

ASPECTOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS NO DILEMA CONTEMPORÂNEO DOS RECURSOS HÍDRICOS: ELEMENTOS DA REGULAÇÃO NA GESTÃO DAS ÁGUAS DOCES

Patrícia Borba Vilar Guimarães¹

RESUMO

O presente artigo busca introduzir os fundamentos e princípios da gestão da água, no contexto regulatório que domina o ambiente jurídico-institucional do setor. São apresentados os fundamentos da lei 9.433/97, a Lei de Águas e discutidos alguns de seus princípios, como os usos múltiplos, a bacia hidrográfica como unidade de gestão, o papel institucional dos Comitês de Bacias Hidrográficas e a descentralização e participação popular como elementos da gestão compartilhada deste recurso natural. É feita uma abordagem preliminar da aplicação do princípio da subsidiariedade como proposta de viabilização da participação popular enquanto veículo do controle da política regulatória no setor de águas.

PALAVRAS-CHAVE. Meio-ambiente. Direito das águas. Princípios na gestão dos recursos hídricos.

1. INTRODUÇÃO

Verificamos no âmbito do direito ambiental, a necessidade de discutir o modelo jurídico proposto para o controle institucional no setor de águas brasileiro, num contexto de neoconstitucionalismo e regulação estatal, considerando a aplicação do Princípio da Subsidiariedade como possibilidade contemporânea de controle das políticas públicas e promoção do equilíbrio ambiental.

Há vários estudos sugerindo as diversas metamorfoses pelas quais os estados contemporâneos têm passado, a respeito de novas ordens liberalizantes². O direito

¹ Advogada, Professora universitária, Mestre em Ciências da Sociedade e Mestranda em Direito pela UFRN.

constitucional brasileiro não tem se mostrado alheio a estes novos auspícios, quando assumiu, após a carta de 1988, características diretas de balizamento da intervenção econômica estatal.³

Dentre as inúmeras complexidades que a realidade coloca como desafio ao direito na atualidade, está o questionamento da existência do próprio Estado, cada vez mais retraído a uma função menos de *comando e controle*, e mais de *regulação* dos comportamentos tutelados pelo direito econômico. Segundo Alfredo de Oliveira Baracho, “as mutações estruturais e qualitativas da sociedade contemporânea conduzem a questionamentos sobre o conceito de ‘pluralismo’”⁴. Para este autor, o pluralismo característico desta nova forma de Estado reconhece a necessidade de manter o equilíbrio entre as múltiplas tensões que a ordem social apresenta, afirmando que “a multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado ao Estado e à comunidade”⁵ representado na possibilidade de controle social da atividade regulatória, em uma das suas variadas espécies. Essa forma de controle é bastante evidenciada no ambiente regulatório dos recursos hídricos.

A lei 9.433/97, principal referência da Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH, surgiu no seio da regulação econômica e política experimentada nos anos 90⁶, com seus processos típicos de privatização e inovou ao instituir novos princípios e modelos de gestão dos recursos hídricos. Também denominada “Lei das Águas”, ela reorganiza o planejamento e a gestão sob a ótica sistêmica, apropriadas ao espírito da Conferência do Rio-92, berço da Agenda 21 global que definiu a promoção do meio-ambiente e a proteção dos recursos hídricos como um de seus principais parâmetros de atuação.

Dentre os fundamentos da Lei de Águas destacam-se os usos múltiplos; o reconhecimento da água como um bem finito e vulnerável, dotado de valor econômico; a adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e a gestão descentralizada e participativa.⁷ Para atender ao princípio da gestão participativa e descentralizada determinado por lei, as decisões devem ser compartilhadas nos Comitês de Bacia Hidrográfica - CBH que

² Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴ BARACHO, Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 6.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ Cf. PEREIRA, Luis Carlos Bresser. *A reforma do estado nos anos 90. Lógica e mecanismos de controle*. MARE. Ministério da Administração Federal e de Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE, 1997.

