticas, destaca a existência de um ceticismo quanto à profundidade e coerência do tema, apontando três espécies de críticas: (i) a crítica da legitimidade – os direitos humanos somente teriam *status* de direito quando incorporados à legislação; (ii) a crítica da coerência – direitos são pretensões que requerem deveres correlatos; e (iii) a crítica cultural – direitos humanos somente assim seriam reconhecidos quando pertencentes ao domínio da ética social. Apesar das críticas, entende o autor que as mesmas

⁹⁰ A Resolução n. 64/292 reconhece o direito à água de beber segura e limpa e ao saneamento como um direito humano que é essencial ao pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos.

⁹¹ Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são oito metas fruto do compromisso das Nações, fixados na Reunião do Milênio, ocorrida em Nova Iorque, entre 6 e 8 de setembro de 2000, onde foi aprovada a Declaração do Milênio que reflete as preocupações de 147 Chefes de Estado e de Governo e de 191 países, que tinham como prazo de alcance o ano de 2015.

⁹² A meta número 7 dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio é “reduzir para metade, até 2015, a proporção de população sem acesso sustentável a água potável segura e a saneamento básico”. Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf.

⁹³ A ideia dos direitos humanos tem avançado muito em anos recentes, adquirindo uma espécie de status oficial no discurso internacional. Comitês influentes reúnem-se regularmente para debater a fruição e a violação de direitos humanos em diversos países do mundo. Certamente a retórica dos direitos humanos hoje em dia é muito mais aceita – na verdade, invocada com muito mais frequência – do que já foi no passado. Pelo menos a linguagem da comunicação nacional e internacional parece refletir uma mudança de prioridades e ênfase em comparação com o estilo dialético prevalecente mesmo algumas décadas atrás. Os direitos humanos também se tornaram uma parte importante da literatura do desenvolvimento. (SEN, 2000, p. 261)

⁹⁴ “Anizia García (2008, p. 47-51; 24-25) relaciona o direito à água ao direito ao desenvolvimento, à paz, à livre determinação, à educação, aos direitos culturais e à luta contra a pobreza. Segundo esta autora, deve-se realizar uma interpretação extensiva do direito à vida, de acordo com uma concepção de indivisibilidade e interdependência entre todos os direitos humanos. Nesta concepção, o direito à água teria uma natureza complexa, compreendendo não somente direitos de liberdade – que impõem a abstenção do Estado – mas também direitos de igualdade, que demandam ações positivas para a sua satisfação.” (GARCÍA apud BRZEZINSKI, 2012, p. 63)

não devem anular o valor dos direitos humanos como vetores éticos e base para as reivindicações políticas (SEN, 2000).

O exposto reconhecimento de um direito como direito humano é, portanto, uma importante conquista para o fortalecimento de sua tutela. Entretanto, tal reconhecimento não é o bastante para permitir sua eficácia diante da ausência de compromisso dos governos e da sociedade em tornar tal direito aceito e exigível ⁹⁵⁹⁶ (BENEVIDES, 1994; AITH; ROTHBARTH, 2015).

O fato de as Nações Unidas terem declarado o acesso à água como direito humano fundamental deve ser visto como uma vitória no fortalecimento da defesa de algo que não se limita a um simples recurso natural, mas sim que deve ser lido como elemento constitutivo da vida.

Neste sentido, a ONU não tem medido esforços para fazer com que seus Estados-membros internalizem em seus respectivos ordenamentos jurídicos o direito fundamental à água. Contudo, o fato de o instrumento de reconhecimento do acesso à água ter sido realizado por meio de um dispositivo de *soft law*⁹⁷ ensejaram alguns questionamentos a respeito da vinculação jurídica que tal resolução produz, bem como sobre a imediata aplicabilidade da enunciação em questão, considerando que, para muitos países, uma resolução das Nações Unidas tem a validade de simples recomendação (CORTE; CORTE; PORTANOVA, 2015).

Dado relevante é que poucos países expressamente incluíram o direito ao acesso à água como direito fundamental em seus ordenamentos jurídicos⁹⁸, devendo-se destacar que não há qualquer previsão expressa nesse sentido em nossa Constituição Federal de 1988 (AMORIM, 2015).

⁹⁵ A importância de tal reconhecimento fica clara em BRZEZINSKI (2012, p. 65), ao tratar da Declaração do Peru a respeito da Resolução n. 64/292 da ONU: “O efeito desta resolução depende primordialmente dos Estados, conforme explicou o representante do Peru, ao declarar que votou a favor da Resolução “sabendo que a garantia de aplicação desse direito está submetida a uma diretriz territorial [peruana] e à votação de um orçamento (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010)”.

⁹⁶ Para Maria Victoria de Mesquita Benevides, a declaração meramente retórica de direitos não garante sua fruição (1994, p. 10)

⁹⁷ Atribuir uma definição para *soft law* tem sido uma tarefa complexa entre os doutrinadores, porque a própria expressão *soft law* enseja um paradoxo. Tal paradoxo advém do simples fato de que direito representa em grandes linhas algo obrigatório, capaz de impor sanção, preciso, *hard* e assim oposto a algo não obrigatório, genérico, flexível, *soft*. (...) Na doutrina encontram-se várias categorias de *soft law*, são elas basicamente: a) normas jurídicas obrigatórias dotadas de conteúdo impreciso, vago, genérico; b) atos produzidos pelos Estados de caráter não obrigatórios, tais como as declarações de política; c) são ainda tidas como *soft law* as resoluções, decisões ou outros instrumentos produzidos pelos órgãos das organizações internacionais. (OLIVEIRA; BERTOLDI, 2012, p. 6268 e 6274).

⁹⁸ Neste ponto, vale mencionar ensinamento do Professor e Ministro Luis Roberto Barroso, que afirma ser “desejável que a Constituição reserve o vocábulo direito a situações que se caracterizam por sua pronta exigibilidade, correspondente a um dever jurídico, realizável por prestações positivas ou negativas” (2012, p.70).

A despeito de não poder ser encontrado de forma textual na Constituição Federal de 1988, a tutela do direito ao acesso à água pode ser extraída a partir da leitura de outras garantias que lhe são intrinsecamente relacionadas e estão presentes em todo o texto constitucional, afinal não há como garantir os direitos à vida (art. 5º), à saúde (art. 6º) e à sadia qualidade de vida (art. 225), sem a garantia ao acesso à água (SARLET, 2003; AITH; ROTHBARTH, 2015).

3.2 O TRATAMENTO JURÍDICO DADO À ÁGUA NO DIREITO BRASILEIRO

Na presente seção será apresentada uma revisão das leis que trataram especificamente de recursos hídricos antes do advento da Política Nacional de Recursos Hídricos, bem como o tratamento que lhe é conferido pela Constituição Federal de 1988.

3.2.1 ORIGENS

O primeiro diploma legal que permitiu ao poder público disciplinar o aproveitamento da água em suas potencialidades hidráulicas e industriais foi o Código de Águas de 1934, instituído pelo Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, alterando a concepção até então vigente de que a água era um recurso natural ilimitado que servia a interesses privados (DRUMMOND; BARROS-PLATIAU, 2006; MILARÉ, 2015).

O Código de Águas foi aprovado dentro de um contexto de um governo centralizador, o que explica a tomada do controle de gestão dos recursos hídricos pelo Estado para exploração de suas potencialidades econômicas, partindo da premissa de que a água é elemento fundamental para o desenvolvimento (DRUMMOND; BARROS-PLATIAU, 2006). A água deixa de ser vista como recurso inesgotável, passando a assumir um caráter de bem público⁹⁹, o Estado, portanto, ao mesmo tempo em que reconhece seu potencial industrial – principalmente para a geração de energia elétrica – resguarda a possibilidade de intervenção governamental com a finalidade de garantir a qualidade dos recursos hídricos (ANTUNES, 2016).

⁹⁹ O Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, classifica as águas em públicas (arts. 1º a 6º), comuns (art. 7º) e particulares (art. 8º).

Ainda assim, o texto em questão foi concebido com um cunho privatista, haja vista seu propósito de disciplinar o uso comercial da água. Tal tratamento de natureza privatista conferido à água pela legislação permaneceu em vigor na legislação até o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual veio a instituir a Política Nacional do Meio Ambiente (MILARÉ, 2015).

Não se deve deixar de se mencionar que os conceitos que norteiam a tutela do bem ambiental são muito recentes no Direito, sendo possível afirmar que seu surgimento se deu com os movimentos civis dos anos de 1960 que, somados a uma série de eventos naturais nunca antes observados e ocorridos na mesma época, caracterizaram uma crise ecológica¹⁰⁰. Por conseguinte, os valores ecológicos tiveram sua origem a partir de uma preocupação da sociedade diante das consequências da atividade humana sobre a natureza para, em um momento posterior, serem “juridicizados” dando origem ao Direito Ambiental¹⁰¹ (SARLET, 2014).

O novo espaço político que passou a ser reivindicado e ocupado pela sociedade civil organizada encontra respaldo na própria reformulação do modelo democrático vigente até então (ao menos, em parte) no mundo ocidental, com o objetivo de estabelecer mecanismos mais diretos de participação política. As diversas entidades ambientalistas criadas desde a Década de 1960 proporcionaram a “oxigenação” do espaço político, com o propósito de que os valores ecológicos por elas defendidos fossem levados em consideração nas decisões políticas e práticas econômicas. As novas formas de ação direta que sempre caracterizaram as entidades ambientalistas (inclusive com o recurso a práticas de desobediência civil), por meio de protestos e campanhas específicas (contra testes nucleares, caças às baleias, lixo tóxico, poluição dos mares, entre outros temas), com forte utilização do espaço midiático e mobilização da opinião pública, estabeleceram um novo parâmetro de articulação da sociedade civil e impactaram o espaço político, o que, mais tarde, também refletiu na consagração jurídica dos valores e direitos ecológicos. (SARLET, 2014, p. 68)

Diante do demonstrado, a Lei nº 6.938/81 pode ser considerada um marco no que se refere à introdução de tais valores ecológicos no Direito brasileiro, uma vez que, até então, a

¹⁰⁰ “A maior atenção a questões de meio ambiente nessas sociedades deu-se por diversos motivos, entre os quais uma série de acidentes ecológicos de grandes proporções (como o caso de intoxicação por mercúrio de pescadores e suas famílias em Minamata, no Japão, entre os anos 50 e 70 – que provocou revolta na opinião pública com a ampla divulgação mundial das extraordinárias e dramáticas fotos de W. Eugene Smith – ou os danos causados nas costas inglesa e francesa pelo naufrágio do petroleiro “Torrey Canyon”, em 1967) e denúncias de membros das comunidades científica e acadêmica” (LAGO, 2007, p. 29)

¹⁰¹ A Conferência de Estocolmo é considerada o principal marco que iniciou os debates dos temas ambientais no Direito Internacional (MILARÉ, 2015). “A maioria dos autores considera que as principais conquistas da Conferência de Estocolmo – independentemente dos êxitos ou derrotas de países específicos ou de grupos negociadores – teriam sido as seguintes: a entrada definitiva do tema ambiental na agenda multilateral e a determinação das prioridades das futuras negociações sobre meio ambiente; a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (UNEP, pelas iniciais em inglês); o estímulo à criação de órgãos nacionais dedicados à questão de meio ambiente em dezenas de países que ainda não os tinham; o fortalecimento das organizações não-governamentais e a maior participação da sociedade civil nas questões ambientais” (LAGO, 2007, p. 48).

proteção dos recursos naturais era tratada por dispositivos isolados e sem um claro propósito ecológico¹⁰².

A legislação de proteção aos bens ambientais era, desta feita, segmentada, fazendo com que a proteção do meio ambiente fosse vista como a junção da vida humana e natural e não como algo intrínseca e inerentemente conectado (SARLET, 2014; AMORIM, 2015). O Ministro Antônio Herman Benjamin, ao tratar do tema, vai além e assevera que a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente deu “início à fase holística, na qual o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico)”. (1999, p. 52).

Uma das principais contribuições da Lei nº 6.938/81 e que vale ser destacada para os fins do presente trabalho é percepção de que a gestão do meio ambiente – por suas próprias características - deve ser realizada de forma coletiva, através de decisões tomadas de forma colegiada visando conjugar e traduzir os múltiplos interesses envolvidos na questão. O reconhecimento da importância de tal colegialidade pode ser dimensionado com a criação do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente¹⁰³, que constitui um importante fórum de debate entre o governo e a sociedade e que teve papel proeminente na regulamentação das normas de direito ambiental (SARLET, 2014).

A Constituição de 1988, como já mencionado anteriormente, não estabeleceu o acesso à água como um direito humano fundamental, contudo trouxe em seu texto as bases para a proteção jurídica das águas ao tutelar os direitos humanos e incluir de forma expressa em seu texto a proteção do meio ambiente e dos recursos hídricos (AITH; ROTHBARTH, 2015).

¹⁰² Há que se recordar que a preocupação com a questão ambiental teve como marco inicial a Convenção de Estocolmo, em 1972, dessa forma, o conceito de ecologia e o necessário tratamento holístico que a matéria requer foram sendo desenvolvidos nos últimos quarenta anos.

¹⁰³ A redação original do art. 7º da Lei nº 6.938/80:

“Art. 7º - É criado o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, cuja composição, organização, competência e funcionamento serão estabelecidos, em regulamento, pelo Poder Executivo.

Parágrafo único - Integrarão, também, o CONAMA:

a) representantes dos Governos dos Estados, indicados de acordo com o estabelecido em regulamento, podendo ser adotado um critério de delegação por regiões, com indicação alternativa do representante comum, garantida sempre a participação de um representante dos Estados em cujo território haja área crítica de poluição, assim considerada por decreto federal;

b) Presidentes das Confederações Nacionais da Indústria, da Agricultura e do Comércio, bem como das Confederações Nacionais dos Trabalhadores na Indústria, na Agricultura e no Comércio;

c) Presidentes da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza;

d) dois representantes de Associações legalmente constituídas para a defesa dos recursos naturais e de combate à poluição, a serem nomeados pelo Presidente da República.”

Desta forma, a partir de uma leitura do texto constitucional à luz do princípio da unidade da Constituição, visando a efetividade das normas nele contidas, a ampla proteção jurídica das águas pode ser extraída da expressa tutela da dignidade, da vida, da alimentação, da saúde (CASTRO, 2010).

O acesso à água potável, a coleta e o tratamento de esgotos, a gestão responsável dos recursos hídricos pelo Estado, a preservação das nascentes, dentre outros direitos, representam uma extensão natural desses direitos e garantias fundamentais reconhecidos expressamente pela CF 88. (AITH; ROTHBARTH, 2015, p. 166)

3.2.2 A ÁGUA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de examinarmos o tratamento jurídico dado à água na Constituição Federal de 1988, faz-se importante abordarmos dois aspectos: (i) a utilização do termo água e (ii) o contexto de promulgação da Carta de 1988.

Quanto ao uso dos termos “água” e “recursos hídricos”, há na doutrina quem apresente resistência quanto ao seu emprego de forma fungível, valendo, neste sentido, citar Cid Tomanik Pompeu que identifica a água como o elemento natural *per se*, ou seja, quando não há qualquer aproveitamento em alguma atividade humana, enquanto recursos hídricos é a expressão a ser utilizada para a água enquanto bem econômico (POMPEU *apud* FLORES, 2011)

Paulo de Bessa Antunes, por sua vez, menciona as distintas compreensões que podem ser aplicadas à água, bem jurídico de propriedade do Estado ou fonte geradora de recursos (ANTUNES, 2016, p. 1284).

O mencionado autor destaca que a Constituição de 1988, como as anteriores, trouxe dispositivos que abordam expressamente questões relacionadas à água, sendo relevante notar a mudança de concepção ao tratamento dado a tal bem. A Carta de 1988 caracteriza a água como um importante bem econômico ao mesmo tempo que resguarda sua natureza pública, alterando a dinâmica até então existente de liberdade de sua apropriação por grandes consumidores, além disso, pode-se extrair do texto constitucional a percepção de que os rios devem ser vistos e tratados a partir do conceito de bacia hidrográfica (ANTUNES, 2016, p. 1289).

Neste ponto, há que se reconhecer a versatilidade da água enquanto bem ambiental e suas peculiaridades.

Por sua vez, a água não é como os demais recursos naturais da Terra, nem somente uma matéria-prima. Ela é primordialmente um bem ambiental e pode se tornar um bem econômico. É a única matéria-prima ambiental cuja utilização tem um efeito de retorno sobre o manancial utilizado. Desta forma, a gestão dos recursos hídricos – água de chuva, rios, subterrâneas e de reuso não-potável no meio urbano, nas indústrias e na agricultura, principalmente – deve considerar o uso cada vez mais eficiente da água disponível, ou seja, a obtenção de cada vez mais benefícios com o uso de cada vez menos água e proteção da sua qualidade. (REBOUÇAS, 2001, p. 328)

A Carta de 1988 traz em seu texto referências tanto a “água” quanto a “recursos hídricos”, desta forma, adota-se entendimento semelhante ao da autora Maria Luiza Machado Granziera, a qual afirma inexistir distinção entre os conceitos água e recursos hídricos, uma vez que a própria legislação não faz expressamente tal diferenciação (GRANZIEIRA *apud* FLORES).

Após demonstrado que o presente trabalho se utiliza dos termos águas e recursos hídricos de forma fungível, passaremos ao contexto histórico de aprovação da Constituição de 1988.

Como mencionado anteriormente, a preocupação ecológica surgiu a partir de uma atuação da sociedade cobrando, a partir dos anos de 1960, uma mudança de paradigma com base em desastres ambientais experimentados.

No que se refere especificamente à questão ambiental e ao tratamento jurídico dado à água, é importante destacar que as circunstâncias de aprovação da Constituição de 1988 coincidiram com dois fatores importantes: (i) o fortalecimento dos movimentos sociais¹⁰⁴ e (ii) a instituição pela ONU da década da água¹⁰⁵.

A mobilização democrática que antecedeu à confecção do texto constitucional foi influenciada pela intensificação da participação da sociedade por meio de uma atuação extra institucional e por uma crescente preocupação com os bens ambientais, circunstância em que se insere a tutela da água.

Desta forma, a Carta de 1988 se preocupa em disciplinar não somente a titularidade do bem, mas também a competência legislativa para a elaboração de leis e, conseqüentemente,

¹⁰⁴ Vale citar, para melhor compreensão, as palavras da autora Maria da Glória Gohn: “O fato inegável é que os movimentos sociais dos anos 1970/1980, no Brasil, contribuíram decisivamente, via demandas e pressões organizadas, para a conquista de vários direitos sociais, que foram inscritos em leis na nova Constituição Federal de 1988.”(2011, p. 342)

¹⁰⁵ “A década de 1980 foi extremamente importante no processo de afirmação histórica do direito à água. Intitulada pelas Nações Unidas como ‘Década da Água Potável’ o período compreendido entre 1981 e 1990 foi o início de uma conscientização a respeito dos efeitos da poluição e do desperdício de água sobre o bem-estar do homem, sobretudo para os países menos desenvolvidos (Kaufman, 2012).” (AITH; ROTHBARTH, 2015, p. 164)

de políticas. Conforme se verá a seguir, a água é um bem público pertencente a pessoas de direito público interno¹⁰⁶

O art. 20 da Constituição Federal de 1988 afirma serem bens da União “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”¹⁰⁷¹⁰⁸. Há que se mencionar, ainda, o art. 176 da CRFB/88 que reserva à União a propriedade sobre potenciais hidráulicos¹⁰⁹.

O art. 26 da Constituição Federal dispõe sobre os bens dos Estados, sendo pertinente citar para os propósitos deste trabalho os incisos I, II e III, vejamos: (i) as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (ii) as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; e (iii) as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União.