⁷ “... as soluções propostas pra a resolução dos problemas ambientais passaram a ser colocadas não somente em termos de proteção, mas também, e cada vez mais, em termos de gestão para que as relações dos homens com a natureza possam ser estabelecidas de tal modo que os recursos oferecidos por ela permaneçam renováveis”. MACHADO, Carlos José Saldanha. *Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente*. Cienc. Cult., Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24.

deverão, nos planos de recursos hídricos, estabelecer prioridades de uso da água, entre outras atribuições típicas da gestão e controle de políticas públicas⁸.

Como principal órgão regulador do setor de águas do país e para fundamentar o planejamento nacional do setor foi criada a Agência Nacional de Águas⁹ que aponta em seus documentos-base que “é fundamental que, na definição de diretrizes e metas do Plano Nacional de Recursos Hídricos, se busque uma concepção adequada de desenvolvimento para o Brasil, a qual não pode se limitar à promoção de um ciclo de expansão econômica mas deve conter, como elemento essencial, um crescente processo de inclusão social e sustentabilidade ambiental.”¹⁰ Os Comitês de Bacias Hidrográficas, no contexto deste Plano, são canais abertos ao exercício da política e podem contribuir para o *empoderamento* da sociedade civil¹¹ como ente de controle das políticas públicas no espaço regulatório. Esse empoderamento poderá refletir-se nos aspectos de promoção do equilíbrio ambiental diante da proximidade dos agentes de controle e o local de execução da política.

Na Agenda 21, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável foi recomendado que a ordenação integrada dos recursos hídricos deve estar baseada na percepção de que a água é parte integrante do ecossistema, um recurso natural e um bem social e econômico, cuja quantidade e qualidade determinam a natureza de sua utilização, sendo que a integração dos aspectos relativos as terras e as águas teria que ser feita no nível de bacias hidrográficas. Ainda sobre a água e o desenvolvimento sustentável, é recomendada uma gestão com enfoque integrado, que concilie o desenvolvimento econômico e social com a proteção dos ecossistemas naturais, estabelecendo uma relação entre o uso do solo e da água.

Em nosso ordenamento jurídico a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, a partir da lei 9.433/97 demandou a criação de novos mecanismos e instrumentos de gestão dos recursos hídricos no país, que ainda mostram-se incipientes especialmente nos estados da Região Nordeste em face das suas características peculiares, onde fatores como a adversidade climática, a escassez de recursos hídricos e reconhecida fragilidade institucional

⁸ Adotamos o conceito de política pública enquanto “coordenação dos meios do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados”. Cf. BUCCI, M^a Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ^a 34, n. 133, jan/mar. 1997. p.91.

⁹ Criada pela lei 9.984/2000, como agência reguladora do setor de águas, em nível federal.

¹⁰ BRASIL. PRODOC 704BRA2041 ANA/UNESCO. Diretrizes e metas para o PNRH. Brasília, 2005.

¹¹ No sentido de que a participação representa a aquisição de poder pela sociedade, ao se envolver em decisões políticas.

reforçam a necessidade de estudos contextualizados na região que favoreçam seu desenvolvimento *qualitativo* e sustentável.¹²

Há necessidade de uma análise institucional da base jurídica fundante da PNRH, que permita oferecer contributos à operacionalização dos Comitês de Bacia Hidrográfica, um de seus elementos mais expressivos e inovadores, pela sua característica de emissão de decisões colegiadas nos processos de gestão da água e de aplicação direta do Princípio da Subsidiariedade.

Por seu turno, a construção de indicadores de desenvolvimento sustentável no Brasil integra-se ao conjunto de esforços internacionais para concretização das idéias e princípios formulados na Agenda 21 global, no que diz respeito à relação entre meio ambiente e desenvolvimento.

2. A EXPRESSÃO PRINCIPOLÓGICA DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Descrever a trajetória do princípio constitucional enquanto sede de reconhecimento de direitos, significa segundo a maioria dos autores, apontar a sua característica evolutiva histórica de referência interpretativa à condição de norma que, mesmo quando não explícita, produza eficácia interpretativa plena.

A fase atual, comumente denominada pela doutrina de *pós-positivista*, tem seu marco temporal delimitado em meados do século XX, com a emersão da discussão entre a divisão característica entre regra e princípio e seus conseqüentes desdobramentos que importam na valoração interpretativa do princípio e não mais no questionamento de sua validade enquanto norma.

Segundo a doutrina de Paulo Bonavides quando esboça este percurso evolutivo¹³, os princípios gerais de direito se transformaram paulatinamente em princípios constitucionais, moldando a chave de todo o sistema jurídico. Para este autor, os princípios gerais de direito perderam a abstração quando foram incorporados pelas constituições. A juridicidade dos princípios passou ainda, segundo este mesmo autor, pelas fases jusnaturalista e juspositivista. Na fase jusnaturalista, os princípios ainda habitavam uma esfera abstrata e sua normatividade dava margem a dúvidas, pois os princípios gerais de direito deveriam ser entendidos como

¹² Cf. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. BEZERRA, Nizomar Falcão.(Orgs.).*Gestão legal dos recursos hídricos nos estados do nordeste do Brasil*. Fundação Konrad Adenauer: Fortaleza, 2004.

princípios de Direito Natural. Era uma tentativa de se retornar ao jusnaturalismo, rompendo-se com o legalismo positivista. O jusnaturalista concebe os princípios como normas estabelecidas pela reta razão; são normas universais; um conjunto de verdades objetivas “derivadas da lei divina e humana”.¹⁴

A segunda fase da teoria dos princípios dita juspositivista, foi caracterizada pelo teor normativo subsidiário, pois os princípios representavam fontes, buscada nos códigos como com o fim de preencher o vazio da lei e, deste modo, garantia supremacia da legalidade positivista. O positivismo se expande desde o século XIX até a primeira metade do século XX, adotando o entendimento de que os princípios gerais de direito eram os princípios de direito positivo. No entanto, o positivismo, segundo este autor, teria esvaziado a normatividade dos princípios, estabelecidos como meras pautas programáticas. No final do século XIX, auge do positivismo, os juristas austríacos interpretavam os princípios gerais de Direito Natural, segundo referência contida nos Códigos Civis, como princípios de direito positivo, denominado a fase positivista principiológica.

O pós-positivismo, portanto, como antes referido, corresponde aos grandes constituintes das últimas décadas do século XX. Luis Roberto Barroso¹⁵ igualmente discorre com bastante propriedade acerca deste percurso.

Para BARROSO, “... o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório [...] Nesse contexto, o pós-positivismo surge não com ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional”. Aduz ainda que esta visão da doutrina principiológica seria responsável pela reintrodução das idéias de justiça e legitimidade, sem, contudo, representar um retorno ao jusnaturalismo.¹⁶

Cabe-nos examinar, dentro do escopo a que nos propusemos, de que modo e com que repercussões a doutrina pós-positivista auxilia a compreensão do que seria esta *nova hermenêutica* constitucional. Acreditamos que o jusnaturalismo e o positivismo legalista foram importantes na definição do estágio atual da principiologia enquanto ferramenta de interpretação, mesmo ainda que severamente combatidos na fase pós-positivista, liderada na atualidade do cenário internacional por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, entre outros.

¹³ BONAVIDES, PAULO. *Curso de direito constitucional*. 13ª. ed. 2ª tir. São Paulo, Malheiros, 2003.