¹⁰⁶ Para AITH e ROTHBARTH, considerando o disposto no Código Civil Brasileiro (arts. 99 a 103), que distingue os bens públicos em três tipos de uso (uso comum do povo, uso especial e dominicais), o uso das águas “pode ser classificado conforme a finalidade e o modelo de gestão estatal que se dê. Em qualquer caso, no entanto, a proteção da água para consumo humano e animal, bem como o acesso à água potável para subsistência são determinantes sobre a gestão dos recursos hídricos no Brasil e condicionantes do uso da água no país”.(2015, p. 168).

¹⁰⁷ Art. 20, inciso III, CRFB/88.

¹⁰⁸ O art. 20 da CRFB/88, em seus incisos IVV e VI, trazem outros bens da União diretamente relacionados à água, mas que fogem ao escopo do presente trabalho. São eles: inciso IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; inciso V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; e inciso VI - o mar territorial.

¹⁰⁹ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

A competência legislativa sobre águas é privativamente exercida pela União, por força do art. 22, inciso IV¹¹⁰, cabendo destacar que também compete à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos¹¹¹.

O art. 23 da Constituição Federal trata de competências administrativas comuns entre todos os entes federativos, valendo destacar o inciso XI: “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

No que se refere às competências a serem exercidas por cada um dos entes, a Constituição Federal fez a distinção entre competências administrativas e legislativas, as quais, contudo estão intrinsecamente relacionadas considerando que para o desempenho de competências administrativas faz-se necessária a possibilidade de elaboração de normas que possibilitem tal exercício (ANTUNES, 2016; MOREIRA NETO, 2006).

Quanto à gestão e tutela da água na Constituição Federal, deve-se ter em mente o comando contido no art. 225, o qual afirma que é direito de todos o acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, cujo gozo deve ser garantido às presentes e futuras gerações¹¹².

¹¹⁰ Art. 22, inciso IV da Constituição Federal de 1988: “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”. Dessa forma, juntamente com a competência para legislar sobre águas, há a previsão da competência a respeito da legislação sobre energia, matérias que se relacionam intrinsecamente, afinal, como já mencionado a primeira legislação a disciplinar o uso da água (o Código de águas) teve como principal força motriz o desenvolvimento econômico por meio da exploração dos potenciais hidráulicos para geração de energia.

¹¹¹ Art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988: “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”.

¹¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético,

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção,

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade,

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A partir de tal enunciação, podemos compreender que, a despeito da natureza de bem público, o compartilhamento de responsabilidades entre o poder público e a sociedade na defesa dos bem ambientais – no caso, a água – tanto para as presentes quanto para as futuras gerações, confere-lhe uma natureza que transcende a simples classificação como bem público, demandando uma nova postura política e jurídica do Estado e também da sociedade civil (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014).

(...) há a necessidade de transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, em vista de contemplar o novo papel que o Estado e a sociedade desempenham no âmbito do Estado Socioambiental de Direito. Deve-se projetar uma nova postura política (e também jurídica) para a sociedade civil, que, especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o Estado (não obstante em menor intensidade) a carga de responsabilidades e deveres de tutela do ambiente para as gerações presentes e futuras. O comando constitucional expresso no art. 225, *caput*, da CF/88, tem especial relevância, pois traz justamente a ideia de responsabilidades e encargos sociais compartilhados entre Estado e sociedade, quando subscreve que se impõem ao “Poder Público e à coletividade o dever” de defender e proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações, destacando que os deveres de proteção e promoção do ambiente, para além do Estado, são atribuídos agora também aos particulares. (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, p. 57).

3.2.3 A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Conforme mencionado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, juntamente com os direitos à separação de poderes e à democracia, possui enorme relevância na esfera internacional e no cenário brasileiro, gerando não somente um dever de defesa e proteção ao Estado, mas exigindo uma postura ativa também da coletividade, em prol de sua efetivação.

Objetos de proteção de tratados internacionais e positivados como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, tais direitos possuem nuances que exigem uma

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

breve compreensão da disciplina dos direitos fundamentais, cujo elenco, ao longo da história, foi significativamente ampliado, formando-se uma categoria jurídica complexa, na qual estão inseridos direitos individuais, políticos, sociais e coletivos.

No âmbito terminológico, em que pese a ausência de consenso doutrinário, a expressão “direitos fundamentais” costuma ser utilizada para designar os direitos humanos positivados em determinada ordem constitucional, entendidos estes, em apartada síntese, como o conjunto de valores reconhecidos no âmbito do direito internacional (SARLET, 2016, p. 36)¹¹³.

A positivação dos direitos fundamentais é resultado de uma evolução histórica, tendo especial protagonismo o século XVIII, com o desenvolvimento do Iluminismo e das teorias de valorização do homem e da primazia do indivíduo sobre o Estado (BOBBIO, 2004). Com a forte influência das ideias sobre os principais movimentos liberais do final do século, a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tornaram-se marcos, como primeiras declarações de reconhecimento de direitos fundamentais (SARLET, 2016, p. 51).

Com evolução histórica verificada na proteção aos direitos fundamentais, outra questão atinente ao tema é sobre a existência de gerações de direitos¹¹⁴. Em breves linhas, os direitos de primeira geração desenvolvem-se sob a perspectiva da teoria contratualista de igualdade formal e do homem individualmente considerado, abarcando, com isso, as liberdades individuais, ou seja, direitos individuais e políticos, que traçam uma esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado.

Entretanto, diante de um cenário de crescente desigualdade social e de insuficiência do ideal abstencionista do Estado, nos direitos de segunda geração encontram-se os direitos

¹¹³ Ingo Wolfgang Sarlet destaca a distinção entre “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, consignando que os primeiros são sinônimos de direitos naturais, não positivados na ordem jurídica, mas considerados inerentes à natureza humana. A seu turno, os direitos humanos referem-se a posições jurídicas reconhecidas pelo direito internacional ao ser humano, para todos os povos e tempos, revelando um caráter supranacional. Por fim, observa que os direitos fundamentais são também direitos humanos, na medida em que seu titular será sempre o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (2016, p. 36). José Afonso da Silva segue a mesma linha, ressaltando a distinção entre os direitos naturais, inatos ao ser humano por ostentar tal condição, e os direitos humanos, pois estes são positivados em normas de direito internacional, sendo no direito positivo que se encontra fundamento de proteção. Nesse viés, entende que a expressão “direitos fundamentais do homem” é a mais adequada para designar o que se denomina por “direitos fundamentais” (2012, p. 176).

¹¹⁴ A respeito do termos “gerações de direitos fundamentais”, vale trazer recorte feito por Ingo Sarlet: “Costuma-se, nesse contexto marcado por uma autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos humanos e fundamentais, falar da existência do que Karel Vasak, quando de sua aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, optou por designar de gerações de direitos humanos (e fundamentais), inspirando-se na famosa tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, à qual corresponderiam três gerações de direitos humanos e fundamentais. A partir de então não faltaram defensores da existência, ao longo do tempo, de novas gerações de direitos, agregando uma quarta, mas até mesmo uma quinta e sexta gerações.” (2016, p. 500).

sociais, que exigem prestações positivas do poder público para garantia da igualdade material¹¹⁵.

Por sua vez, nos direitos de terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, caracterizados por uma titularidade indefinida e indeterminável (SARLET, 2016, p. 504). Podem, com isso, ser elencados o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz e ao desenvolvimento.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 200-201) destaca a posição de uma parcela da doutrina, como Paulo Bonavides e Norberto Bobbio, que entendem pela existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, na qual estariam compreendidos o direito à democracia e ao desenvolvimento¹¹⁶. No entanto, a posição majoritária entende que os chamados novos direitos são apenas os antigos, ainda que adaptados à nova realidade e às novas exigências do momento (MENDES; BRANCO, 2011, p. 156).

Evidencia-se, com isso, que a distinção entre gerações é estabelecida apenas para fins didáticos, visando a situar os diferentes momentos em que os grupos de direitos foram positivados na ordem jurídica (BARROSO, 2013). Não são, com isso, suplantados os direitos de uma geração pelo advento de outra, havendo um caráter de complementariedade, e não de alternância.

Ingo Sarlet, nessa seara, destaca a preferência de parte da doutrina pelo termo “dimensões”, a fim de não se conduzir a um equivocado entendimento de substituição de direitos, e sim ao de permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento destes.

Assim sendo, adeptos da teoria dimensional dos direitos fundamentais não apontam apenas para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirmam, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (SARLET, 2016, p.501)

¹¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet problematiza a questão, afirmando que os direitos de segunda geração não consistirão somente em prestações positivas, abarcando também as liberdades sociais que consistem “a posições jurídicas que buscam assegurar a não intervenção do Estado e mesmo de atores privados em determinados domínios, representando, ademais, liberdades negativas e positivas” (2016, p.503). Para o referido autor, consistem, portanto, em liberdades instrumentais que se prestam a conquista a outros direitos como, por exemplo, a participação em prestações de justiça social (SARLET, 2016, p. 503).

¹¹⁶ Ingo Sarlet destaca que alguns autores consideram que a quarta dimensão seria integrada “pelo direito à democracia direta, bem como pelos direitos à informação e ao pluralismo” (SARLET, 2016, p.506).

Nessa linha, Bresser-Pereira¹¹⁷ destaca que, entre os interesses de terceira geração, alguns novos direitos vão ganhando especificidades, à medida que apresentam a possibilidade de serem positivados como direitos difusos ou, em sua terminologia, direitos republicanos, entre eles, o direito ao patrimônio ambiental, o direito ao patrimônio histórico-cultural e o direito ao patrimônio econômico público, ou seja, à res publica estrito senso ou “coisa pública”.

Relacionados com o processo de democratização global e à visão de democracia como valor universal, os mesmos precisariam não somente de proteção do Estado, mas também de proteção frente ao Estado, na medida em que a cultura patrimonialista provoca confusões entre o patrimônio público, do Estado, com interesses corporativistas.

Defende-se, dessa forma, a importância do reconhecimento aos direitos socioambientais da mesma carga normativa dos direitos sociais, ditos de segunda geração, considerando sua intrínseca relação¹¹⁸ e o estágio avançado que se encontram tanto a doutrina quanto a jurisprudência no que se refere a utilização de instrumentos para combater sua baixa efetividade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 60).

Nesse contexto, consoante os termos do art. 225 da CRFB/88, tal responsabilidade é dividida ente o Poder Público e os atores privados. Porém, diante da dimensão global da crise ambiental e do crescimento da consciência política e ambiental, o caráter participativo de tal direito resta cada vez mais evidente, sendo a importância da efetivação de políticas públicas que propiciem sua expansão cada vez mais reconhecida.

Portanto, é importante reconhecer o caráter democrático do acesso à água de forma a corrigir erros históricos na política e na gestão de recursos hídricos, como alerta José Esteban Castro:

As políticas e a gestão dos recursos hídricos raramente são transparentes para os cidadãos; são, em grande parte, *unaccountable*, e tendem a ser abertamente autoritárias e de cima para baixo. Atualmente não há mecanismos eficazes que permitam aos cidadãos comuns exercer um controle democrático sobre essas atividades. (CASTRO, 2016, p. 62)

¹¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e Res Publica: A Emergência dos Direitos Republicanos. Revista de Filosofia Política - Nova Série, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Filosofia, vol.1, 1997: 99-144.

¹¹⁸ SARLET e FENSTERSEIFER exemplificam tal conexão citando a indissociável relação entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à saúde (2014, p. 61)

3.3.5 O CARÁTER DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

O comando contido no art. 225 da CRFB/88 deixa clara a ideia de compartilhamento tanto das responsabilidades quanto dos encargos ambientais entre o poder público e a coletividade, e, também, entre as presentes e futuras gerações, o que requer, como defendem Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, a construção de um novo pacto socioambiental (2014, p. 57).

Esse novo pacto demanda uma postura mais ativa e participativa dos particulares construindo uma noção de cidadania ambiental, ou seja, a formação de uma consciência dos direitos ambientais e o exercício de deveres correlacionados à proteção dos bens ambientais¹¹⁹.

Não há consenso doutrinário no que se refere à melhor forma de definir cidadania ambiental (LENZI, 2016), contudo podem-se traçar algumas características que delineiam a definição de cidadania ambiental: (i) cidadão ambientais celebram um compromisso com o bem comum; e (ii) a cidadania ambiental envolve a noção de que direitos ambientais necessariamente implicam em responsabilidades ambientais (DOBSON, 2007).

O bem comum que a cidadania ambiental demanda transcende os limites de um Estado-nação, requerendo a consciência de uma responsabilidade universal e um compromisso global. Neste sentido, vale reconhecer a importância de respeitar a Terra e a vida em toda sua diversidade; cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor; construir sociedades democráticas que sejam justas, participativas, sustentáveis e pacíficas; e garantir as dádivas e a beleza da Terra para as atuais e as futuras gerações¹²⁰.

Tal descrição alinha-se à teoria de democracia participativa (ecológica) de Paulo Bonavides, para quem a mesma é um direito fundamental de quarta dimensão, que visa a assegurar a participação de todos os cidadãos, locais ou globais, nos processos decisórios (BONAVIDES, 2010).

No âmbito dos direitos ambientais, independentemente da posição que se adote – como direitos de terceira ou quarta geração – a participação popular deve ser protegida pelo Estado e também por ele fomentada, por meio de instituições e procedimentos adequados.

¹¹⁹ Coordena-se aqui a noção simplista de cidadania trazida por BENEVIDES, no sentido de consciência e fruição de direitos (BENEVIDES, 1994), com os princípios contidos na Carta da Terra, documento que é resultado de uma década de diálogo intercultural, em torno de objetivos comuns e valores compartilhados, fruto de um projeto que começou como uma iniciativa das Nações Unidas, mas se desenvolveu e finalizou como uma iniciativa global da sociedade civil. (Disponível em: <http://ambientalsustentavel.org/2011/o-que-e-a-carta-da-terra/>)

¹²⁰ Princípios dispostos no primeiro capítulo da Carta da Terra. Disponível em http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/carta_terra.pdf. Acesso em 20.08.2017.

Nessa linha, o professor Paulo de Bessa Antunes consigna que o princípio democrático é a base do direito ambiental, que tem como uma de suas principais origens os movimentos reivindicatórios dos cidadãos (2016, p. 26). Nesse contexto, tal princípio assegura aos cidadãos o direito de participar na elaboração de políticas públicas de caráter ambiental e de ter acesso a informações de órgãos públicos quando se tratar de questões relacionadas à defesa do meio ambiente (ANTUNES, 2016, p. 27).

No sistema constitucional brasileiro, tal participação faz-se por várias maneiras diferentes, das quais merecem destaque:

- (i) O dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente;
- (ii) O direito de opinar sobre políticas públicas, por meio de:
 - (a) Participação em audiências públicas, integrando órgãos colegiados, etc;
 - (b) Participação mediante a utilização de mecanismo judiciais e administrativos de controle dos diferentes atos praticados pelo Executivo, tais como as ações populares, as representações e outros;
 - (c) As iniciativas legislativas que podem ser patrocinadas pelos cidadãos. A materialização do princípio democrático faz-se por meio dos diversos instrumentos processuais e procedimentais.

(ANTUNES, 2016, p; 27)

Tiago Fensterseifer alerta que o caráter participativo do direito ambiental apresenta uma natureza dupla de direito e dever fundamental, cabendo, portanto, a Estado disponibilizar ao cidadão instrumentos para o exercício de tal direito fundamental, como parte do exercício de uma cidadania ambiental (2010).

(...) incumbe ao Estado, por sua vez, à luz da perspectiva organizacional e procedimental do direito fundamental ao ambiente, criar instituições e procedimentos administrativos e judiciais adequados a viabilizar a participação popular nas estruturas estatais, a fim de possibilitar e potencializar a intervenção e o controle popular na tomada de decisões políticas relativas ao ambiente. (FENSTERSEIFER, 2010, p. 123-124)

A cidadania ambiental é pressuposto para o alcance de uma democracia em termos ambientais, cuja concretização demanda que o poder público disponibilize instrumentos de participação, de informação ambiental, bem como de deliberação; tudo de forma a buscar a identificação da vontade popular a partir do debate e da consideração dos diversos interesses envolvidos, e não somente os interesses majoritários ou a decisões tomadas a partir de uma análise de custos e benefícios¹²¹.

Contextualizando a questão democrático-participativa ao objeto do presente trabalho, alguns pontos merecem ser mencionados, tais como o prévio conhecimento pelo Estado de São Paulo a respeito da necessidade de incremento da vazão do Sistema Cantareira, optando – de

¹²¹ O assunto a respeito de democracia deliberativa em matéria ambiental foi melhor tratado no item 2.4.

forma inesperada – pela utilização de águas da bacia do rio Paraíba do Sul sob uma análise de custo/benefício¹²² (RIBEIRO, 2014); a dependência da população metropolitana do Estado do Rio de Janeiro das águas do rio Paraíba do Sul; a existência de uma política pública que estabelece um *locus* de debate para alcance da melhor decisão ambiental possível, qual seja, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos por meio da construção de consensos; e, por fim, a decisão do STF que, à despeito de buscar o incremento da legitimidade democrática por meio da realização de um acordo entre os interessados¹²³, deixou de observar o *iter* procedimental previamente estabelecido e o amadurecimento dos debates no foro adequado, como previsto pela PNRH, que adota a democracia deliberativa como modelo para decisões em matéria de recursos hídricos.

3.3. A POLÍTICA NACIONAL DE GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS (LEI Nº 9.433/97)

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio da participação direta do cidadão nas escolhas públicas como forma de incrementar a democracia e aumentar a legitimidade das decisões proferidas pelos governantes (PIRES, 2000). Nesse contexto, a PNRH vem ao encontro dos anseios dos movimentos sociais que estavam fortalecidos do processo de redemocratização e às diretrizes adotadas pela ONU a respeito da gestão e do uso da água e o incremento da participação¹²⁴.

¹²² “Embora esta possibilidade estivesse sendo considerada – e discutida – em estudos de planejamento iniciados em 2008, as alternativas de transposição envolvendo a Bacia do Paraíba do Sul não eram as mais pontuadas na hierarquização definida. Por outro lado, representantes do GESP, no âmbito do Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (CEIVAP), sinalizaram em diversas ocasiões em 2011 e 2012 que qualquer proposta de transposição seria prévia e amplamente discutida no contexto da gestão compartilhada da Bacia do Paraíba do Sul.” (JOHNSON *et al*, 2015, p. 50)

¹²³ ANA, as secretarias de Estado e órgãos gestores encarregados do tema água de MG, RJ e SP e o CEIVAP e sua agência de bacia, a AGEVAP (JOHNSON *et al*, 2015, p.50).

¹²⁴ “Concorrendo com a influência do "novo gerencialismo público" nas políticas públicas, existe uma tentativa, em vários países do mundo em desenvolvimento, de implementar políticas públicas de caráter participativo. Impulsionadas, por um lado, pelas propostas dos organismos multilaterais e, por outro, por alguns partidos políticos, como é o caso do PT no Brasil, várias experiências têm sido desenhadas visando à inserção de grupos sociais e/ou de interesses na formulação e acompanhamento de políticas públicas, principalmente nas políticas sociais.” (SOUZA, 2003, p. 10)

A PNRH consiste em uma política pública de caráter regulatório¹²⁵, que veio para solucionar um problema público específico¹²⁶, qual seja, a instituição de mecanismos de gestão compartilhada de recursos hídricos e de locais para a busca de consensos por meio do exercício da democracia deliberativa.

A participação democrática, neste sentido, é um dos fundamentos da PNRH, havendo que se reconhecer a necessidade de observação do processo democrático tanto no momento da tomada de decisão (recorde-se que a gestão é participativa) quanto na implementação da política pública com a participação dos atores envolvidos.¹²⁷

3.3.1 ORIGENS

A Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, teve origem no Projeto de Lei nº 2.249/1991 (“PL 2.249/91”), inicialmente elaborado por um grupo de trabalho instituído por meio do Decreto 99.400/1990 composto por representantes dos Ministérios da Marinha, das Relações Exteriores, da Saúde, da Economia, Fazenda e Planejamento, da Agricultura e Reforma Agrária, da Infraestrutura e da Ação Social, e, das Secretarias da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente, do Desenvolvimento Regional e de Assuntos Estratégicos¹²⁸.

¹²⁵ SECCHI afirma que políticas regulatórias estabelecem padrões de comportamento, serviço ou produto, e se desenvolvem em uma dinâmica pluralista, na qual se verifica que a capacidade de aprovação de uma política é proporcional à relação de forças dos atores e interesses na sociedade (2013, p. 25)

¹²⁶ Na classificação de Gustafsson, trata-se de uma política pública real, ou seja, aquela que pé formulada para resolver um problema público com o conhecimento para resolvê-lo. (SECCHI, 2013, p. 29)

¹²⁷ Tais fases referem-se ao ciclo de políticas públicas: identificação do problema, formação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção. (SECCHI, 2013, p. 43).

¹²⁸ Art. 1º É instituído Grupo de Trabalho, sob a coordenação da Secretaria de Assuntos Estratégicos, para, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da reunião de instalação:

I - estudar o gerenciamento e a administração dos recursos hídricos, em nível nacional, no que se refere ao uso, conservação, proteção e controle da água; e

II - propor medidas visando ao estabelecimento da Política Nacional de Recursos Hídricos e a instituição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Art. 2º O Grupo de Trabalho é composto por representantes dos Ministérios da Marinha, das Relações Exteriores, da Saúde, da Economia, Fazenda e Planejamento, da Agricultura e Reforma Agrária, da InfraEstrutura e da Ação Social, e, das Secretarias da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente, do Desenvolvimento Regional e de Assuntos Estratégicos.

Parágrafo único. Os representantes serão designados pelos titulares dos Ministérios e Secretarias no prazo de dez dias, contados da publicação deste Decreto.

Art. 3º A Secretaria de Assuntos Estratégicos solicitará, quando necessário, a colaboração de órgãos ou entidades da administração federal, das Unidades da Federação e da sociedade para a realização dos trabalhos.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Até o advento da Lei nº 9.433/97, o uso da água era disciplinado pelo Código de Águas que já não mais atendia as necessidades da dinâmica social do Brasil que, com o aumento da população, a industrialização e a urbanização intensiva, promoveram uma intensificação da pressão sobre os recursos hídricos disponíveis, em especial em razão do aumento da demanda para uso e consumo e o surgimento de novos usos.¹²⁹

Desde o início dos anos de 1980, vários segmentos da sociedade se preocupavam em debater e encontrar uma forma de gestão mais adequada para o emprego dos recursos hídricos de forma a proteger o bem em questão e, ao mesmo tempo, atender às demandas nacionais e regionais por meio da realização de uma série de eventos e estudos cuja finalidade era a difusão do conhecimento e de experiências visando a elaboração de uma política adequada para a gestão dos recursos hídricos¹³⁰.

A despeito de o grupo de trabalho instituído para elaboração do PL 2.249/91 ter sido composto somente por representantes de órgãos públicos, houve a preocupação de se ouvir representantes de outros setores, visando apresentar uma minuta que corporificasse o pensamento nacional a respeito do tema.¹³¹

¹²⁹ Conforme se verifica nos autos do processo de aprovação do Projeto de Lei nº 2.249/91. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=201443>

¹³⁰ “Nos últimos anos dez anos, a necessidade de formulação de uma política nacional de recursos hídricos e de alteração da modalidade vigente de seu gerenciamento sensibilizou vários segmentos da nossa sociedade. Diversas iniciativas visando a estudar e debater a questão e a encaminhar seu equacionamento foram realizadas. Marcos significativos desse processo foram o Seminário Internacional sobre a Gestão de Recursos Hídricos, promovido, em março de 1983, em Brasília, pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica DNAEE, pela então Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e pelo Comitê Especial de Estudos Integrados de Bacias Hidrográficas - CEEIBH, evento que contou com a presença de especialistas da França, Alemanha e Inglaterra; a Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados que, de setembro de 1983 a outubro de 1984, examinou a "utilização de recursos hídricos no Brasil", os Encontros Nacionais de Órgãos Gestores de Recursos Hídricos, realizados em São Paulo, Belo Horizonte, Salvador, Porto Velho, Brasília e Porto Alegre, nos anos de 1984 a 1986; o Grupo de Trabalho Interministerial criado pela Portaria nº 661, de 5 de junho de 1986, do Exmo. Sr. Ministro das Minas e Energia, que contou com representantes das Unidades da Federação; a atribuição de competência, a União para instituição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, pela Constituição Federal de 1988; a apresentação do Projeto de Lei nº 1.895, de 1989, de autoria do Deputado Koyo Iha; a Carta de Foz do Iguaçu sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, aprovada pela Assembléia Geral Ordinária da Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH, em 30 de novembro de 1989; o Seminário sobre Gerenciamento de Recursos Hídricos - A Necessidade de Articulação com a União e Estados Vizinhos, promovido, em maio de 1990, em São Paulo, pelo Instituto de Engenharia de São Paulo, o Sindicato dos Engenheiros do Estado de São Paulo, a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas ABAS, a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental - ABES, a Associação Brasileira de Irrigação e Drenagem – ABID e a Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH; e, por fim, o Grupo de Trabalho criado pelo Decreto nº 99.400, de 18 de julho de 1990, cujos resultados subsidiaram a elaboração do presente Projeto de Lei.” (Processo de aprovação do PL 2.249/1991, fls. 25). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=201443>.

¹³¹ “No desenrolar de suas atividades, diversos órgãos da administração federal e dos Estados apresentaram contribuições, dentre eles as Secretarias Nacionais de Vigilância Sanitária, de Irrigação e de Saneamento, o Departamento Nacional de Transportes Aquaviários - DNTA, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis IBAMA, a Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRAS, em seu nome e no de suas empresas controladas e coligadas, a Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará, a Secretaria

Ocorre que, ainda que fosse possível perceber avanços no projeto inicial, verificou-se (i) uma concentração de poder na mão de um colegiado nacional formado exclusivamente por representantes dos governos federal e estadual, (ii) uma limitação da participação popular, (iii) a previsão da organização baseada nos Comitês de Bacia sem deixar claro o papel que deveriam desempenhar; e (iv) não foi contemplada uma gestão participativa, concentrando o poder decisório das mãos do governo federal confrontando o princípio federativo e instrumentos de democracia participativa presentes na Carta de 1988.

Neste contexto, o então relator apresentou um primeiro substitutivo que se fundamentou no princípio de que a água é bem de todos e sua gestão deve ser igualmente compartilhada pelo poder público, pela sociedade e pelos usuários, com uma gestão descentralizada e incorporando a participação das esferas locais. O primeiro substitutivo apresentado buscou romper com a tradição burocrática de uma legislação uniforme para todo o país, permitindo maior flexibilidade e coerência na gestão dos recursos hídricos conforme as características de cada uma das regiões do Brasil.

O colegiado que antes era interministerial passa a ter natureza intersetorial, incluindo representantes da sociedade civil. Além disso, delega aos Comitês de Bacia os poderes para decidir a respeito de questões que lhe digam respeito, destacando que a relação dos Comitês de Bacia não é de subordinação com o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, mas sim de instância visando coordenar as ações conforme o espaço geográfico.

Na justificativa do primeiro substitutivo, o Deputado Fábio Feldmann, destacou que o sistema de gestão seria montado a partir dos Comitês de Bacia, em uma organização de baixo para cima, ou seja, partindo do local para o nacional, observando meios e características que reflitam “as diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das regiões e bacias hidrográficas brasileiras”¹³².

de InfraEstrutura e Desenvolvimento Urbano do Estado de Pernambuco, a Secretaria de Reforma Agrária e Recursos Hídricos do Estado da Bahia, a Fundação Superintendência Rios e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro Estadual de SERLA, a Superintendência dos Recursos Hídricos e Meio Ambiente do Estado do Paraná - SUREHMA, o Conselho de Recursos Hídricos do Estado do Rio Grande do Sul e o Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de Goiás - DAEE/GO. Entidades da comunidade técnica e científica e da sociedade civil colaboraram de forma marcante e fundamental, principalmente na fase inicial dos trabalhos, destacando-se das Empresas Estaduais de Saneamento Básico Associação Brasileira de Recursos Hídricos a Associação AESB, a ABRH, o Instituto de Engenharia de São Paulo, a Confederação Nacional da Indústria - CNI e a Federação das Indústrias de Brasília - FIBRA. Antes de encerrar suas atividades, o Grupo submeteu o resultado de seu trabalho à crítica de três consultores nacionais, de renome internacional, e de um consultor da Comissão Econômica para a América Latina CEPAL, órgão das Nações Unidas.” (Processo de aprovação do PL 2.249/1991, fls. 27). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=201443>.

¹³² Processo de aprovação do PL 2.249/1991, fls. 39.

Neste viés, reconheceu que a elaboração de uma Política Nacional é tão importante quanto o sistema de gestão:

Para poder ser implementado com sucesso, um sistema com essas características necessita de diretrizes precisas e de meios adequados. Nesse contexto, a formulação da Política assume importância maior do que a estruturação do Sistema. Na primeira são fixados o deve ser feito e o modo de fazê-lo; o segundo somente especifica quem tem competência para tal. Por esse motivo, em nosso substitutivo, a formulação da Política Nacional de Recursos Hídricos assumiu importância igual à da estruturação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. (PL 2.249/1991, p. 39)

Importante destacar que o primeiro substitutivo do projeto de lei se preocupou em abranger todo o ciclo hidrológico e definiu a bacia hidrográfica como unidade territorial para a implementação de política e para a atuação do sistema de gerenciamento, demandando uma constante coordenação entre Estados, Distrito Federal, Municípios e a União para atendimento das finalidades nacionais da gestão de recursos hídricos reforçando que o objetivo primordial da política é assegurar às presentes e futuras gerações a necessária disponibilidade de recursos hídricos, valendo-se, para tanto, de uma política consistente e de um planejamento de longo prazo.

Como fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos propomos, entre outros, a explicitação de alguns princípios óbvios, para os familiarizados com a problemática dos recursos hídricos, por decorrem das características intrínsecas desses recursos, ou de nosso ordenamento jurídico. Não reproduzimos os preceitos constitucionais. São propostos os seguintes fundamentos: a) a água é uma substância química essencial à vida; b) todos têm direito à água necessária à manutenção de sua vida; c) a água é um recurso natural indispensável ao bem-estar e à qualidade de vida da sociedade humana, e à manutenção dos ecossistemas; d) a água é um recurso natural limitado, cujo valor reflete seus usos múltiplos e sua escassez relativa; e) a água é um bem de domínio do Poder Público; f) o abastecimento humano é o uso prioritário dos recursos hídricos; h) distribuição equitativa de benefícios e custos por toda a sociedade; i) no uso de recursos hídricos, o interesse público prevalece sobre o privado, e o nacional sobre o regional e o local; j) o conhecimento do real estado dos recursos hídricos é um direito da sociedade; l) compensação financeira aos municípios que tenham áreas inundadas por reservatórios, ou sujeitas a restrições de uso em decorrência de leis de proteção de recursos hídricos; e m) cooperação com os países vizinhos na gestão das bacias hidrográficas compartilhadas. (PL 2.249/1991, p. 42)

No decorrer do processo de aprovação do PL 2.249/91, ficou claro o reconhecimento da importância da água e de seus múltiplos usos e funções, o que necessariamente implica em uma gestão complexa, dada a interdependência entre os corpos hídricos.

A água desloca-se no tempo e no espaço. Essa realidade, somada a seus múltiplos usos e funções, tomam sua gestão extremamente complexa. As intervenções nos corpos de água são sempre interdependentes, qualquer que seja sua finalidade e o domínio da água. Esta é uma só e provém de uma única fonte, o ciclo hidrológico. Nem sempre seus diversos usos podem ser compatibilizados. Uma barragem terá características distintas se sua finalidade for controle de cheias, abastecimento de populações, irrigação, melhoria de navegação, ou geração de energia elétrica. A água utilizada para diluir resíduos pode tornar-se imprópria para abastecimento; a derivada para irrigação pode faltar para a geração de energia elétrica. A opção por um uso, em determinado local, condiciona a possibilidade de outros e em outros locais. A derivação, a montante, das águas de um rio, para irrigação de áreas agrícolas, beneficia as comunidades dessas áreas, mas acarreta consequências, a jusante, pois pode reduzir

a disponibilidade de água para as comunidades aí existentes e possibilitar a penetração de água marinha nos estuários, causando o desequilíbrio de seu ecossistema. (PL 2.249/91, p. 143)

A partir da observação da experiência internacional, buscou-se a criação de um sistema de gestão que permita a coordenação dos interesses dos diversos atores envolvidos, uma vez que o modo de gestão tradicional não inibiu a competição pelo uso dos recursos hídricos cada vez mais escassos.

Um segundo substitutivo é apresentado pelo Deputado Aroldo Cedraz e nele já se verificam os contornos finais do que viria a ser a Lei nº 9.433/97, valendo destacar a menção ao surgimento de organizações voltadas para a gestão integrada dos recursos hídricos de determinadas bacias hidrográficas antes mesmo do advento da lei sob análise, como fruto da pressão e da articulação popular (PL 2.249/91, p. 153).

Questão importante é o reconhecimento de que, até então, não somente não havia uma cultura de gestão integrada das águas, como os recursos hídricos eram apropriados por cada um dos atores envolvidos, gerando intervenções descoordenadas e danosas.

Tradicionalmente os recursos hídricos brasileiros foram geridos por seus usuários. Não desenvolvemos, no País, uma cultura de gestão integrada das águas. Temos uma gestão separada de cada setor usuário: irrigação, abastecimento domiciliar, abastecimento industrial, saneamento, geração de energia elétrica e outros. Há multiplicidade de agentes, com objetivos e responsabilidades conflitantes. Cada um visualiza uma única função e um único uso para a água, de acordo com seus interesses e necessidades. O resultado é uma diversidade de intervenções descoordenadas nos corpos de água. Ainda hoje não existe, no Brasil, o que se possa denominar gestão de recursos hídricos. (PL 2.249/91, p. 154)

O texto final aprovado é claramente inspirado na forma de gestão francesa e traz normas que vão ao encontro do novo tratamento dado ao meio ambiente, sendo complementar aos dispositivos contidos na Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (ANTUNES, 2016).

De caráter inovador, a efetiva implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGRH aprovados pela Lei nº 9.433/97 encontram enormes resistências, sendo necessário não somente a superação de eventuais dúvidas conceituais, mas uma transformação cultural e decisões políticas corajosas para superar a histórica dificuldade de má gestão das águas (MILARÉ, 2015, p. 930).

O forte viés democrático e a promoção da sustentabilidade extraídos da lei em questão demandam a superação de uma cultura que não identifica a interdependência dos corpos hídricos e a dificuldade de diálogo entre o Estado, não acostumado a um planejamento de longo prazo e ao compartilhamento de poder com a sociedade são o cerne da questão ora analisada no presente trabalho, fazendo-nos reconhecer que não basta a existência de um direito garantido em lei sem que haja vontade política para concretizar tal direito.

Por fim, há que se reconhecer que a Lei nº 9.433/97 ratificou o domínio público da água, o qual não se confunde com a atribuição de sua propriedade ao Estado, que passa a exercer um papel de gestor de um bem coletivo (art.225, *caput*, CRFB/88), cujas decisões políticas devem conter a participação da sociedade e dos usuários (WOLKMER; PIMMEL, 2013).

3.3.2 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

Após seis anos de tramitação do Projeto de Lei nº 2.249/1991, dois substitutivos e algumas emendas, foi aprovado o texto final da Lei nº 9.433/1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (“PNRH”) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (“SNGRH”) sob os seguintes fundamentos: (i) a água é um bem de domínio público; (ii) a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; (iii) em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; (iv) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; (v) a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; e (vi) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades¹³³.

Para o Professor Paulo de Bessa Antunes, tais princípios devem ser lidos como a sinalização do fim de um ciclo de apropriação privada e gratuita dos recursos hídricos e o reconhecimento de que a gestão dos recursos hídricos é elemento de interesse de toda sociedade que deve agir de forma articulada para a manutenção de um padrão ambientalmente aceitável dos corpos hídricos e sua adequada utilização (ANTUNES, 2016, p. 1307).

Dentre os princípios que norteiam a PNRH, dois merecem ser destacados para os fins do presente trabalho, são eles: (i) a bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e para a atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e (ii) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

No que se refere à bacia hidrográfica como unidade de gestão, trata-se “de grande e radical inovação da lei” (MILARÉ, 2015, p. 932), e tal tema será melhor detalhado no item

¹³³ Art. 1º da Lei nº 9.433/97.

3.4.1 a seguir. Contudo há que se notar que a não coincidência entre os limites naturais geográficos dos corpos hídricos que compõem a bacia não serem necessariamente coincidentes com os limites político-administrativos dos entes em cujos territórios se localizam gera claras dificuldades.

Quanto ao item (ii), o modelo em questão demanda não somente a institucionalização de Comitês de Bacia, Agências de Água e os Conselhos de Recursos Hídricos, com a participação plural e efetiva da sociedade civil, usuários e poder público para um processo decisório legítimo e verdadeiramente democrático, promovendo um diálogo intercultural, fazendo surgir uma nova forma de governança da água com a construção de uma cidadania ambiental¹³⁴ (MILARÉ, 2015, p. 932; WOLKMER; PIMMEL, 2013).

Ao tratarmos dos objetivos e das diretrizes trazidas pela Lei nº 9.433/97 na gestão dos recursos hídricos, é importante destacar os itens que guardam maior relevância com o caso ora analisado.

Neste viés, quanto aos objetivos trazidos no art. 2º, vale mencionar: (i) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; (ii) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e (iii) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Sublinhe-se que a solução do conflito ora sob análise se deu em um contexto privação das futuras gerações da necessária disponibilidade de água¹³⁵¹³⁶, além de corroborar com uma

¹³⁴ Neste sentido, Wolkmer e Pimmel afirmam que “a Cidadania ambiental tornou-se o eixo estruturante da governança democrática. No entanto, como se sabe, isso implica em que haja espaços efetivos de participação e conhecimento daqueles que participam, fruto de um amplo aprendizado social das questões ambientais, a partir de uma visão interdisciplinar. Refletir a governança global a água, bem como o papel de países como o Brasil é fundamental na medida em que ele é detentor de 14% das reservas de água e, sem dúvida, vai exercer um papel fundamental num mundo com escassez de recursos hídricos. Assim, é imprescindível abordar nosso arcabouço jurídico e sua eficácia, considerando a água superficial e subterrânea, a partir de uma visão ecossistêmica”.(2013, p. 167)

¹³⁵ No caso, a transposição em São Paulo com redução de vazão do rio Paraíba do Sul causa preocupação quanto ao abastecimento das regiões situadas à montante. “A redução de vazão do rio Paraíba do Sul a ser realizada pela transposição em São Paulo, somada a crise hídrica dos anos de 2014 e 2015 trazem grandes preocupações com relação a continuidade do abastecimento de água nos municípios da RH IX.” Disponível em http://cbhbaixoparaiba.org.br/conteudo/Bol_Tecnico_CBH-BPSI_v2-n1-abr2016.pdf.