¹⁴ Idem. p.259.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A respeito da caracterização do ambiente pós-positivista, BARROSO faz uma observação sugestiva ao afirmar que o constitucionalismo em sua fase atual promoveria uma reaproximação entre ética e direito, apontada por autores alemães por ele referidos, como uma “virada kantiana”.¹⁷

Concordamos com BARROSO, quando afirma que a novidade não estaria na adoção dos princípios como elemento interpretativo, já utilizados de longa data, mas sim o reconhecimento amplo de sua normatividade. Ao serem reconhecidos na totalidade de sua força normativa no seio constitucional, valores e ideologias da sociedade são trazidos para o momento da síntese interpretativa. Este pensamento, reconhecido também por outros autores contemporâneos, é resultado da conquista do *status* de norma alcançado pelos princípios. Segundo BARROSO, os princípios possuiriam os papéis específicos de “ a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”¹⁸

BONAVIDES¹⁹ assevera que é possível assumir o caráter juspublicístico dos princípios, a partir desta consideração de unidade sistemática proporcionada pelo seu uso como elemento de hermenêutica constitucional. Referindo-se à hegemonia normativa dos princípios, cita Ronald Dworkin e afirma que para tratarmos os princípios como direito é preciso romper com três *normas*: a primeira, a distinção entre direito de uma comunidade e os demais padrões sociais. A segunda, a doutrina da discricionariedade do juiz. A terceira, a teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra – uma lei – impõe uma obrigação. Em reforço, cita ainda Friedrich Muller e DWORKIN²⁰ como precursores do juspublicismo característico da temática principiológica na contemporaneidade. Segundo estes, a natureza dos princípios passa a ser a de norma, o primeiro tentando estabelecer uma conectividade entre direito e moral, e o último, buscando vencer o normativismo formal kelseniano. Os princípios assumem o caráter de normas-valores, de ordem suprema nos ordenamentos, eliminando a dualidade princípio versus norma. Importante salientar que no novo discurso metodológico a norma passa a ser gênero, cujas espécies são princípio e regra.

É possível fazer uma referência²¹ a Robert Alexy, como autor da *teoria normativa-material*, e instituidor da distinção entre regras e princípios, ao lado de DWORKIN. Ambos seriam normas, pois estariam definidos sob o mesmo critério deontológico de formulação: mandamento, permissão, proibição. Seriam ambos – regras e princípios - fundamentos para

¹⁶ Op. Cit. p.325-326.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Idem. p.327.

¹⁹ Op. Cit. p.276.

²⁰ Idem,ibidem.

juízos concretos de dever. A diferença entre eles seria apenas a diferença entre duas normas, segundo o critério dominante da generalidade, pois os princípios possuem alto grau de generalidade relativa, enquanto as normas, baixo grau de generalidade. Segundo ALEXY, regras são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, mas quando elas valem, seu mandamento é imperativo. Regras teriam estipulação no espaço fático e jurídico do possível. Existe, portanto para este autor, distinção qualitativa entre regras e princípios e não, de apenas grau. A jurisprudência dos princípios, de elevada carga valorativa, domina a idade do pós-positivismo na ciência jurídica.

Acolhemos a idéia de que a distinção apontada entre princípio e regra é apenas valorativa e não quanto ao seu caráter de origem. Ambos são normas, sejam ora em caráter geral, ora sejam de índole constitucional. Regras têm uma destinação mais objetiva, restrita a uma situação bastante específica que a originou e requer sua aplicação subsuntiva aos fatos. O princípio deve comportar uma análise mais abstrata das situações que requerem interpretação, com uma finalidade mais diferenciada no tocante ao sistema hierarquizado a que nos reportamos, no sistema ocidentalizado da dogmática constitucional, entre eles o sistema constitucional brasileiro. Esta visão tornará possível a abertura interpretativa necessária na solução dos conflitos altamente especializados que a sociedade contemporânea requer dos intérpretes constitucionais.

Uma vez que os conflitos assumem proporções que não se limitam mais a uma esfera de direitos apenas, mas, comumente abarcam mais de uma possibilidade de valoração normativa, surge então, na maioria dos casos, o aprofundamento da noção de conflito. Reportando-nos ainda à publicização principiológica experimentada nos anos recentes do constitucionalismo contemporâneo, é importante reforçar a noção do conteúdo valorativo do princípio na ordem hermenêutica atual, especialmente quando tratamos da temática do meio-ambiente, tão em evidência na atualidade.