¹³⁶ Notícia publicada no Jornal “O Dia”, em 25.01.2015: “transposição de parte do Paraíba do Sul prejudicará o abastecimento d’água. Obra acordada por Pezão e Alckmin pode, além de prejudicar o fornecimento, aumentar o custo de energia dos cariocas, por Nonato Viegas

Rio - A transposição de parte da água do Paraíba do Sul para atender São Paulo, acordada pelos governadores Luiz Fernando Pezão e Geraldo Alckmin, vai prejudicar o abastecimento do Rio de Janeiro em tempos de seca e aumentar o custo da energia. O prognóstico nada animador, a que o DIA teve acesso, consta dos relatórios apresentados em 2013 ao governo fluminense por pesquisadores do Laboratório de Hidrologia e Estudos de Meio Ambiente (Coppetec) da UFRJ, contratados pelo Instituto Estadual do Ambiente (Inea).

atuação que viola a própria vontade da lei que sinaliza na necessidade de um planejamento de longo prazo coordenado não somente entre os entes envolvidos, mas sim com a efetiva participação de todos os atores – sociedade civil, usuários, técnicos e moradores em um forte viés democrático, legitimando, desta forma as decisões que venham a ser tomadas a respeito do curso hídrico.

A PNRH, portanto, apresenta um forte viés regulatório, uma vez que estabelece padrões de comportamento de forma a conciliar os diversos interesses envolvidos na gestão de águas. Vale destacar dentre as diretrizes gerais para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos a determinação de articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional (art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.433/97) e, dentre os instrumentos para execução da PNRH, os planos de recursos hídricos (art. 5º, inciso I, da Lei nº 9.433/97).

Nas palavras do Professor Paulo de Bessa Antunes, os planos de recursos hídricos são planos diretores cujo objetivo é fundamentar e orientar a implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos, bem como seu gerenciamento. Têm como características serem planos de longo prazo, que contenham diagnóstico da situação dos recursos hídricos, análise de alternativas de crescimento populacional e das atividades produtivas, balanço de

O relatório estimou que a obra, cuja licitação está marcada para esta sexta-feira, diminuirá em 4,2% a capacidade de geração de energia dos reservatórios da principal bacia hidrográfica do estado. Essa queda de capacidade, provocada pela menor vazão do rio, teria um impacto de R\$ 20 milhões por ano para as geradoras e distribuidoras de energia. Os estudos, apresentados à direção do Inea e a representantes da Secretaria Estadual do Ambiente, foram, em seguida, reforçados em documentos do Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (Ceivap).ransposição deve trazer prejuízos à população do estado

Agora ignorado pelo governo estadual, o relatório alerta que a alta dos custos pode ser ainda maior pelo possível acionamento de termelétricas — para suprir a demanda. Além disso, não foi considerado o impacto da diminuição da vazão do Paraíba do Sul sobre o Complexo Hidrelétrico de Lajes, no Rio, operado pela Light.

Até novembro do ano passado, o governador Pezão era contra a obra. E afirmou que “nenhuma autoridade tomará decisão que prejudique o Rio”. Não é o que consta nos relatórios técnicos da área ambiental do governo do estado. Segundo o documento “Impactos de Novas Transposições de Vazão no Rio Paraíba do Sul”, da Ceivap, ligada ao Inea, a obra vai piorar a qualidade da água, o que na opinião de pesquisadores ouvidos pelo DIA, elevará o valor da captação e tratamento para o abastecimento humano. “A aprovação (da intervenção) só deve piorar as condições de qualidade da água e só um pesado investimento em saneamento básico e tratamento de efluentes poderá mudar o prognóstico”, prevê o estudo, que crava: “Não se recomendaria a implantação de novas transposições ou mesmo aumento das existentes.”

Coordenador do documento produzido pela Coppetec, o pesquisador Paulo Roberto Carneiro chama atenção para a gravidade da transposição, que afetará a bacia de onde vem 80% da água que abastece a Região Metropolitana do Rio. “O Rio não tem opção que não seja o Paraíba do Sul. São Paulo, não. A decisão do governo estadual foi autoritária e não ouviu o corpo técnico”, lamentou.

Procurado, o Inea afirmou que a Secretaria do Ambiente se manifestaria, porém, o órgão não respondeu até o fechamento desta edição. A Agência Nacional de Águas (ANA), o Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), Light e Furnas não se manifestaram. A Agência Nacional de Energia Elétrica afirmou não ser sido consultada para a obra e que analisará o caso.”

disponibilidades, dentre outras, havendo que se ressaltar que poderão ser criados em níveis locais, regionais e nacional (ANTUNES, 2016, p. 1308).

Como já exposto em linhas acima, a Constituição Federal traçou em seu texto características particulares para a gestão do bem ambiental, em especial, o princípio da solidariedade e a previsão de direitos juntamente com a imposição de deveres aos particulares titulares de tal bem. A PNRH veio, neste sentido, para disciplinar de forma democrática e participativa, alterando uma abordagem que, até então, era focada no desenvolvimento industrial, para uma abordagem complexa buscando o desenvolvimento sustentável (WOLKMER; PIMMEL, 2013, p. 172).

(...) substituindo práticas profundamente arraigadas de planejamento tecnocrático e autoritário, devolvendo o poder para as instituições descentralizadas de bacia, o que demanda um processo de negociação entre os diversos agentes públicos, usuários e sociedade civil organizada. (JACOBI, 2010, p. 73)

3.4. A GOVERNANÇA DA ÁGUA NA PNRH

A Política Nacional de Recursos Hídricos, como já mencionado, teve inspiração no modelo francês, o qual utiliza as bacias hidrográficas como unidade de gestão territorial para planejamento de gestão de recursos hídricos.

Dessa forma, é com base nessa escolha que privilegia a subsidiariedade e participação democrática que se estrutura a organização de um sistema complexo que tem como proposta conciliar os interesses dos diversos atores envolvidos por meio da construção de espaços de deliberação descentralizados.

Assim, nos tópicos a seguir serão apresentadas a importância da escolha da bacia hidrográfica como unidade de gestão e a forma como se organiza a estrutura de gestão de recursos hídricos implementada pela Lei nº 9.433/97. Contudo, já se pode antecipar o diagnóstico proposto no presente trabalho citando CAMPOS e FRACALANZA, para quem “a análise do caso brasileiro mostra, porém que, embora vigore uma política pública de gestão das águas descentralizada e participativa, é difícil superar a herança de um estado interventor e paternalista, tal como as relações que este estabeleceu com os grupos dominantes”. (2010, p. 366)

3.4.1 AS BACIAS HIDROGRÁFICAS COMO UNIDADE DE GESTÃO TERRITORIAL

O sistema brasileiro de gerenciamento de recursos hídricos é fortemente inspirado no sistema francês¹³⁷, que considera a bacia hidrográfica como “a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (art. 1º, inciso V, Lei nº 9.433/97).

Para melhor compreender tal dispositivo, é de crucial importância trazer o conceito de bacia hidrográfica, que, segundo PIRES, SANTOS e DEL PRETTE, “envolve explicitamente o conjunto de terras drenadas por um corpo d’água principal e seus afluentes e representa a unidade mais apropriada para o estudo qualitativo e quantitativo do recurso água e dos fluxos de sedimentos e nutrientes”. (2002, p. 17). PORTO e PORTO, por sua vez, definem a bacia hidrográfica como um ente sistêmico que se compõe de um conjunto de superfícies vertentes juntamente a uma rede de drenagem que é formada por cursos de água confluentes que resultam em um leito único (2008, p. 45).

Assim, de forma mais simplificada, a bacia hidrográfica nada mais é do que a área de drenagem de um curso d’água ou lago (AMORIM, 2015), formando um sistema

¹³⁷ Como se pode ver na justificativa contida no PL 2.249/1991: “Na França, tivemos a oportunidade de conhecer o funcionamento de um dos mais bem-sucedidos sistemas de gestão de recursos hídricos existentes na face da Terra. Esse país criou, em 1964, um sistema nacional de gestão, com vistas a reverter o processo acentuado de degradação das águas de seus rios. O território nacional foi dividido em seis grandes bacias hidrográficas e em cada uma delas criados dois organismos: os comitês de bacia hidrográfica e as agências financeiras de bacia, atualmente denominadas agências da água. Após quase trinta anos de bons resultados, esse sistema foi aperfeiçoado em 1992.

Os princípios básicos do sistema francês são: gestão por bacia hidrográfica; participação ativa de todos os segmentos da sociedade interessados em recursos hídricos, como o poder público, os usuários das águas e a sociedade civil organizada; cobrança do lançamento de despejos líquidos em corpos de água, aplicando, na prática, o princípio do usuário-pagador; cobrança do uso de recursos hídricos em níveis que sustentem financeiramente o sistema e possibilitem alavancar os investimentos necessários em projetos e obras. Sua célula básica são os comitês de bacia hidrográfica, uma espécie de parlamento da bacia onde estão representados todos os segmentos sociais interessados. Essa organização possibilita que os habitantes da bacia atuem na formulação e na implementação de uma política para os seus recursos hídricos.

A gestão desses recursos é realizada pelas agências de bacia, intimamente ligadas aos comitês. Elas realizam o planejamento da disponibilidade, do uso, da conservação e da recuperação dos recursos hídricos da bacia; executam a cobrança de seu uso; gerem os recursos financeiros arrecadados com a cobrança; atuam como bancos de fomento, financiando parte da implantação das obras que foram identificadas como necessárias; apoiam os trabalhos dos comitês, atuando como suas secretarias executivas. A experiência francesa consolidou nossa convicção sobre as vantagens da gestão dos recursos hídricos por bacias hidrográficas, com ampla participação dos usuários da água e da sociedade, em geral. Pudemos verificar não somente a sólida viabilidade financeira do sistema, como a possibilidade de o mesmo gerar os recursos financeiros essenciais para alavancagem dos investimentos necessários à garantia de disponibilidade de água e de melhoria de sua qualidade. (p. 155).

interdependente, que requer que o planejamento das políticas e ações sejam pensados de forma a considerar eventuais reflexos produzidos no todo.

A principal marca do modelo francês é sua visão sistêmica, estabelecendo planos que considerem que a gestão das águas merece uma programação que combine as diferentes características regionais, fazendo com que o objetivo nacional deva também ser aceito a nível regional e local características das regiões, somada à uma noção solidária de atuação e a busca de uma descentralização que faz com que as comunidades participem do processo decisório, em uma institucionalização de uma democracia local (MACHADO, 2003b).

Portanto, um modelo centrado na bacia hidrográfica, não somente permite a formação de um sistema de gestão “de baixo para cima”, como permite a adequação dos critérios de gestão às características locais que refletem a diversidade física, biótica, demográfica, econômica, social e cultural das diferentes regiões e seus cursos d’água. Atende-se, desta forma, não somente o princípio da subsidiariedade, mas também uma perspectiva mais democrática a partir da concepção de que questões ambientais relacionadas a bacias hidrográficas são também questões sociais (ROCHA; VIANNA, 2008), permitindo a distribuição da responsabilidade entre o poder público e os particulares no que se refere às decisões a respeito do uso da água, legitimando, desta forma, as decisões dos administradores públicos¹³⁸.

A maior desvantagem da utilização do conceito de bacia hidrográfica para decisões políticas que se refiram a recursos hídricos é o fato de que dificilmente seus limites territoriais coincidirão com os limites político-administrativos dos entes envolvidos, como aponta Porto e Porto (2008).

¹³⁸ A respeito da busca da “democratização da democracia”, vale transcrever lição de SANTOS e AVRITZER: “Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas. Aliás, a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma crise grave desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato dos cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram. Ao mesmo tempo, o fim da guerra fria e a intensificação dos processos de globalização implicaram uma reavaliação do problema da homogeneidade da prática democrática.

A variação na prática democrática é vista com maior interesse no debate democrático atual rompendo com as adjetivações próprias do debate político do período da guerra fria - democracias populares versus democracias liberais. Ao mesmo tempo e paradoxalmente, o processo de globalização suscita uma nova ênfase na democracia local e nas variações da forma democrática no interior do Estado nacional, permitindo a recuperação de tradições participativas em países como o Brasil, a Índia, Moçambique e a África do Sul, para nos restringirmos aos países estudados neste projeto. Podemos, portanto, apontar na direção de uma tripla crise da explicação democrática tradicional: há, em primeiro lugar, uma crise do marco estrutural de explicação da possibilidade democrática (Moore, 1966); há, em segundo lugar, uma crise da explicação homogeneizante sobre a forma da democracia que emergiu como resultado dos debates do período de entre-guerras (Schumpeter, 1942) e há, em terceiro lugar, uma nova propensão a se examinar a democracia local e a possibilidade de variação no interior dos Estados nacionais, a partir da recuperação de tradições participativas solapadas no processo de construção de identidades nacionais homogêneas (Anderson, 1991).” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 42-43)

Hoje no Brasil, os recursos hídricos têm sua gestão organizada por bacias hidrográficas em todo o território nacional, seja em corpos hídricos de titularidade da União ou dos Estados. Há certamente dificuldades em se lidar com esse recorte geográfico, uma vez que os recursos hídricos exigem a gestão compartilhada com a administração pública, órgãos de saneamento, instituições ligadas à atividade agrícola, gestão ambiental, entre outros, e a cada um desses setores corresponde uma divisão administrativa certamente distinta da bacia hidrográfica. (PORTO; PORTO, 2008, p. 45)

Amplamente aceita em termos teóricos, na prática, a bacia hidrográfica como unidade de gestão “carece de maior aplicação e implementação, principalmente devido à relutância em compartilhar poderes com os níveis de governo e com as partes interessadas” (OECD, 2015, p. 45). Relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) aponta que há resistência no compartilhamento de poder dos Estados com as bacias hidrográficas, dada a importância estratégica da água.

Os estados resistem a ter uma estrutura concorrente com poderes executivos. Essa não é uma questão trivial, porque os estados são, em muitos casos, o “elo fraco” do cenário institucional da água. A criação de comitês de bacias hidrográficas, portanto, deve ser feita de uma maneira que não entre em conflito com o fortalecimento dos órgãos gestores estaduais. Sendo um país federativo, não há nenhum sentido em minar os poderes dos estados, e a mobilização dos comitês de bacia deve ter como objetivo a promoção da participação direta, e não a criação de um poder executivo alternativo. (OECD, 2015, p. 45)

Contudo, deve ser vista como um foro de articulação construtiva, visando o enriquecimento do debate sobre o uso e as decisões políticas em matéria de recursos hídricos de forma a permitir a coordenação de interesses e uma atuação cooperativa. A PNRH, portanto, instituiu instrumentos de gestão democrática para o exercício da democracia de forma direta, assim a atuação dos diversos atores interessados, chegando a um consenso legítimo¹³⁹ que minimize os conflitos e, ao mesmo tempo, tutele o bem ambiental é um claro sinal de maturidade política e social (OECD, 2015).

¹³⁹ “O problema do Brasil não consiste prioritariamente na ausência de um pacto constitucional, mas na inexistência de um contrato social de boa-fé entre os grupos organizadores do país”(SANTOS, 1998, p. 186)

3.4.2 GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

O modelo de gestão de recursos hídricos adotado pelo Brasil começou a ser desenhado a partir do final da década de 1970, com a percepção de que os impactos socioambientais e o crescente número de conflitos haviam esgotado o modelo de “comando e controle” e na tradicional análise baseada no custo/benefício (CAMPOS; FRACALANZA, 2010).

Viu-se um questionamento a respeito da forma como as decisões políticas eram tomadas, bem como que atores eram considerados em tal processo decisório. Assim, o papel desempenhado pelo Estado como único gestor dos recursos naturais passou a ser objeto de controvérsia, demandando o desenvolvimento de um novo desenho institucional que abarcasse a pluralidade de interesses envolvidos, considerando aspectos de natureza ambiental, econômica e social (CAMPOS; FRACALANZA, 2010). A essencialidade da água, como já mencionado, requer um cuidado com o arcabouço institucional e com os critérios utilizados para tomada de decisões em políticas públicas (SOUZA; SILVA; BARBOSA, 2014).

Pensou-se, desta forma, em uma nova proposta, norteada pelos valores de sustentabilidade, que permitiriam uma interação dinâmica entre sociedade, poder público e mercado, fundamentada em uma cultura de diálogo, negociação, cidadania, subsidiariedade e fortalecimento institucional (CASTRO, 2002). Assim, considerando a

subsidiariedade¹⁴⁰, participação¹⁴¹¹⁴²¹⁴³, legitimidade democrática¹⁴⁴, a tomada de decisões relacionados aos recursos hídricos requerem “um processo de negociação política e social, envolvendo diferentes níveis de governo e atores sociais” (CAMPOS; FRACALANZA, 2010, p. 366).

“A governança da água é frequentemente um reflexo da cultura, regime jurídico, sistema político e organização territorial do país” (OECD, 2015, p. 40), desta forma, a forma, a definição de políticas públicas e a tomada de decisões em questão de recursos hídricos é tarefa complexa, dada a gama de interesses – todos eles relevantes – envolvidos.

A Lei nº 9.433/97 refletiu os desejos de uma sociedade que recém havia estabelecido sua democracia, prevendo uma gestão descentralizada e participativa, ou seja, democrática, mas sem que se verificasse as mudanças institucionais necessárias a efetivação de tais princípios¹⁴⁵ (OECD, 2015).

Assim, percebeu-se que a implementação da sistemática de gestão de recursos hídricos dependeria de uma instituição que conduzisse o processo. Nesse contexto, foi criada a Agência Nacional de águas (ANA), por meio da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. À época, passados mais de dez anos da redemocratização, havia razoável consenso acerca da necessidade de

¹⁴⁰ Segundo o qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível ao cidadão quando da atribuição das competências (TORRES, 2001).

¹⁴¹ A participação social pode ser extraída da Declaração de Estocolmo, documento que é considerado a origem do direito ambiental, uma vez que prevê o compartilhamento de responsabilidades entre a sociedade como um todo e o Estado. “7. Para se chegar a esta meta será necessário que cidadãos e comunidades, empresas e instituições, em todos os planos, aceitem as responsabilidades que possuem e que todos eles participem equitativamente, nesse esforço comum. Homens de toda condição e organizações de diferentes tipos plasmarão o meio ambiente do futuro, integrando seus próprios valores e a soma de suas atividades. As administrações locais e nacionais, e suas respectivas jurisdições são as responsáveis pela maior parte do estabelecimento de normas e aplicações de medidas em grande escala sobre o meio ambiente. Também se requer a cooperação internacional com o fim de conseguir recursos que ajudem aos países em desenvolvimento a cumprir sua parte nesta esfera. Há um número cada vez maior de problemas relativos ao meio ambiente que, por ser de alcance regional ou mundial ou por repercutir no âmbito internacional comum, exigem uma ampla colaboração entre as nações e a adoção de medidas para as organizações internacionais, no interesse de todos. A Conferência encarece aos governos e aos povos que unam esforços para preservar e melhorar o meio ambiente humano em benefício do homem e de sua posteridade.” (ONU, 1972)

¹⁴² A importância da participação social alçada a natureza de princípio que deve ser observado nas políticas ambientais pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Princípio 10 A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”. (ONU, 1992)

¹⁴³ Vide item 3.2 (iv) supra.

¹⁴⁴ Vide item 2.1.4.

¹⁴⁵ Há que se recordar que a inspiração da PNRH é o modelo francês, cuja sociedade possui uma consciência da necessidade de exercício de sua cidadania superior à do Brasil, um país com pouca estabilidade democrática, acostumado a regimes totalitários e a uma administração paternalista.

reforma do Estado para fins de obtenção de uma Administração Pública mais dinâmica e eficiente, no que BRESSER-PEREIRA chamou de Reforma Gerencial que se deu nos aspectos institucional, cultural e de gestão (2002, p. 29).

No bojo da Reforma Gerencial e na modernização da Administração Pública, estavam em voga as agências reguladoras¹⁴⁶ como uma solução mais eficiente e independente dos ciclos políticos, permitindo a instituição de políticas de Estado¹⁴⁷. Nestes termos, a ANA foi instituída como uma autarquia sob regime especial¹⁴⁸, mantendo, contudo, uma natureza ambígua¹⁴⁹, haja vista a necessidade de uma agência executiva para fins de execução da PNRH e sua instituição como autarquia sob regime especial.

Nota-se, com isso, que algumas das principais características das agências reguladoras não se aplicam à ANA. Primeiramente, inexistente independência administrativa, uma vez que, como exposto, insere-se a ANA em um contexto de gestão integrada, descentralizada e participativa. Neste viés, Alexandre Santos de Aragão consigna que “a quantidade de órgãos e entidades envolvidos é um dos fatores que faz com que a ANA tenha, se comparada com as demais agências, o arcabouço institucional mais intrincado” (2013, p. 291).

A governança da água é frequentemente um reflexo da cultura, regime jurídico, sistema político e organização territorial do país. Por envolver diversos atores, em diferentes níveis de governo e diversos setores da sociedade, a governança hídrica é uma questão de alta complexidade. Como já mencionado, o fato de o Brasil ser uma federação tridimensional e a necessidade de que a gestão sistematizada prevista na PNRH atente para aspectos de quantidade e qualidade das águas, além de questões relacionadas às diversidades físicas, demográficas, econômicas, sociais e culturais, somente dificulta o processo (2015, p. 323).

¹⁴⁶ Agências reguladoras são autarquias especiais vinculadas ao Ministério de sua área de atuação, cujas características essenciais são (i) independência administrativa, (ii) ausência de subordinação hierárquica, (iii) mandato fixo, (iv) estabilidade dos dirigentes e (v) autonomia financeira e orçamentária (DI PIETRO, 2013).

¹⁴⁷ Maria Sylvia Di Pietro destaca que “sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício do mandato fixo que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”. (2013, p. 531)

¹⁴⁸ Lei nº 9.984/2000: Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Águas - ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. (BRASIL, 2000)

¹⁴⁹ “Até agora, a ANA manteve essa natureza ambígua porque é simultaneamente uma agência reguladora e uma agência executiva. Apesar das questões que esse status possa vir a levantar, do ponto de vista conceitual, a combinação da alta posição e nível hierárquico como reguladora em nível federal e a capacidade de manter os “pés no chão” como uma agência executiva nacional para assuntos relacionados aos rios federais (por exemplo outorga de direito pelo uso da água, coleta das cobranças pela água) dá à ANA, alguma flexibilidade, credibilidade e presença nacional.” (OECD, 2015, p. 44)

A respeito do arcabouço institucional para a gestão de recursos hídricos, a Lei nº 9.433/97 cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) com os seguintes objetivos: (i) coordenar a gestão integrada das águas; (ii) arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; (iii) implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; (iv) planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e (v) promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos (art. 32, incisos I a V).

O art. 33 da Lei nº 9.433/97 estabelece os órgãos integrantes do SINGREH, o primeiro deles, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), cujas competências estão descritas no art. 35 da Lei nº 9.433/97¹⁵⁰, “é um órgão coordenador, consultivo e deliberativo, que reúne os atores relacionados aos recursos hídricos dos níveis de governo e da sociedade” (OECD, 2015, p. 49). Dentre as atribuições do CNRH, para fins do presente trabalho, vale destacar: (i) a competência para articulação do planejamento dos recursos hídricos de todos os níveis da federação e dos setores usuários e (ii) a competência para arbitrar, em última instância administrativa, conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

Os Comitês de Bacias Hidrográficas são órgãos colegiados, compostos por membros dos entes em cujo território se localizem, além de contarem com a participação dos usuários das águas provenientes da bacia a que se refiram e de entidades civis que atuem em sua área.

¹⁵⁰ Art. 35. Compete ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos:

- I - promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários;
- II - arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos;
- III - deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados;
- IV - deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica;
- V - analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos;
- VI - estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- VII - aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos;
- VIII - (VETADO)
- IX – acompanhar a execução e aprovar o Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; (Redação dada pela Lei 9.984, de 2000)
- X - estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso.
- XI - zelar pela implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB); (Incluído pela Lei nº 12.334, de 2010)
- XII - estabelecer diretrizes para implementação da PNSB, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB); (Incluído pela Lei nº 12.334, de 2010)
- XIII - apreciar o Relatório de Segurança de Barragens, fazendo, se necessário, recomendações para melhoria da segurança das obras, bem como encaminhá-lo ao Congresso Nacional. (Incluído pela Lei nº 12.334, de 2010)

Tratam-se de plataformas consultivas e deliberativas para a tomada de decisão nas Bacias Hidrográficas (OECD, 2015).

A Lei Nº 9.433/97 estabelece, em seu art. 38, as atividades que competem aos Comitês de Bacia, são elas: (i) promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; (ii) arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; (iii) aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; (iv) acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; (v) propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; (vi) estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; e (vii) estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.

As Agências de Águas desempenham o papel de secretaria executiva do respectivo comitê de bacia (ou comitês de bacias), sendo que sua criação demanda autorização do respectivo conselho hídrico – Nacional (CNRH) ou Estadual (CERH) – mediante a apresentação de requerimento pelo comitê de bacia.¹⁵¹

Como já mencionado, as consequências das decisões em matéria de gestão de recursos hídricos não se conformam aos limites administrativo-territoriais de determinado ente da federação. Do mesmo modo, decisões tomadas no âmbito de um Comitê de Bacia podem

¹⁵¹ Lei nº 9.433/97, rt. 44. Compete às Agências de Água, no âmbito de sua área de atuação:

I - manter balanço atualizado da disponibilidade de recursos hídricos em sua área de atuação;

II - manter o cadastro de usuários de recursos hídricos;

III - efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

IV - analisar e emitir pareceres sobre os projetos e obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso de Recursos Hídricos e encaminhá-los à instituição financeira responsável pela administração desses recursos;

V - acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos em sua área de atuação;

VI - gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos em sua área de atuação;

VII - celebrar convênios e contratar financiamentos e serviços para a execução de suas competências;

VIII - elaborar a sua proposta orçamentária e submetê-la à apreciação do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica;

IX - promover os estudos necessários para a gestão dos recursos hídricos em sua área de atuação;

X - elaborar o Plano de Recursos Hídricos para apreciação do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica;

XI - propor ao respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica:

a) o enquadramento dos corpos de água nas classes de uso, para encaminhamento ao respectivo Conselho Nacional ou Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com o domínio destes;

b) os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos;

c) o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

d) o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.

produzir consequências não positivas para o SINGREH, assim, a lei previu a possibilidade de recursos dirigidos aos Conselho Nacional de Recursos Hídricos ou aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, conforme a esfera de competência.

Neste ponto, há que se destacar o *iter* decisório a ser percorrido para a tomada de decisões legítimas no âmbito da gestão das águas, o qual deve percorrer um caminho hierárquico no foro adequado, visando a proporcionar o debate democrático para fins de definição do interesse coletivo, tendo como norte os princípios da subsidiariedade, descentralização, participação democrática e sustentabilidade.

Perceba-se, portanto, que a forma como foi conduzida a questão da escassez de água no Estado de São Paulo não foi adequada em seu viés procedimental, ainda que o STF tenha se valido dos meios à sua disposição para incrementar sua legitimidade.

Por fim, considerando o arcabouço normativo-institucional que favorece o diálogo e a participação, bem como a gestão mais próxima do usuário, há quem questione a legitimidade da transposição de recursos hídricos para outra bacia¹⁵², não é esta a posição que ora se adota, contudo há que se reconhecer a necessidade de um procedimento que legitime a escolha.

3.5 A CRISE HÍDRICA E O CONFLITO NA BACIA DO RIO PARAÍBA DO SUL

3.5.1 A BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL

Um dos rios de maior importância econômica ao país, o Rio Paraíba do Sul abastece o principal parque industrial brasileiro, situando-se sua bacia na Região Sudeste, ao longo do

¹⁵² Neste sentido, Paulo Affonso Leme Machado em à Revista da UNISINOS: “As bacias hidrográficas não constituem unidades políticas previstas na Constituição, mas as leis ordinárias criaram-nas para que, nelas e através delas, atue o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, sistema instituído pela Constituição (artigo 21). O fato de não se levar em conta que as águas devem ser gerenciadas através das bacias hidrográficas leva à tomada de decisões sem o devido embasamento democrático, como a transposição do Rio São Francisco e a transposição das águas de três bacias do interior paulista (Piracicaba, Capivari e Jundiá) para a cidade de São Paulo, através do sistema Cantareira.

As águas de uma bacia devem beneficiar prioritariamente os que moram, vivem e trabalham nessa unidade territorial. Não se fecham as portas para a colaboração hídrica com os que estão fora da bacia. Contraria a ordem natural das coisas provocar a sede ou penúria de água no interior de uma bacia hidrográfica para derivar as águas ou fazer a transposição para outras regiões. Os Comitês de Bacias Hidrográficas devem ser o espaço para o exercício do direito de informação e de participação ambiental.” Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5671&secao=453. Acesso em 10 ago.2017.

eixo São Paulo-Rio de Janeiro-Minas Gerais, ou seja, abastecendo três dos Estados mais desenvolvidos do Brasil¹⁵³.

A bacia do rio Paraíba do Sul ocupa uma área de aproximadamente 55.500 km², estendendo-se pelos estados de SP (13.900km²); RJ (20.900km²) e MG (20.700km²); abrange 184 municípios, sendo 39 localizados no Estado de São Paulo, 57 no Estado do Rio de Janeiro e 88 em Minas Gerais; a população da bacia é estimada em 5,5 milhões de habitantes, sendo 1,8 milhão no estado de São Paulo, 2,4 milhões no Rio de Janeiro e 1,3 em Minas Gerais. Cerca de 16% da população fluminense reside na bacia do Paraíba, contra 5% dos paulistas e apenas 7% dos mineiros (IBGE 2000), além disso, é responsável pelo de aproximadamente 14,2 milhões de pessoas¹⁵⁴; no Estado do Rio de Janeiro, a bacia ocupa 63% de sua área total, enquanto ocupa 5% do Estado de São Paulo e 4% do Estado de Minas Gerais¹⁵⁵.

No âmbito do uso dos recursos hídricos da Bacia, o Rio de Janeiro é onde adquire maior importância, pois ocupa metade da área de todo o Estado, recebendo não somente seus benefícios de abastecimento, mas os principais impactos da utilização humana.

Com 62% do seu território e 57 dos seus 92 municípios situados total ou parcialmente na Bacia do Rio Paraíba do Sul, o Estado do Rio de Janeiro é fortemente dependente das águas do rio principal e seus afluentes, que abastecem pouco mais de 12 milhões de habitantes (75% da população total do Estado), além de indústrias, hidrelétricas e atividades agrícolas de grande parte do Estado (INEA, PERHI, 2014)

Há que se destacar que, desde 2008, vinham sendo realizados estudos para uma possível transposição de águas do rio Paraíba do Sul para a macrometrópole de São Paulo, tendo sido contratado, pelo Governo do Estado de São Paulo, um estudo, chamado de “Plano Diretor de Aproveitamento dos Recursos Hídricos”. O estudo em questão apresentou três alternativas possíveis para o aproveitamento das águas do Paraíba, sendo uma delas para o Sistema Cantareira (COELHO, 2012, p. 215-216).

O projeto apresentado pelo Estado de São Paulo causava grande preocupação nos comitês de bacia¹⁵⁶ e na sociedade civil, inclusive no trecho paulista (COELHO, 2012, p. 216). Perceba-se que o projeto de transposição não tinha aprovação dos habitantes da bacia

¹⁵³ INEA, Nota técnica nº 01/2014, p. 4: “o rio Paraíba do Sul é formado no estado de São Paulo, pela união dos rios Paraibuna e Paraitinga, na Serra da Bocaina, a 1.800m de altitude, e seus principais afluentes têm suas nascentes em território mineiro. O rio deságua no norte fluminense, no município de São João da Barra, após percorrer mais de 1.100 km”.

¹⁵⁴ Aproximadamente 14,2 milhões de pessoas se abastecem das águas da Bacia do Rio Paraíba do Sul, considerando os 8,7 milhões de habitantes da região metropolitana do Rio de Janeiro somados aos 5,5 milhões de habitantes dos municípios por ela abrangidos. (Fonte: CEIVAP. <http://www.ceivap.org.br/dados-gerais.php>, acesso em 02 jul.2017).

¹⁵⁵ CEIVAP e COELHO, 2012.

¹⁵⁶ CEIVAP e CBH-PS (Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul no trecho paulista)

hidrográfica, violando a subsidiariedade aplicável na gestão e na tutela de tal bem. O professor Paulo Affonso Leme Machado, inclusive, defende que a água de determinada bacia hidrográfica deve servir – prioritariamente – àqueles que vivem, moram e trabalham nessa unidade territorial, não restringindo, contudo, a colaboração hídrica entre bacias.¹⁵⁷

A questão que aqui se coloca é que a decisão de transposição foi tomada sem a construção de consensos junto à sociedade civil, em um foro não adequado para a deliberação de matéria de tal relevância, e em um contexto de escassez também para os moradores do Estado do Rio de Janeiro. Assim, a colaboração hídrica foi realizada em detrimento da segurança hídrica do RJ.

Com relação à gestão do rio Paraíba do Sul, há que se mencionar que o CEIVAP – Comitê Gestor para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul foi criado em 1996 pelo Decreto Federal nº 1.842/96, sendo relevante destacar que sua criação foi anterior à Lei nº 9.433/97, dada a importância estratégica das águas em questão.

Conforme definição de COELHO, “o CEIVAP é o parlamento no qual ocorrem os debates e decisões descentralizadas sobre as questões relacionadas aos usos múltiplos das águas da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, inclusive a decisão pela cobrança pelo uso da água na bacia” (2012, p. 246).

Conforme determina a Lei nº 9.433/97, a composição do comitê deve ser formada por representantes do poder público, dos usuários e de organizações sociais com relevante atuação na área da bacia¹⁵⁸. Nestes termos, o CEIVAP é formado por sessenta membros, dentre os quais três são representantes da União e dezenove de cada um dos Estados banhados pelas águas da

¹⁵⁷ “As bacias hidrográficas não constituem unidades políticas previstas na Constituição, mas as leis ordinárias criaram-nas para que, nelas e através delas, atue o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, sistema instituído pela Constituição (artigo 21). O fato de não se levar em conta que as águas devem ser gerenciadas através das bacias hidrográficas leva à tomada de decisões sem o devido embasamento democrático, como a transposição do Rio São Francisco e a transposição das águas de três bacias do interior paulista (Piracicaba, Capivari e Jundiá) para a cidade de São Paulo, através do sistema Cantareira. As águas de uma bacia devem beneficiar prioritariamente os que moram, vivem e trabalham nessa unidade territorial. Não se fecham as portas para a colaboração hídrica com os que estão fora da bacia. Contraria a ordem natural das coisas provocar a sede ou penúria de água no interior de uma bacia hidrográfica para derivar as águas ou fazer a transposição para outras regiões. Os Comitês de Bacias Hidrográficas devem ser o espaço para o exercício do direito de informação e de participação ambiental.” (MACHADO, 2014)

¹⁵⁸ Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes:

I - da União;

II - dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação;

III - dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação;

IV - dos usuários das águas de sua área de atuação;

V - das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

§ 1º O número de representantes de cada setor mencionado neste artigo, bem como os critérios para sua indicação, serão estabelecidos nos regimentos dos comitês, limitada a representação dos poderes executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios à metade do total de membros.

bacia do rio Paraíba do Sul. Dentre os sessenta membros, 40% são representante dos usuários (companhias de abastecimento e setores da indústria); 35% por representantes do poder público (União, Estados e Municípios) e 25% por organizações civis¹⁵⁹.

Os membros do CEIVAP são eleitos democraticamente, em fóruns estaduais realizados por segmento, nas diversas regiões que compõem a bacia, cuja divulgação é precedida de ampla divulgação¹⁶⁰.

Dentre as atribuições do CEIVAP, estabelecidas no Decreto Federal nº 1.842/96, vale destacar: (i) propor aos órgãos competentes diretrizes para a outorga e o licenciamento ambiental de uso dos recursos hídricos; (ii) propor diretrizes para a elaboração do Plano de Gestão dos Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul; (iii) compatibilizar os planos de sub-bacias e aprovar propostas do Plano de Gestão de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul; e (iv) dirimir eventuais divergências sobre os usos dos recursos hídricos no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul¹⁶¹.

A AGEVAP – Agência da Bacia é pioneira na gestão e cobrança pelo uso das águas no Brasil, tendo sido criada em 20 de junho de 2002 e reconhecida pelo CNRH em março de 2004. A AGEVAP funciona como secretaria executiva do CEIVAP e tem como principal objetivo prestar apoio técnico e operacional à gestão integrada dos recursos hídricos da bacia do rio Paraíba do Sul (COELHO, 2012, p. 248).

Além do CEIVAP, outros Comitês de Bacias atuam na gestão de recursos da Bacia do Rio Paraíba do Sul, juntamente com Consórcios Intermunicipais¹⁶². No contexto do conflito em

¹⁵⁹ Fonte: <http://www.ceivap.org.br/apresentacao.php>

¹⁶⁰ Regimento interno do CEIVAP. Disponível em <http://www.ceivap.org.br/conteudo/reginternoceivapatualizado.pdf>.

¹⁶¹ Art. 6º São atribuições do CEIVAP:

I - propor o enquadramento dos rios federais da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, em classes de uso, a partir de propostas dos comitês de sub-bacias, submetendo-o à aprovação do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA;

II - estabelecer níveis de qualidade e de disponibilidade dos recursos hídricos nas regiões de divisas e metas regionais que visem à sua utilização de forma sustentada;

III - propor aos órgãos competentes diretrizes para a outorga e o licenciamento ambiental de uso dos recursos hídricos;

IV - propor aos órgãos competentes diretrizes para a cobrança pelo uso e pelo aproveitamento dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul;

V - propor diretrizes para a elaboração do Plano de Gestão dos Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul;

VI - compatibilizar os planos de sub-bacias e aprovar propostas do Plano de Gestão de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul;

VII - dirimir eventuais divergências sobre os usos dos recursos hídricos no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

¹⁶² CAMPOS, 2001, p. 86: “Além do CEIVAP, as instituições já existentes e com efetiva atuação na gestão de recursos hídricos em regiões da bacia são: os Consórcios Intermunicipais de Recuperação Ambiental das Bacias dos Rios Muriaé e Pomba, criados, respectivamente, em 02.09.1997 e 29.05.1998, abrangendo municípios dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro; o Comitê das Sub-Bacias dos Rios Pomba e Muriaé, criado em

questão, é importante destacar que o CEIVAP mantém permanente diálogo com os governos dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, além da União, das autoridades municipais, dos organismos de bacia instituídos e entidades da sociedade civil. Dessa forma, pretende garantir uma atuação integrada e democrática na gestão dos recursos da bacia do Rio Paraíba do Sul, buscando, principalmente, o fortalecimento das instâncias locais, em atendimento ao princípio da subsidiariedade.

Considerando que o termo “governança” refere-se a uma forma de gestão descentralizada, viabilizando a participação dos diversos atores sociais na discussão e na tomada de decisões (JACOBI, 2009¹⁶³); a institucionalização da governança hídrica, portanto, ocorre, principalmente, por meio dos Comitês de Bacia Hidrográfica, uma vez que as bacias são as unidades territoriais para aplicação da PNRH e atuação do SINGREH.

3.5.2 A CRISE HÍDRICA DE 2014

Ao contrário do que foi divulgado nos meios de comunicação, a escassez verificada em São Paulo em 2013/2014, não decorreu somente de uma prolongada estiagem ou constituiu evento novo, mas sim trata-se de uma situação conhecida por governantes e estudiosos desde, pelo menos, 2008. Victor Coelho aponta que a possibilidade de transposição das águas do rio Paraíba do Sul já haviam sido previstas no “Plano Diretor de Aproveitamento dos Recursos Hídricos”, contratado pelo governo de SP a um custo de 3 milhões de reais (COELHO, 2012, p. 215).