Ressaltamos que a constitucionalização dos princípios, ocorrem não apenas nos moldes do direito administrativo, por exemplo, como ocorria no passado. Hoje, com alto grau de positivação, os princípios servem à fundamentação de toda e qualquer norma. Admitimos falar-se em Estado principial, como nova fase pela qual passa o Estado de Direito. A presença dos princípios no ordenamento enseja um caráter dinâmico, com múltiplas soluções e reconfiguração das situações fáticas.

²¹ Idem. p.277-278.

3. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O princípio da subsidiariedade é conceito jurídico-político plurívoco, cuja principal característica é a delimitação das instâncias pertinentes para solução das questões que demandam algum tipo de escolha política. Também pode ser compreendido como a descentralização do poder decisório.²²

Oriundo da Igreja Católica, que ao longo dos séculos editou-o em vários de seus documentos-base²³, o princípio da subsidiariedade está presente no âmbito do direito público, quando se presta ora à explicitação dos termos e do relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, ora na determinação das competências entre os órgãos federativos, ou ainda, quando compõe o preceito da atuação subsidiária do Estado na ordem econômica.

Neste sentido, podemos compreender o princípio como um elemento fundante do atual Estado Social de Direito, como afirma Fausto de Quadros.²⁴ Segundo BARACHO, atualmente o princípio encontra grande referência em termos de direito constitucional nos princípios expressos na Europa Comunitária. Entretanto, pela sua multiplicidade, pode também, ser conceituado como “princípio pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas”²⁵. Ressalta também este autor, um elevado conteúdo ético que o princípio assume, que pode certamente vir de encontro aos ideais de proteção e equilíbrio ambiental, pelos quais deve ser pautado o desenvolvimento.

A relevância da participação popular nos processos decisórios dos Comitês de Bacias Hidrográficas para promoção do equilíbrio ambiental, perpassam a adoção de decisões em nível local, mais próximas do ambiente de inserção das comunidades. Sobre o tema, afirma Gilberto Valente Canali que “the citizen is within closer reach of a considerable share of power of decision and control in his relations with the environment”.²⁶ Igualmente relevante para o contexto analisado é o modelo legal de composição dos CBH brasileiros, pois a falta de representatividade na composição dos comitês comprometerá a adoção do princípio

²² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Apud* CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004. p. 111.

²³ TORRES, Sandra Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.34

²⁴ QUADROS, Fausto de. O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia. Coimbra: Almedina, 1995. p.18.

²⁵ op. Cit. p.91.

²⁶ CANALI, Gilberto Valente et ali. *Water resources management. Brazilian an european trends and approaches*. Foz do Iguaçu: ABRH/TWRA, 1999. p.17.

da subsidiariedade. CANALI entende que “the propper mix of representatives in the river basin comittee can make a big difference [...] limited experience has shown that if the NGO’S outweigh the user’s representatives (water-supply/sanitation companies, industries, irrigation districts, power companies,...), decisions of river basin committees tend to become unfeasible because those that decide do not have to pay for their decisions”. On the other hand, if decisions are left only to users, there is a risk that the environment would not be properly preserved”.

O conjunto recursos naturais/desenvolvimento como bem jurídico fundamental na sociedade contemporânea requer a descentralização da gestão estatal, na defesa do direito ao uso da água, para as presentes e futuras gerações. Este caráter subsidiário de atuação, das comunidades usuárias que participam dos processos decisórios nas políticas regulatórias, podem representar uma otimização da função estatal e da sua constitucionalização, haja vista a adoção dos novos modelos regulatórios na ordem econômica constitucional vigente.