AMORIM, ao tratar da “crise hídrica”, chama atenção para o fato de que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) já sabia, antes da crise, que a falta de água já era uma realidade para quase 10% da população (2015, p. 333).

05.06.2001; e o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul e da Serra da Mantiqueira (CBHPSM), conhecido como Comitê Paulista, instalado no trecho paulista da bacia desde 25.11.1994, com base na Lei 7.663/91, que dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo. Cabe lembrar que recentemente foi criado o consórcio intermunicipal envolvendo os municípios fluminenses situados no trecho médio do Paraíba do Sul, entre Itatiaia e Três Rios, por iniciativa do Estado do Rio de Janeiro e do município de Volta Redonda. Esse consórcio, ainda incipiente, poderá ser forte aliado do CEIVAP na gestão dos recursos hídricos desse trecho do rio Paraíba do Sul”.

¹⁶³ JACOBI, 2009.

Jackson Roehrig defende que o problema vivido pelo Sistema Cantareira é um problema de gestão, fazendo uma crítica à forma de fiscalização na qual o Estado é fiscalizador dele mesmo (2015).

João Alberto Alves de Amorim aponta também a falha de gestão, planejamento, eficiência e investimento, demonstrando que a SABESP distribuía dividendos aos acionistas ao invés de minimizar as perdas de água na tubulação (muito antiga) e que os riscos de escassez já vinham sendo apontados por diversos estudiosos (2015, p. 333-353).

Percebe-se, portanto, que a crise alardeada não foi uma emergência de fato, mas uma urgência fabricada diante da inércia do gestor público em tomar medidas capazes de solucionar uma situação já antevista. Além disso, há que se criticar o fato de SP ter iniciado obras para a transposição de afluente do rio Paraíba do Sul, a despeito de possui dez outras alternativas¹⁶⁴ que não colocariam em risco a segurança hídrica de quase 10 milhões de pessoas.

3.5.3 A PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO DAS ÁGUAS DO RIO PARAÍBA DO SUL

Em 19 de março de 2014, o Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, solicitou à Presidenta Dilma Rousseff, em reunião com a presença da Ministra do Meio Ambiente, Izabella Teixeira, e do presidente da ANA, Vicente Andreu Guillo, autorização para construção de um canal de ligação entre os reservatórios de Jaguari, um dos afluentes do Paraíba do Sul (que abastece o Rio de Janeiro) e de Atibainha, que faz parte do sistema Cantareira (que abastece São Paulo), visando transpor 5m³/s para abastecimento deste sistema (NOTA TÉCNICA ° 01/2014, INEA).

Tendo em vista que a Bacia do Rio Paraíba do Sul faz parte do sistema de gestão integrada e participativa previsto na Lei 9.433/97, há que se perceber que o procedimento adotado não observou os requisitos contidos na PNRH, uma vez que foi formulada consulta

¹⁶⁴ “Baseado na premissa que a demanda a ser garantida era aquela do cenário tendencial, o Plano indicou cinco regiões hidrográficas distintas (inclusive a da Bacia do Paraíba do Sul) como alternativas para o aumento da disponibilidade hídrica. Dez arranjos de abastecimento foram propostos como viáveis (nove arranjos + uma variante). Cada arranjo é composto por captações que, juntas, alcançam os objetivos de aumento da disponibilidade hídrica desejados, ou seja, um incremento médio de água variando de 21 a 31 m³/s até 2035, no cenário tendencial. Desse conjunto, cinco arranjos previam captações na Bacia do Rio Paraíba do Sul, inclusive no Reservatório de Jaguari, afluente do Rio Paraíba do Sul, para abastecer o Reservatório de Atibainha, na Bacia do Rio Piracicaba. As vazões médias de captação previstas para o Reservatório de Jaguari variavam entre 1,45 m³/s e 5,13 m³/s, enquanto as vazões máximas variavam de 2 m³/s a 8,5 m³/s (Tabela 1).” (JOHNSON et al, 2015, p. 52)

diretamente à União, sem a participação dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, bem como os demais atores com legitimidade para atuar na deliberação a respeito de políticas públicas em matéria de recursos hídricos, tais como o CEIVAP e a sociedade civil, por exemplo.

Muito criticada pelo viés de uso econômico da água, e não para a prioridade de abastecimento humano e animal, o projeto de transposição das águas do Rio Paraíba do Sul, proposto pelo Estado de São Paulo causou polêmica quanto aos seus termos e sua conveniência¹⁶⁵¹⁶⁶.

Na mesma linha, o CEIVAP, em 2014, por meio de seu Presidente, Danilo Vieira Júnior, manifestou-se contra a imediata transposição das águas do Rio Paraíba do Sul, propondo que houvesse união do Governo Federal e dos Governos Estaduais, para viabilizar um programa de investimentos para recuperação do Rio Paraíba do Sul e do Rio Guandu, em articulação com governos municipais e Comitês Estaduais. Isso porque um programa de recuperação da qualidade da água estabeleceria, primeiro, condições para discutir novos usos, entre eles, eventual transposição.

O INEA, na nota técnica nº 01/2014, analisou a proposta paulista de transposição de águas da Bacia do Rio Paraíba do Sul, bem como seus impactos na segurança hídrica do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que o Estado é fortemente dependente da Bacia e mais da metade do seu território é por ela ocupado.

Primeiramente, já na apresentação do exame, o órgão consigna a necessidade de avaliação prévia pela ANA dos impactos da proposta de transposição. Isso porque ela passou a

¹⁶⁵ Nota Técnica DIGAT/INEA nº 01/2014.

¹⁶⁶ Conforme se verifica em entrevista de Malu Ribeiro, coordenadora da ONG S.O.S. Mata Atlântica: “Olha, o governador (Geraldo Alckmin) está dando essas declarações que eu também vi pela imprensa, e ele está se baseando em um estudo que há oito anos o Estado de São Paulo vem desenvolvendo que é aquele da macrometrópole, com aproveitamento da água da macrometrópole paulista, pegando as regiões de São Paulo, Campinas, Sorocaba e Baixada Santista. Esses estudos que vêm sendo desenvolvidos para a gestão da água até 2018 contemplam essas alternativas, de captação da Bacia do Paraíba do Sul, ou essa que já começou em São Lourenço, a construção de novos reservatórios, mais dois em Piracicaba, entre outros. Então não é novidade isso aí.

Quer dizer, com base nisso que ele está falando com tanta segurança e buscando essa alternativa que, do ponto de vista locacional, é próxima e em tese seria mais barata que outras. Mas, esse estudo ele vinha sendo feito há oito anos sem essa crise, então o que se fizer agora será uma medida emergencial. Portanto, você tem vários municípios, várias regiões, imaginando que o Cantareira chegue ao colapso total, que não chova o suficiente no inverno, vai gerar um estado de calamidade pública, não tem água. Esse estado de calamidade ou de emergência que a gente já se encontra, ele dispensa algumas questões como licenciamento ambiental, ou audiências públicas, justamente por ser emergencial. Apesar disso, o governador já afirmou, a gente já fez essas ponderações, que quem decida isso seja o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH). O conselho nacional tem essa competência legal de, quando o interesse do uso da água extrapola mais de uma bacia, que é o caso aí que vai interferir em várias bacias, ele deve acompanhar, promover discussões e estabelecer critérios. Temos que levar (o assunto) primeiro a esse colegiado, que tem a competência legal para isso, e depois promover a avaliação ambiental estratégica, apesar da escala de emergência.” (RIBEIRO, 2014). Também criticando a transposição, reportagem do PLANETA COPPE, “Rio consumirá até 2030 cerca de 100% da vazão do Paraíba para o Guandu” que apontam riscos para segurança hídrica do Estado do Rio de Janeiro.

ser responsável pela definição e fiscalização das condições operacionais dos reservatórios por agentes públicos e privados, a fim de garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos.

Nesse sentido, a Resolução Conjunta da ANA nº 1382/2015 dispõe sobre regras de operação do sistema hidráulico do rio Paraíba do Sul, compreendendo os reservatórios localizados na Bacia, bem como as estruturas de transposição das águas do rio Paraíba do Sul para o rio Guandu. Há que se mencionar que a mesma revogou a Resolução nº 211/2003, entrando em vigor após anuência da ANA e dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Destaca-se que a nova Resolução garante, além de um atendimento de vazões mínimas, estudos anuais de armazenamento do Sistema Hidráulico Paraíba do Sul, em prol de funcionamento regular das estruturas hidrelétricas e eletromecânicas, além de garantia de usos múltiplos da água. Consubstancia, com isso, em um instrumento de segurança hídrica ao Estado do Rio de Janeiro, cuja dependência da bacia do Paraíba do Sul é a maior.

Evidencia-se, pelo exposto, o papel da ANA no equilíbrio federativo, uma vez que não poderia qualquer dos Estados aceitar nenhuma decisão que colocasse em risco sua segurança hídrica. Tal assertiva tem especial relevo, no âmbito do conflito, para o Estado do Rio de Janeiro, o qual seria o mais impactado com a transposição.

É cediço que, em 2004, o RJ vivenciou os efeitos de uma queda significativa dos níveis dos reservatórios do rio Paraíba do Sul, tendo sofrido impactos socioeconômicos expressivos na geração de energia elétrica. Nesse contexto, conforme explana a nota técnica do INEA, os impactos só não foram mais intensos, em decorrência da mobilização do CEIVAP, da ANA, do Operador Nacional do Sistema (ONS), além de órgãos gestores estaduais, empresas do setor elétrico, usuários e interessados para discutir o problema e definir ações a serem tomadas.

Inclusive, no segundo semestre de 2003, com o agravamento da situação, foi necessário restringir ainda mais as vazões e a transposição para a Bacia do Guandu (INEA, 2014, p. 10). Dessa forma, assente a necessidade de estudos complementares da ANA sobre uso dos recursos hídrica nos estados integrantes da Bacia, a fim de se obter um panorama dos impactos de uma retirada de água na porção da bacia localizada no estado de São Paulo.

Todavia, importante observar que essa função da ANA de promover estudos complementares, apesar de positivada no art. 4º, da Lei 9.984/2000, é subsidiária. Conforme já exposto, caberá à ANA exercer tal atribuição somente quando inexistente Comitê de Bacia ou Agência de Águas na área de atuação, uma vez que a própria Lei 9.433/97 designa aos mesmos

a promoção de estudos e soluções de eventos críticos, especialmente por tais questões exigirem a participação da sociedade.

Sob o âmbito legal, a atuação do Estado de São Paulo, unilateral, vai de encontro à Lei 9.433/97, que preconiza a gestão integrada e participativa de recursos hídricos, não sendo consultados entes e órgãos responsáveis pela gestão da Bacia do Rio Paraíba do Sul. Além do que, já existiam estudos do Estado de SP identificando a necessidade de medidas para manter a segurança hídrica antes de se configurar a situação de emergência de 2014¹⁶⁷ (INEA, 2015).

Observando-se tal panorama e o fato de que a Região Metropolitana de São Paulo dispõe de quatro outras bacias hidrográficas como alternativa de aumento de disponibilidade hídrica, não apontando o próprio Plano Diretor a Bacia do rio Paraíba do Sul como parte do arranjo considerado mais favorável, enquanto a Região Metropolitana do Rio de Janeiro depende fortemente da bacia do rio Paraíba do Sul, a questão foi judicializada.

A iniciativa de SP, portanto, violou não somente as diretrizes democráticas da PNRH, a qual prevê textualmente a participação como um de seus fundamentos, como impediu que houvesse o adequado debate prévio à decisão em questão - transposição de águas da bacia do Paraíba do Sul para o Sistema Cantareira. No momento em que SP requer a autorização para a transposição, viola-se a deliberação pública e plural que deve preceder uma decisão em termos de política hídrica (ou hidropolítica, como define Pedro Jacobi) e a legitimação da escolha, vinculando os demais atores à sua vontade.

3.5.4 O CONFLITO JUDICIAL E A SOLUÇÃO POSTA

Em 2014, o Ministério Público Federal moveu uma Ação Civil Pública (ACP) em face da União, da Agência Nacional de Águas - ANA, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis - IBAMA e do Estado de São Paulo, visando a impedir que autorizassem ou licenciassem obras relativas à transposição ou captação de águas do Rio Paraíba do Sul, com a finalidade de abastecer o sistema Cantareira.

¹⁶⁷ Entende-se aqui que houve uma urgência provocada pela inércia de iniciativas do Estado de São Paulo, cuja iniciativa de requerer a transposição de recursos hídricos pertencentes à bacia do Rio Paraíba do Sul pegaram de surpresa o Estado do Rio de Janeiro: “Embora esta possibilidade estivesse sendo considerada – e discutida – em estudos de planejamento iniciados em 2008, as alternativas de transposição envolvendo a Bacia do Paraíba do Sul não eram as mais pontuadas na hierarquização definida” (INEA, 2015, p. 50).

O contexto de crise hídrica, no qual os Estados do Sudeste brasileiro – Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais – passaram por severa dificuldade no fornecimento regular do serviço público de água, em decorrência do reduzido volume pluviométrico em seus territórios, gerou discussões sobre a possibilidade de transposição das águas do rio Paraíba do Sul.

A decisão a respeito da transposição das águas do rio Paraíba do Sul envolve não somente a existência de uma situação de crise com relação à disponibilidade hídrica, mas matérias de grande relevância política e social, uma vez que o Estado brasileiro, orientado pelo princípio da subsidiariedade¹⁶⁸, demanda que a comunidade mais próxima ao problema envie esforços para solucioná-lo. Ademais, determina que seja observado uma trajetória de deliberação de forma a permitir uma decisão democraticamente legitimada em questões que envolvam bens ambientais¹⁶⁹.

Assim, o Estado de São Paulo não poderia unilateralmente decidir a respeito de um curso hídrico que compartilhado com outros Estados, sem atentar para a segurança hídrica, utilizando como único argumento uma situação de escassez de água. O Ministério Público Federal, portanto, alegou que haveria necessidade de estudos adicionais para a exata aferição dos efeitos dos impactos ambientais decorrentes da redução da vazão do rio, além de compatibilizações do desenvolvimento socioeconômico com a qualidade ambiental.

Neste ponto, há que se destacar as peculiaridades da gestão dos recursos hídricos, cuja unidade territorial considerada é a bacia hidrográfica, a qual coincide com seu curso natural em detrimento de divisões territoriais de caráter político-administrativo. As decisões que envolvam bacias hidrográficas, portanto, são tomadas de forma colegiada, com participação plural dos entes interessados, órgãos ambientais técnicos, usuários e sociedade civil organizada.

Nos autos da ACP, a ANA manifestou-se no sentido de que, recebendo algum pedido de autorização ou manifestação, procederia à análise técnica pertinente, enquanto a União e o Estado de São Paulo pugnaram pelo indeferimento do pedido de tutela antecipada. Foram incluídos no pleito os Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, o que ocasionou o reconhecimento de conflito federativo, fazendo com que os autos judiciais fossem remetidos ao Supremo Tribunal Federal (Ação Cível Originária nº 2536).

O relator, Ministro Luiz Fux, indeferiu a liminar pleiteada pelo MPF para que a ANA se abstivesse de determinar a redução da vazão mínima afluente à barragem de Santa Cecília,

¹⁶⁸ Nas palavras de Sílvia Faber Torres, “considerando que o Estado Federal contrapõe-se ao centralismo, consistindo, juridicamente, em uma ampla forma de descentralização e de divisão territorial de poder, diz-se mesmo que a subsidiariedade está implícita no princípio federativo” (2001, p. 212).

¹⁶⁹ Cristiano Luís Lenzi recorda que o processo discursivo de deliberação política tem como origem a diversidade de valores que podem ser articulados em prol da sustentabilidade (2009, p. 20).

no rio Paraíba do Sul. Entretanto, proferiu decisão monocrática reconhecendo a gravidade da questão, uma vez que poderia gerar o comprometimento do acesso da população dos Estados envolvidos a um recurso natural imprescindível para sua sobrevivência digna.

A decisão do Ministro Fux foi além e afirmou que, tendo em vista a natureza do conflito, o caso mereceria não somente uma análise técnica, mas também a provocação de um necessário diálogo entre os Estados diretamente afetados visando alcançar a melhor solução para manutenção do fornecimento de água

Com o reconhecimento da importância de um diálogo entre os entes envolvidos, o Ministro relator designou uma audiência de mediação para que as autoridades estatais, em conjunto com o Ministério Público Federal, pudessem alcançar um melhor resultado fruto do comum acordo. Assim, recomendou também que as partes envolvidas observassem a possibilidade de formarem um grupo de trabalho, com representantes técnicos e políticos de cada ente, a fim de que, em um modelo de federalismo de cooperação, fosse apresentada a melhor solução para erradicar a falta de água no Sudeste.

Percebe-se, no caso em questão, um esforço do Supremo Tribunal Federal superar suas limitações institucionais e proporcionar a formação de um diálogo democrático entre os entes envolvidos, ainda que se reconheça que foi por vontade da Carta de 1988 que o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional assumiu tal proeminência (VIEIRA, 2008). A submissão das decisões políticas ao STF subtrai do debate democrático questões que deveriam ser objeto de deliberação pela sociedade no exercício de sua cidadania (SUNSTEIN, 2009), contudo a busca de decisões dialógicas permite o incremento de legitimidade e redução dos questionamentos quanto o caráter democrático das decisões proferidas.

O Ministro Luiz Fux destacou que a audiência designada permitiria que as partes construíssem, conjuntamente, uma solução técnica para o problema. A natureza do bem ambiental e a diversidade dos interesses envolvidos demandaria uma postura autorrestritiva do Poder Judiciário a qual, todavia, não se coaduna com o conteúdo da Constituição Federal que determina a proteção ao bem ambiental por parte do Poder Público e da coletividade.

Não detectada recusa das partes para identificação de resposta técnica ao problema, o Ministro entendeu que o princípio da deferência justificaria o estímulo à solução administrativa da questão, por meio de um trabalho conjunto entre os órgãos ambientais competentes. Neste viés, foi proposto um acordo pelo juízo, o qual foi aceito pelas partes e pelo Ministério Público Federal, nos seguintes termos.

Primeiramente, as partes se comprometeram a envidar esforços para uma solução administrativa conjunta ao problema da falta de água na região Sudeste; sendo vedada qualquer alteração abrupta e unilateral por qualquer delas. Ademais, pactuaram não adotar qualquer medida unilateral capaz de reduzir a vazão de água de qualquer dos três entes federativos, podendo, porém, em conjunto, haver tal acordo. Autorizou-se que os Estados realizassem licitações e obras necessárias para a implementação do acordo, além de se destacar que a celebração do acordo entre as partes geraria extinção de todas as ações e procedimentos judiciais ou extrajudiciais sobre o tema. Por fim, em razão de a questão suscitar possível conflito federativo, em observância ao princípio do promotor natural, combinou-se que a atribuição para a promoção de futuros acordos, instauração de procedimentos extrajudiciais ou ajuizamento de ações alusivas ao tema seria privativa do Procurador-Geral da República, obedecidas as regras de prevenção do Regimento Interno do STF.

O processo foi, então, suspenso, até 28.02.2015, prazo no qual deveria ser acostado o acordo, contendo parâmetros técnicos, aos autos.

A decisão proferida pelo STF foi a mais deferente possível à diversidade de interesses envolvidos e à complexidade técnica que reveste qualquer solução possível. Quando se fala em gestão de recursos hídricos, questões como federalismo, subsidiariedade, tratamento jurídico conferido à água e a titularidade do bem ambiental emergem demandando uma solução cooperativa que não viole a manutenção do acesso à água às presentes e futuras gerações, evitando um comportamento predatório comum quando se fala de bens ambientais e de políticas públicas compartilhadas em diferentes níveis (ABRUCIO; FRANZESE; SANO, 2013).