4. REGULAÇÃO, SUBSIDIARIEDADE E MECANISMOS DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Floriano de Azevedo Marques Neto²⁷ evidencia o processo de mudança nas configurações estatais no ambiente constitucional contemporâneo e suas relações no ambiente da ordem econômica constitucionalmente definida, afirmando que “a primeira efetiva mudança no poder político havida após o processo de redefinição do papel do Estado vivido nos últimos anos trouxe, naturalmente, o questionamento acerca dos pressupostos da nova configuração do Estado, mormente no que toca a sua relação com a ordem econômica.” Para este autor do ponto de vista das possibilidades de controle da atuação estatal, o novo modelo propicia uma possibilidade de atuação mais efetiva da comunidade destinatária da norma. Assevera que “Neste contexto da intervenção estatal (marcada, reiteramos, por uma forte intervenção direta, pela absorção de atividades econômicas pelo Estado) havia, por certo, uma maior autonomia para o poder estatal e, em contrapartida, uma substancialmente menor margem de autonomia para a sociedade.”²⁸

A aplicação do princípio da subsidiariedade em situações que permitam uma maior participação da sociedade nas políticas públicas resulta da adoção do modelo regulatório presente a partir dos anos 90. Especialmente em questões de meio-ambiente e proteção dos

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. p.1.

²⁸ Idem.

recursos naturais, ficou bastante evidente que a sistemática das agências regulatórias demanda novos procedimentos de controle.

Segundo documento do Ministério do Meio Ambiente²⁹, “O principal impacto da abordagem regulatória no Brasil, foi a de reorientar gradualmente a gestão ambiental de uma posição baseada no ‘comando e controle’, ou de exercício de poder de polícia do Estado sobre a utilização dos recursos naturais, para uma postura de gestão econômica dos recursos ambientais”. Este conceito evidencia o que denominamos de regulação, compreendida nos aspectos legal e econômico, em oposição ao sistema de comando e controle. Esta passou a ser uma expressão que identifica a nova concepção em gestão ambiental, antes caracterizada pela centralização das ações governamentais e ora concebida para o estabelecimento conjunto com a sociedade de normas para a gestão dos recursos e prevenção de danos ao meio-ambiente.

5. O USO DA ÁGUA E OS PRINCÍPIOS FUNDANTES DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS NA LEI 9.433/97

A gestão da água enquanto recurso natural escasso baseia-se na necessidade de proteção contra diversas formas de poluição e uso inadequado. É fundada em normas legais que regulam os padrões e critérios e definem a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH e implementam um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH.

Alguns dos princípios gerais da Política, trazidos pela Lei de Águas, essenciais ao exame de nosso objeto são:

- *A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico: trata-se da consagração legal do entendimento de que os recursos hídricos são esgotáveis e vulneráveis.*³⁰ Assim, serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga pelo Poder Público. De acordo com o SNGRH, as agências de água serão responsáveis pela cobrança pelo uso de recursos hídricos.

- *A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e a atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: trata-se da adoção do princípio de que a bacia hidrográfica é a unidade físico-*

²⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Gestão ambiental no Brasil. Um Compromisso com o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília, 2001.

³⁰ A Lei n. 9.433/97, em seu art. 19, afirma que a cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) incentivar a racionalização do uso da água; c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

territorial de planejamento e gerenciamento das águas. Nilson Campos³¹ ressalta a inspiração do modelo brasileiro no modelo francês de gestão, no qual “a bacia hidrográfica foi adotada como unidade de gestão onde são tomadas decisões políticas importantes sobre a aplicação de vultosas quantias de recursos financeiros.”

- *A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades:* a Lei 9.433/97 cria mecanismos institucionais de participação dos cidadãos e comunidades usuárias de recursos hídricos, incluindo seus representantes no Conselho Nacional de Recursos Hídricos e nos Comitês de Bacia Hidrográfica, que integram o SNGRH³².

O SNGRH possui instâncias deliberativas, técnicas e financeiras, dentre as quais os Comitês de Bacias Hidrográficas integram a instância deliberativa. Compõem ainda o sistema o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional de Águas, os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal, os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos, incluindo-se as Agências de Águas. O sistema nacional é complementado pela atuação dos sistemas estaduais, definidos em legislações específicas.