Não se desconsidera a importância da construção de consensos por meio de um processo discursivo deliberativo quando se trata da gestão de bem compartilhado e de uma política pública que perpassa interesses distintos e, por vezes, conflitantes. Contudo, há que se criticar o atalho tomado pelo Estado de São Paulo que ocasionou a judicialização da questão e a submissão da decisão sobre a transposição do rio Paraíba do Sul ao Poder Judiciário ao invés do amadurecimento do debate nas devidas instâncias.

Portanto, o adequado debate sobre questão foi retirado do *locus* que foi instituído pela PNRH por ter o Estado de São Paulo acionado diretamente a Presidência da República, diante de uma situação de crise provocada pela ausência do adequado planejamento que se espera na execução de uma política pública¹⁷⁰. A PNRH tem um caráter regulatório cujo principal mérito

¹⁷⁰ Percebe-se a ausência de um planejamento político adequado pela forma como as obras de transposição estão sendo conduzidas, dado que notícia veiculada em 23.06.2017 informou que o empreendimento, com investimento de mais de R\$ 550 milhões, que foi projetado como principal 'socorro' ao Cantareira, que operou com volume

é permitir a construção de decisões legítimas servindo como solução a um problema público facilmente identificável: a gestão de um recurso comum, essencial, compartilhado e estratégico, a água.

Por fim, o Ministro Luiz Fux, que conduziu a questão instando as partes interessadas à celebração de um acordo entre a ANA, as secretarias de Estado e órgãos gestores encarregados do tema água, e o CEIVAP com sua respectiva agência de bacia, a AGEVAP; cuja homologação pelo STF ocorreu em dezembro de 2015 (INEA, 2015, p. 50).

A despeito de não ter sido observada a necessária procedimentalização do debate de forma a permitir a construção de consensos relevantes para as decisões em questões de gestão de recursos hídricos, como parte do exercício de uma democracia que se legitima em matéria ambiental por meio do princípio da participação; a solução encontrada pelo STF apresenta-se como uma resposta igualmente democrática de caráter dialógico.

Assim, por meio da designação de audiência do STF criou-se uma situação de diálogo interinstitucional dentro de seu processo decisório, incrementando a legitimidade e provocando uma decisão obtida por meio de consensos construídos entre os entes envolvidos. Todavia, a forma como o consenso foi alcançado não se encontra livre de quaisquer reservas, haja vista a ausência da legitimação participativa nas instâncias adequadas para a obtenção de uma decisão política e a ausência do devido exercício da cidadania ambiental por parte da sociedade no foro adequado.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho trata do estudo do conflito federativo submetido ao Supremo Tribunal Federal a respeito da iniciativa de transposição de parte do curso das águas do rio Paraíba do Sul pelo Estado de São Paulo sem a devida observância das instâncias previstas na Política Nacional de Recursos Hídricos.

A questão é inegavelmente complexa dados os interesses abarcados, que envolvem não somente o conflito entre os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, como

morto durante a crise hídrica em 2014, foi paralisado em razão da falta de licença ambiental, ausência de alvará dos bombeiros para armazenar explosivos, além de outros documentos. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/obra-de-interligacao-do-sistema-cantareira-a-bacia-do-paraiba-do-sul-e-embargada.ghtml>. Acesso em 30 ago.2017.

também a tutela do bem ambiental, o reconhecimento da água como direito humano essencial, a importância da democracia deliberativa em questões ambientais, além da existência de uma política pública de caráter regulatório instituída com componentes fortemente democráticos e participativos, visando estimular o debate e permitir a construção de consensos.

Assim, a partir do reconhecimento da importância do constitucionalismo no papel que é desempenhado pelos tribunais constitucionais como garantidores do processo democrático, da importância de uma transição de uma democracia representativa para uma democracia substantiva, do caráter cooperativo e de construção de consensos que deve revestir as decisões em uma federação; e da importância da construção de consensos é apresentada a democracia deliberativa.

A democracia deliberativa consiste em uma teoria que busca superar a noção de democracia como uma engenharia institucional para romper com o totalitarismo, apresentando-se, desta forma, como um instrumento de viabilização de decisões melhores e mais legítimas tomadas a partir de um constante diálogo com a sociedade. Cooperação social, o diálogo e a prestação de contas são a tônica da democracia-deliberativa, a qual possui diversos modelos.

No presente trabalho foram apresentados os dois principais modelos, os quais foram propostos por John Rawls e Jürgen Habermas, além dos modelos propostos por Cláudio Pereira de Souza Neto e Cass Sunstein. Enquanto, para Rawls, os resultados da deliberação devem ser determinados por princípios justificados previamente, cabendo à deliberação precisá-los; Habermas se preocupa com os arranjos institucionais e os mecanismos de controle político de forma a ampliar a participação do indivíduo nos processos de decisão, ampliando a cultura democrática. Souza Neto, por sua vez, aproxima-se de Habermas, contudo incorpora seletivamente os influxos que advêm do contexto e apenas os pressupostos normativos das interações que têm lugar na realidade. Sunstein, por fim, defende uma postura autorrestritiva do Poder Judiciário, cabendo a ele garantir que o processo deliberativo seja realizado da forma mais adequada sendo conferido aos poderes políticos o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, sendo fundamental o exercício da cidadania para tanto.

Neste sentido, defende-se que, em matéria ambiental, a democracia deliberativa é o instrumento adequado para permitir a articulação dos diversos interesses envolvidos, devendo-se reconhecer que a existência de instituições deliberativas em matérias ambiental permite a pluralidade do debate e também contribui para que os responsáveis pelas decisões políticas sejam norteados pela busca do bem comum.

A Constituição de 1988 consagra o incremento da participação e a legislação ambiental brasileira está repleta de exemplos nos quais o legislador instituiu locais para a exteriorização da multiplicidade de interesses que devem ser considerados para a obtenção de uma decisão democrática, sendo a colegialidade uma tônica presente nos procedimentos decisórios, como se pode verificar na Política Nacional do Meio Ambiente e na Política Nacional de Recursos Hídricos.

Outra preocupação do constituinte foi a previsão de um papel proeminente conferido ao Poder Judiciário que se torna o garantidor da concretização dos objetivos constitucionais. Com uma constituição dirigente e uma crise da democracia representativa, o resultado é uma ascensão institucional do Poder Judiciário e uma crescente submissão das mais diversas matérias ao seu crivo, dando ensejo aos fenômenos da judicialização das decisões políticas e um crescente ativismo judicial. Tal processo, contudo, não se deu sem críticas à legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Toda essa explicação teórica é importante para compreender a dinâmica da Política Nacional de Recursos Hídricos e da tutela do direito à água.

A água é um direito fundamental sendo sua titularidade peculiar, considerando que é tratada como bem público, quando se trata de rios, mas também de bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, sendo responsabilidade do poder público e da coletividade mantê-la para as presentes e futuras gerações, na medida em que se trata de bem ambiental.

A preocupação ambiental e o direito ambiental surgiram de movimentos com forte viés social, sendo caracterizados por um clamor de participação e subsidiariedade. Além disso, sua dinâmica não se submete aos limites geográficos territoriais o que fez com que a bacia hidrográfica fosse definida como a unidade de planejamento e gestão de recursos hídricos, reforçando, portanto, o caráter participativo e democrático de qualquer decisão, uma vez que demandam a construção de consensos entre interesses diversos.

O conflito ora analisado foi judicializado pelo MPF por meio da ACO 2536 em razão de o Estado de SP ter requerido autorização à ANA para transposição das águas do rio Paraíba do Sul para o Sistema Cantareira.

O Supremo Tribunal Federal, ciente de sua limitação cognitiva dada a complexidade técnica que envolvia a solução, bem como de sua legitimidade limitada, buscou uma solução calcada na teoria dos diálogos institucionais, ou seja, proporcionou um local para a construção de consensos no bojo do processo judicial, instando à participarem não somente a ANA, como os entes federativos envolvidos juntamente com seus respectivos órgãos técnicos ambientais e

o CEIVAP – Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Percebe-se, portanto, uma clara busca pela construção de um consenso democrático para a solução de questão altamente sensível, a utilização de recursos hídricos.

Ainda assim, há que se reconhecer que a situação em questão permitiu que SP obtivesse sua autorização para transposição de parte do curso do rio Paraíba do Sul sem o desgaste político que a adequada deliberação democrática geraria e sem o devido amadurecimento do debate nas instâncias adequadas. A possibilidade de escassez hídrica não se tratava de uma novidade isolada e já havia sido ventilada em ocasiões anteriores, razão pela qual já esteve presente em negociações realizadas entre os interessados na gestão do Paraíba do Sul havendo, inclusive, a identificação de outras opções de incremento da vazão do sistema Cantareira que não colocariam em risco a segurança hídrica da região metropolitana do Estado do RJ.

Embora o STF tenha buscado construir uma decisão democrática com a participação dos entes ou instituições interessadas no deslinde do conflito (inclusive CEIVAP e AGEVAP), a democracia deliberativa se exerce não somente por meio de consensos, mas também através da observação do *iter* procedimental.

Nesse sentido, vale trazer a crítica de Sunstein para quem a proeminência do Poder Judiciário provoca um apequenamento da participação democrática. No caso, a submissão da questão ao STF serviu ao interesse egoísta do Estado de SP que submeteu os demais atores às suas demandas – já que antevia a crise desde 2008 – em detrimento da busca de consenso em uma arena deliberativa na qual se permitiria a todos os atores a expansão de suas razões de forma a obter uma decisão legitimada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Dados- Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, p. 5 a 34.

ABRUCIO, Fernando & Costa, Valeriano. **Reforma do Estado e o Contexto Federativo Brasileiro**, Série Pesquisa, n. 2, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, 1998.

ABRUCIO, F. L.; SOARES, M. M. **Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no grande ABC**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (Pesquisas, n. 24).

ABRUCIO, Fernando Luiz; FRANZESE, Cibele; SANO, Hinorobu. **Trajetória recente da cooperação e coordenação no federalismo brasileiro: avanços e desafios**. In: CARDOSO JR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto (orgs.). República, democracia e desenvolvimento : contribuições. Brasília: Ipea, 2013. P. 129-164.

AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **O estatuto jurídico das águas no Brasil**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 163-177, 2015.

ANDERSON, George. **Federalism: an introduction**. Oxford University Press. Forum of Federations, 2008.

_____. **The Political Relevance of Federalism in the Twenty-First Century**. Conference Speech. Disponível em <http://www.forumfed.org/library/the-political-relevance-of-federalism-in-the-twenty-first-century/>, acesso em 25.04.2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito Ambiental**. 18º ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladora e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARANTES, Rogério Bastos. KERCHE, Fábio. **Judiciário e Democracia no Brasil**. Novos Estudos, 54, 1999. Disponível em http://rubi.casaruibarbosa.gov.br:8080/bitstream/123456789/1301/1/Arantes%2C%20Rog%2C%20A9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%20C3%A1bio_Judici%2C%20A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em 05 mar.2017,

ARGUELHES, Diogo Werneck. LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Revista de Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, 2011. <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184/166> Acesso em: 23.07.2017

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração do Milênio**. AG Index: A/RES/55/2, oito de setembro de 2000. Disponível em: <https://www.unric.org>.

_____. **Resolução n. 64/292**. AG Index: A/RES/64/292, vinte e oito de julho de 2010. Disponível em: <http://www.un.org>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

_____. **O princípio de subsidiariedade: Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005.

BARIFOUSE, Rafael. **Brasil vive um conflito por água a cada quatro dias**. São Paulo: BBC Brasil, 28 de março de 2014. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140327_conflitos_agua_aumentam_rb. Acesso em 25.08.2017.

_____; FELLET, João. **O futuro da água brasileira será decidido nos tribunais? Brasília e São Paulo: BBC Brasil, 28 de março de 2014**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140327_conflitos_agua_rb. Acesso em 25.08.2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. **A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 44, 1992.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2011.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte, Fórum, 2012. 132 p.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 2-50.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2013.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

[content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf](#). Acesso em 10 fev.2017.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. O Estado Democrático de Direito Pós-Providência Brasileiro em busca da Eficiência Pública e de uma Administração Pública mais Democrática. **Revista brasileira de estudos políticos [RBEP]**, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, nº 98, Jul. - Dez. 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Cidadania e Democracia**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, no.33 São Paulo Aug. 1994, p. 5-17.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, n. 14 São Paulo. Revista dos Tribunais. Abr-jun 1999. P. 11-115.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BOHMAN, James; REHG, William (editors) **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. London: the MIT Press Cambridge, 1997.

BOLSON, Simone Hegele Bolson; HAONAT, Ângela Issa. **Governança da água, a vulnerabilidade hídrica e os impactos das mudanças climáticas no Brasil**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.13, n.25, p.223-248, Janeiro/Abril de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 15ª ed., 2004.

_____. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Malheiros, 8ª ed., 2010.

BORDALO, Carlos Alexandre Leão. **O Desafio das águas numa metrópole amazonida: uma reflexão das políticas de proteção dos mananciais da Região Metropolitana de Belém – PA (1984 – 2004)** / Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Belém, 2006.

_____. **A “Crise” Mundial da Água vista numa perspectiva da Geografia Política**. GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, Nº 31 especial, pp. 66 - 78, 2012.

BOTHE, Michael. **Federalismo: um conceito em transformação histórica**. In O Federalismo na Alemanha, série Traduções (7), São Paulo: Konrad-Adenauer- Stiftung, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 30 ago.2017.

_____. **Constituição Federal, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 set.2017.

_____. **Decreto Federal nº1.842, de 22 de março de 1996**. Disponível em <http://ceivap.org.br/downloads/decreto-1842.1996.pdf>. Acesso em 10 set/2017.

_____. **Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em 10 set.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Cível Originária 2536**, Rel. Min. Luiz Fux, Acordo homologado em 10 dez/2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08 jan. 2016;

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Cidadania e Res Publica: A Emergência dos Direitos Republicanos**. Revista de Filosofia Política - Nova Série, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Filosofia, vol.1, 1997: 99-144.

_____. **Balanco da reforma da reforma do estado no Brasil**. 06 jun.2002. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/2002/02.Desafios_do_capitalismo_Global.pdf. Acesso em 20 ago.2017.

_____. **Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009.

_____. 2010a. **A crise financeira global e depois. Um novo capitalismo?**. *Novos Estudos Cebrap*, n. 86, pp. 51-72.

_____. **Democracia, Estado social e reforma gerencial**. Revista de Administração de Empresas. vol.50, nº1, São Paulo Jan./Mar. 2010b, p. 112-116.

_____. **Estado, estado-nação e formas de intermediação social**. Texto para discussão 409. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas FGV-EESP, Jan/2016.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. **O direito à água no direito internacional e no direito brasileiro**. Confluências, vol. 14, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, dezembro de 2012, páginas 60 a 82.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BURGESS, M. **Federalism and Federation: a reappraisal**. In: BURGESS, M.; GAGNON, A. (Org.). *Comparative federalism and federation*. London: Harvester, Wheatsheaf, 1993.

BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Políticas públicas de recursos hídricos no Brasil: olhares sob uma perspectiva jurídica e histórico-ambiental**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.22, p.225-254, Julho/Dezembro de 2014.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2001

CAMPOS, Jander Duarte. **Cobrança pelo uso da Água nas Transposições da Bacia do Rio Paraíba do Sul envolvendo o Setor Elétrico**, Rio de Janeiro: Laboratório de Hidrologia da COOPE/UFRJ, 2001

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Maria Lúcia de Macedo. **Desafios e potencialidades dos comitês de bacias hidrográficas**. *Cienc. Cult.* vol.55 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2003, pp. 40-41.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**, 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Yara Maria C., MORAES, Jener Fernando L.; MENEZES, Luciana B.; MARTINS, Sonia S. **A Legislação Brasileira de Recursos Hídricos como Instrumentalização à Gestão Compartilhada**. *Revista Tecnologia e Inovação Agropecuária*, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Regime jurídico das águas no Brasil**. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n.65, p.29-36, 2010.

CASTRO, José Esteban. **La construcción de nuevas incertidumbres, tecnocracia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos**. *Revista Iberoamericana de Ciencias, Tecnología, Sociedad e Innovación*, v. 2, 2002. Disponível em: <http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero2/esteban.htm>. Acesso em 01 set.2017.

CASTRO, José Esteban. **O acesso universal à água é uma questão de democracia**. *IPEA: Boletim regional, urbano e ambiental* | 15 | jul.-dez. 2016, p. 59-65.

CAUBET, Christian Guy. **A água, a lei, a política... e o meio ambiente?** Curitiba: Juruá, 2005.

CIBIM, Juliana Cassano; JACOBI, Pedro Roberto. **A governança hídrica e o Direito Internacional do Meio Ambiente: articulação entre os atores e a paradiplomacia**. In: CIBIM, Juliana Cassano; JACOBI, Pedro Roberto. *Governança da água na América Latina e Europa: atores sociais, conflitos e territorialidade*. São Paulo: Annablume, 2009.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COELHO, Victor. **Paraíba do Sul: um rio estratégico**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.

COHEN, Joshua. **Deliberative and democratic legitimacy**. In: HAMLIN A., PETTIT P (editors). *The Good Polity: normative analysis of the State*. Oxford: Basil Blackwell; 1989. p. 17-34.

_____. **Deliberation and Democratic Legitimacy**. Disponível em <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/JCOHENDELIBERATIVE%20DEM.pdf>. Acesso em 30 ago.2017.

COSTA, Adriana Lustrosa da; MERTENS, Frédéric. **Governança, Redes e Capital Social no Plenário do Conselho Nacional de Recursos Hídricos do Brasil**. São Paulo: Ambiente e Sociedade. V. XVIII, n. 3, jul/set. 2015.

COSTA, Maria Angélica Maciel e IORIS, Antônio Augusto Rossotto. **Até a última gota: complexidade hidrossocial e ecologia política da água na Baixada Fluminense (RJ, Brasil)**. In *O direito à água como política pública na América Latina : uma exploração teórica e empírica* / editores: José Esteban Castro, Léo Heller, Maria da Piedade Morais. – Brasília : Ipea, 2015.

DAHL, Robert A., **Federalism and the Democratic Process, in Democracy, Identity and Equality**. Oslo: Norwegian University Press, pp. 114-126, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMINELI, Augusto e DAMINELI, Daniel Santa Cruz. **Origens da vida**. ESTUDOS AVANÇADOS 21 (59), 2007. P. 263-284.

DEWEY, John. **Democracia cooperativa: escritos políticos escolhidos de John Dewey: 1927-1993**. FRANCO, Augusto e POGREBINSCHI, Thamy (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Coord. Por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 531.

DOBSON, Andrew. **Environmental citizenship: Towards sustainable developments**. *Sustainable Development*, 15, 276-285, 2007. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/sd.344/epdf>, acesso em 20 ago.2017.

DOHERTY, B.; GEUS, M. (Org.). **Democracy and green political thought**. London: Routledge, 2005.

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. Traduzido por Sandra Guardini T. Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999.

DRUMMOND, J.; BARROS-PLATIAU, A. F. **Brazilian Environmental Laws and Policies, 1934-2002: a Critical Overview**. *Law; Policy*, 28(1), p. 83-108, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Hard Cases**. *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109 Published by: The Harvard Law Review Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1340249> . Acessado em 03 set.2016.

DUARTE JUNIOR, Ricardo César Ferreira. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa**. Curitiba: Juruá, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **El proyecto de Constitución Europea**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, 1995.

EPSTEIN, Lee and King, Gary, **The Rules of Inference**. *University of Chicago Law Review*, Vol. 69, No. 1, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1082915>, acesso em 24 mar.2016.

FEELEY, Malcolm M. **The Political Theory of Federalism**. *The Flinders Journal of History and Politics*, volume 28, 2012, disponível em <https://www.flinders.edu.au/sabs/shir/our-research/research-journals/fjhp/volume-28-2012.cfm>, acesso em 10 mai.2016.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2010.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Suíça: 700 anos – Modelo de Federalismo e Democracia**. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 113, p. 505-514, jan./mar. 1992.

FLORES, Karen Müller. **O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações**. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, jun./dez 2011. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1724>. Acesso em 10 mar.2017.

FRACALANZA, Ana Paula. **Conflitos na apropriação da água na região metropolitana de São Paulo**. Presidente Prudente, 2002. 217 p. Tese (Doutorado em Geografia) - Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista.

FRANCISQUINI, Renato. **Democracia, justiça e o uso público da razão: reflexões sobre o debate entre Rawls e Habermas**. *Teoria e pesquisa – Revista de Ciência Política*, vol. 22, nº 2, jul/dez. 2013, p. 21-36.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FUNG, Archon; WRIGHT, Erik Olin. **Thinking about Empowered Participatory Governance**. In FUNG, Archon; WRIGHT, Erik Olin (orgs.). *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance - The Real Utopias Project IV*. Londres: Verso, 2003.

FUNG, Archon. **Associations and democracy: between theories, hopes and realities**. Annual review of sociology, v. 29, p. 515-539, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I, 13. ed. Madrid: Thomson: Civitas, 2006.

GIDDENS, A. **Para além da esquerda e da direita**. São Paulo: UNESP, 1996.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós**. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GLEICK, Peter H.. **The World's Water – The Biennial Report on Freshwater Resources**. Pacific Institutes for Studies in Development, Environment and Security, 2014.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais na contemporaneidade**. Revista Brasileira de Educação, volume 16, nº 47, Rio de Janeiro, maio/agosto 2011, p. 333-513.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Luis López. **Conflictos competenciales, interés general y decisión política**, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, set-dez/1988.

GUIVANT, Júlia Silvia. JACOBI, Pedro. **Sociedade e meio ambiente. Da Hidro-Técnica à Hidro-Política: novos rumos para a regulação e gestão dos riscos ambientais no Brasil**. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, n. 43, junho de 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Revista de Direito Público, nº 60 – Nov-Dez/2014, p. 25-50.

HABERMAS, Jurgen. **A Nova Intransparência**. Novos Estudos CEBRAP 18, set. 1987.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security, and Solidarity**. In: *Constellations*, vol. 7, n.º 4, p.522 – 528, 2000.

HARDIN, Garret. **The tragedy of the commons**. Science 13 Dec 1968: Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248, DOI: 10.1126/science.162.3859.1243.

HEALEY, Patsy. **Collaborative planning: shaping places in fragmented societies**. London: Macmillan, 1997

HORTA, Raul Machado. **Federalismo e o princípio da subsidiariedade**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 21, p. 153-167, 2002.

HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. **Comparative Federalism: a systematic inquiry**. University of Toronto Press Incorporated, 2010.

INEA, **Nota técnica nº 01/2014**. Disponível em <http://200.20.53.3:8081/cs/groups/public/documents/document/zwew/mdiw/~edisp/inea0020132.pdf>. Acesso em 03 fev.2017.

IORIS, Antônio. Desenvolvimento nacional e gestão de recursos hídricos no Brasil, **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 85 | 2009, colocado online no dia 01 Dezembro 2012, criado a 15 Julho 2015. URL : <http://rccs.revues.org/329> ; DOI : 10.4000/rccs.329

JACOBI, Pedro Roberto. **Políticas Públicas: uma agenda de questões e indagações no contexto de transição**. São Paulo em Perspectiva, 3 (1/2): 42-45, jan/jun 1989.

_____. **Gestão Participativa e Compartilhada das Águas**. São Paulo: Universidade de São Paulo, PROCAM-FEUSP, 2006a.

_____. **Participação na gestão ambiental no Brasil: os comitês de bacias hidrográficas e o desafio do fortalecimento de espaços públicos colegiados**. *En publicación: Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*. Alimonda, Héctor. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Marzo 2006b. ISBN: 987-1183-37-2.

_____. **Governança da água no Brasil**. In: RIBEIRO, W. C. (Org.) *Governança da água no Brasil. Uma visão interdisciplinar*. São Paulo: Annablume, 2009.

_____. **Aprendizagem social, desenvolvimento de plataformas de múltiplos atores e governança da água no Brasil**. Revista Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 69-95, jan.- jul. 2010.

_____. **Governança ambiental global: uma discussão precarizada**. Mai.2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/510025-governanca-ambiental-global-a-discussao-ficara-precarizada-entrevista-especial-com-pedro-roberto-jacobi>. Acesso em: 20 ago.2017.

_____; BARBI, Fabiana. **Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil**. Rev. Katál. Florianópolis v. 10 n. 2 p. 237-244 jul./dez. 2007.

JOHNSON, Rosa Maria Formiga; FARIAS JÚNIOR, José Edson Falcão de; COSTA, Larissa Ferreira da; ACSELRAD, Moema Versiani. **Segurança hídrica do Estado do Rio de Janeiro face à transposição paulista de águas da Bacia Paraíba do Sul: relato de um acordo federativo**. Revista INEANA/Instituto Estadual do Ambiente-- v.3, n.1 (jul/dez 2015)---Rio de Janeiro: INEA, 2015.

KELMAN, Jerson. **10 anos de AGEVAP**. Disponível em <http://www.agevap.org.br/agevap.php>.

_____ ; FRAJTAG, D. K. **Agências Reguladoras**. Boletim da Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH, n. 3, nov. 2000.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Funag, 2007.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

LENZI, Cristiano Luís. **Cidadania ambiental: do nacionalismo ao cosmopolitismo**. In: ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 2016, Minas Gerais. Teoria Social Hoje: Quais Agendas?, 2016. v. 40.

LEVI, Lucio. **Federalismo**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, v. 1, p. 475-486.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. Modelo teórico e discursos críticos**. Kriterion, vol.51, no.121. Belo Horizonte, Jun.2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012. Acesso em 30 ago.2017.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Redesenhando as relações sociedade e Estado: o tripé da democracia deliberativa**. Katálysis, v. 6, n. 2, jul/dez 2003, Florianópolis, p. 165-175.

MACHADO, Carlos José Saldanha. **Recursos Hídricos e Cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios**. Ambiente & Sociedade, v.VI, n. 2, jul./dez., 2003.

MACHADO, Carlos José Saldanha. **A gestão francesa de recursos hídricos: Descrição e análise dos princípios jurídicos**. Revista Brasileira de Recursos Hídricos. Volume 8, nº 4, out/dez 2003, p. 31-47.

MALDONADO, Manuel Arias. **Green Politics and Deliberative Democracy**. Berkeley Workshop on Environmental Politics. Working Papers, abr/2013. Disponível em <http://globetrotter.berkeley.edu/GreenGovernance/papers/WP/13-Arias.pdf>. Acesso em 10 ago.2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Entrevista para o portal IHU On-Line**. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5671&secao=453. Acesso em 30 jul/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XIX, Lumen Juris, 2008.

MARENGO, José Antônio; SCHAEFFER, Roberto; PINTO, Hilton Silveira; ZEE, Davi Man Wai. **Mudanças climáticas e eventos extremos no Brasil**. Rio de Janeiro: FBDS, 2009. 76 p.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, n. 58, Nov.2000

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008, 224f. Tese - Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em 17 mar/2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública no Estado Contemporâneo: eficiência e controle**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 30, n. 117, 1993, p. 29-35.

_____. **A crise da democracia representativa e a ascensão do poder judiciário no Brasil**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

_____. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, nº 13, mar/abr/mai 2008. Salvador. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>. Acesso em 10 ago.2016.

_____. **Apontamentos sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas**. Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Edição Especial sobre Controle judicial de políticas públicas no Brasil e no exterior. Jun/2013. Disponível em <http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publication.pdf> Acesso em 22 jul.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 6ª ed., 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 7ª ed., 2012 (versão digital).

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o estado de direito**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, no.37, São Paulo, 1996. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100006. Acesso em 30 jun.2017.

Nota Técnica CBH BPSI 01/2016: **Proposições do comitê de bacia hidrográfica do Baixo Paraíba do Sul e Itabapoana para o enfrentamento dos efeitos da seca histórica na região**

hidrográfica IX e garantia da segurança hídrica/Comitê de Bacia Hidrográfica do Baixo Paraíba de Sul e Itabapoana. Campos dos Goytacazes: CBH BPSI, AGEVAP UD5, 2014.

NUNES, Josiane Borghetti Antonelo. STURZA, Janaína Machado. **O Espaço Local e a Descentralização da Saúde: Elementos Basilares para a (Re)Democratização do Estado e Conquista da Cidadania.** Direito e Humanidades: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, n. 21, 2011.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Managing across levels of government.** Paris: OCDE, 1997. Disponível em <http://www.oecd.org/governance/budgeting/1902308.pdf>. Acesso em 10 jun.2017.

OECD (2015), **Governança dos Recursos Hídricos no Brasil**, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264238169-pt>, acesso em 02 mar.2016.

OFFE, Claus. **A Democracia Partidária Competitiva e o Welfare State Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização**”. In – Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro-RJ. Tempo Brasileiro, pág. 355-386, 1984.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A importância do soft law na evolução do Direito Internacional.** Ano 1 (2012), nº 10, 6265-6289. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em 30 mar.2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ONU – Organização Das Nações Unidas. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972.** Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em 10 abr.2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 20 abr.2017.

PAGNOCCHESCHI, Bruno. **A Política Nacional de Recursos Hídricos no Cenário da Integração das Políticas Públicas.** In MUÑOZ, Héctor Raúl (org.). Interfaces da gestão de recursos hídricos: desafios da Lei de Águas de 1997,. 2. ed. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a Aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIRES, José Salatiel Rodrigues; SANTOS, José Eduardo dos; DEL PRETTE, Marcos Estevan. **A Utilização do Conceito de Bacia Hidrográfica para a Conservação dos Recursos**

Naturais. In SCHIAVETTI Alexandre; CAMARGO, Antonio F. M. Conceitos de bacias hidrográficas: teorias e aplicações, Ilhéus, Ba : Editus, 2002.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Descentralização e Subsidiariedade.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 147, p. 161-178, julho/setembro 2000.

PLANETA COPPE. **Rio consumirá até 2030 cerca de 100% da vazão do Paraíba para o Guandu.** Publicado em 25.03.2014. Disponível em www.ihu.unisinos.br. Acesso em 09 mar.2016.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. **A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água, 2006.** Disponível em http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf. Acesso em 13 mar.2016.

POMPEU, Cid Tomanik. **O papel do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH.** Cienc. Cult. vol.55 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2003, pp. 42-44.

_____. **Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação.** São Paulo: Escrituras, 1999, p.602. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas docs. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTANOVA, Rogério Silva. DALLA CORTE, Thaís. **A (Re)Definição do Tratamento Jurídico da Água no Século XXI: um direito humano e da natureza.** XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Norma Sueli Padilha e Marcelino Meleu. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 5-20.

PORTO, Monica F.A.; PORTO, Rubem La Laina. **Gestão de Bacias Hidrográficas.** Estudos Avançados, 22 (63), 2008.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RANGEL, Henrique; FADEL, Alexandre; NERI, Bianca; BOLONHA, Carlos. **Judicialização do federalismo e federalismo formal.** Rev. direito GV [online]. 2016, vol.12, n.1, pp.217-250. Acesso em 15 maio.2017.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** São Paulo: Editora Columbia Press, 1993.

_____. **Uma teoria da Justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997a.

_____. **The Idea of Public Reason.** In: Deliberative democracy : essays on reason and politics. BOHMAN, James; REHG, William (editors). London: the MIT Press Cambridge, 1997b.

REBOUÇAS, Aldo da C. **Água e desenvolvimento rural.** Estudos Avançados, vol.15, no.43. São Paulo, Sept./Dec 2001. Disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000300024. Acesso em 25 jul.2017.

RIBEIRO, Malu. ONU: **SP, RJ e MG terão a maior guerra por água na América do Sul (ESTUDO)**. HuffPost Brasil, 21.03.2014. Disponível em http://www.huffpostbrasil.com/2014/03/21/onu-sp-rj-e-mg-terao-a-maior-guerra-por-agua-na-america-do-sul_a_21667379/. Acesso em 3 set.2017.

RIBEIRO, Maria Adriana de Freitas Mágero. **Participação Pública em Gestão de Recursos Hídricos: uma análise do caso paraibano**, 2012.

ROCHA, Altemar Amaral; VIANNA, Pedro Costa Guedes. **A Bacia Hidrográfica como unidade de gestão**. II Seminário Luso-Brasileiro sobre Agricultura Familiar e Desertificação - o II Semiluso. Paraíba, 2008. Disponível em: <http://www.geociencias.ufpb.br/leppan/gepat/files/gepat022.pdf>. Acesso em 10 ago.2017.

ROCHA, Anacélia Santos. HAAS, Francisco. **O Caráter Democrático-Participativo do Direito Fundamental ao Meio Ambiente**. <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2cfd22322a832d77>. Acesso em 30 mar.2017

ROEHRIG, Jackso. **Crise da água não é problema técnico, mas de gestão**. Deutsche Welle — publicado em 25.01.2015. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/crise-da-agua-nao-e-problema-tecnico-mas-de-gestao-4938.html>. Acesso em 30 mar.2017.

ROGERS, Peter; HALL, Alan W; 2003. In: SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira; THEODORO, Hildelano Delanusse; JACOBI, Pedro Roberto. **Governança e Política Nacional de Recursos Hídricos: qual a posição da Gestão das Águas no Brasil?** In: IV ENCONTRO NACIONAL DA ANPPAS, Brasília, DF, Brasil. 4, 5 e 6 de junho de 2008. Anais... Brasília, DF, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Introdução: para ampliar o cânone democrático**. In: Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Boaventura de Sousa Santos (org.), Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SANTOS, Wellington G. dos. **Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

São Paulo (Estado). Secretaria do Meio Ambiente / Coordenadoria de Educação Ambiental. **Recursos hídricos** / Autores Rocha, Gerôncio de Albuquerque; Assis, Neusa Maria Marcondes Viana de; Mancini, Rosa Maria de Oliveira Machado; Melo, Teresinha da Silva; Buchianeri, Viviane; Barbosa, Wanda Espírito Santo. - - São Paulo: SMA / CEA, 2011. Disponível em <http://www3.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/cea/14-RecursosHidricos.pdf>. Acesso em 26 jun.2017.

SANCHEZ AGESTA, Luis. **Princípios de teoria política**. 6a. ed. rev. - Madrid: Ed. Nacional, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª. ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: Breves notas**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/issue/view/3>. Acesso em 16 jul.2017.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a Aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

SARTORI, Marcos Paulo Lallo. **Governança na Bacia Hidrográfica do Alto Tietê: avaliação por critérios de investimento**. Dissertação de Mestrado, Campinas: Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo, 2013.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas. Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2.ed.São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA FILHO, Carlos da Costa e; ROMANO, Livia Soalheiro e. **Crise Hídrica na Bacia do Rio Paraíba do Sul (trecho fluminense): medidas judiciais**. In Avzaradel, Pedro Curvello Saavedra; Brandão, Clarissa; Saddy, André. Constituição, Crise Hídrica, Energia e Mineração na América Latina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 35ª ed., 2012.

SILVA, Orlando Sampaio; PESSOA, Flávia. **O risco de esvaziamento da legitimidade democrática habermasiana da jurisdição constitucional brasileira**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017, p. 595-623.

SILVA, Tatiana dos Santos. **A Governança das Águas no Brasil e os Desafios para a sua Democratização**. Revista UFMG, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, jul/dez. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009, p. 198-227.

SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: Estudos sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos.** Dissertação de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Editora Almedina, 2007.

SOUZA, Celina. “**Estado da arte**” da área de políticas públicas: conceitos e principais tipologias. In: Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). 21-25 de outubro de 2003, Caxambu.

SOUZA-FERNANDES, Luciana Cordeiro de. **A escassez de água no Sistema Cantareira.** In Avzaradel, Pedro Curvello Saavedra; Brandão, Clarissa; Saddy, André. Constituição, Crise Hídrica, Energia e Mineração na America Latina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1-50.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

SOUZA, Matilde de; SILVA, Carla Pereira and BARBOSA, Luciana Mendes. **Governança e difusão de normas para a gestão de aquíferos compartilhados: o papel do ISARM.** Contexto int. [online]. 2014, vol.36, n.1, pp.261-289. ISSN 0102-8529. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292014000100009>. Acesso em 10 ago.2017.

STORBER, Rolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht.* Trad. espanhola. **Derecho administrativo económico.** Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. **Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes.** New York: Basic Books, 1987.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional,** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO, Hildelano Denanusse. **Instituições e Gestão dos Recursos Hídricos em Minas Gerais.** Tese apresentada à Universidade Federal de Viçosa. 2002. Disponível em <http://locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/9868/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 ago.2017.

THEODORO, Hildelano Delanusse; MATOS, Fernanda (orgs.). **Governança e recursos hídricos: experiências nacionais de gestão.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015.

TIIHONEN, Seppo. **From Governing to Governance: A Process of Change.** Tampere, Finland: Tampere University Press, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Tradução Eduardo Brandão, 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 50, 1997.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORTAJADA, C. **Water Governance: some critical issues,** International Journal of Water Resources Development, 26:2, 2010, p.297 – 307.

TUCCI, Carlo. **Hidrologia: Ciência e Aplicação.** Editora da UFRGS/ABRH, Porto Alegre: 2004

TUNDISI, José Galizia. **Ciclo hidrológico e gerenciamento integrado.** Cienc. Cult. vol.55 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2003, pp. 31-33.

_____. **Novas Perspectivas para a Gestão dos Recursos Hídricos.** São Paulo: Revista USP, n. 70, junho/agosto 2006.

VARGAS, Éverton Vieira. **Água e relações internacionais.** Revista Brasileira de Política Internacional, vol.43, no.1, Brasília Jan./Junho 2000, p. 178-182.

VERBICARO, Loiane Prado. **O Republicanismo de Cass Sunstein e o Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin. Uma Análise à Luz da Função Exercida pelos Tribunais nas Democracias Contemporâneas.** Revista CESUMAR, v. 12, n. 2, 2007. <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/563> Acesso em: 03.07.2017.

VIERA, José Ribas. De RÉ, Mônica Campos. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do supremo tribunal Federal.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 81-92, outubro/2009. <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf> Acesso em: 01 jul.2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, São Paulo 4(2), jul-dez 2008, p. 441-463.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

WEBER, Max. (1922 [2002] **A nação.** In Max Weber (2002) **Ensaio de Sociologia**, organizado por H. H. Gerth e C. Wright Mills, Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora: 120-125.

WOLKMER, Antônio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. **O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina.** In: Interthesis, Florianópolis, v. 9, n. 1, jan.- jun./2012. p. 123-155.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiberger. **Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental,** Florianópolis: Sequência, n. 67, dez. 2013

ZAPELINI, Marcello Beckert. **Accountability na Gestão de Recursos Hídricos.** Revista Interdisciplinar de Gestão Social / Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Centro Interdisciplinar de Desenvolvimento e Gestão Social, v. 4, n. 1, jan./mar. 2015, Salvador: EAUFBA, 2015.

ZETTEL, Bernardo Barbosa; GANEM, Fabrício Faroni; BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves. **O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 41, 2012. Disponível em <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/153>. Acesso em 10 jul.2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. **O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos Fóruns Mundiais da Água.** Revista Ambiente & Água [online]. 2016, vol.11, n.4, pp.954-971. <http://www.scielo.br/pdf/ambiagua/v11n4/1980-993X-ambiagua-11-04-00954.pdf>. Acesso em 02.05.2017.