- *Os Comitês de Bacia Hidrográfica são órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidas nas bacias hidrográficas de sua área de atuação e devem funcionar como parlamentos com representantes dos diversos setores da sociedade e do Poder Público. De acordo com o art. 39 da lei 9.433/97 os CBH são compostos por representantes: da União; dos Estados, Municípios e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; dos usuários das águas em sua área de atuação; das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.*³³

As suas competências são estabelecidas no art. 38 da Lei de Águas: promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; aprovar e acompanhar a execução o Plano de Recursos Hídricos da bacia,

³¹ CAMPOS, Nilson.Studart, Tician.(Orgs.) *Gestão das águas.2ª*. ed. Fortaleza:ABRH, 2001. p.31.

³² Cf. Lei 9.433/97, art. 32 e ss que cria o SNGRH, com objetivos de: “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”.

bem como sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito da isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo. Serão secretariados pelas Agências de águas, daí porque a indissociabilidade no estudo de ambos os entes do sistema.

- *A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas:* nos processos de planejamento e gestão ambiental, a expressão usos múltiplos refere-se à utilização simultânea de um ou mais recursos ambientais por várias atividades humanas na gestão de bacias hidrográficas, declarada no artigo 1º, IV da lei 9.433/97. Os usos múltiplos podem ser entendidos como a possibilidade de oferecer uso diversificado da água - geração de energia, irrigação, abastecimento público, pesca, recreação entre outros - de modo a atender às diferentes demandas de utilização com vistas à conservação da qualidade deste recurso natural.

A necessidade de gestão de interesses de usuários distintos nas suas respectivas demandas hídricas proporciona uma situação potencial de conflitos, que carece de instrumentos para análise e controle de inúmeros aspectos da disponibilidade e potencialidade do uso da água, gerenciados em nível dos CBH.

No âmbito da PNRH, o legislador se preocupou em criar modalidades diferentes de organizações civis, englobando tanto associações locais de usuários diretos de recursos hídricos, tais como pescadores ou populações ribeirinhas, quanto organizações com interesse científico, participantes do sistema, incluindo também um conceito de “organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade”, ou seja, não apenas organizações com área de atuação específica ou limitada às questões atinentes aos recursos hídricos.

³³ A Resolução n. 5 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 10 de abril de 2000, regulamentou a criação dos Comitês de Bacias Hidrográficas - CBH.

6. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E EQUILÍBRIO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Um dos objetivos fundamentais da República é o de garantir o desenvolvimento nacional³⁴, também qualificado como princípio constitucional impositivo e norma-objetivo. A idéia de desenvolvimento implica numa dinâmica social constante, posto que se trate de um processo que visa elevar os níveis social, econômico e cultural da sociedade, pois desenvolvimento não se confunde com crescimento, posto que não se trata de um processo meramente quantitativo, mas sim qualitativo, que abrange o próprio crescimento, como têm se referido diversos autores contemporâneos.³⁵

Neste contexto, garantir o desenvolvimento implica também na instituição de políticas públicas³⁶ direcionadas para tal fim, justificadas e fundamentadas no art. 3º, II da Constituição, haja vista a situação atual de subdesenvolvimento apontada nos principais indicadores econômicos brasileiros.

A norma constitucional deve espelhar a realização e estrutura política da sociedade, originária no pacto social. Para Amartya Sen³⁷, a referência aos direitos e liberdades individuais está atrelada à erradicação de males crônicos atribuídos a “... pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas — talvez até mesmo à maioria”.

Com esta descrição, SEN estabelece um vínculo direto entre a restrição das liberdades à pobreza, pois: “Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, (...) Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de

³⁴ “ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;”

³⁵ Conf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

³⁶ Adotamos o conceito de política pública enquanto “coordenação dos meios do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados”. Cf. BUCCI, M^a Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ^a 34, n. 133, jan/mar. 1997. p.91.

³⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000. p.18.

restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade”³⁸.

O desenvolvimento é hoje encarado numa visão mais ampla, não puramente econômica, pois envolve aspectos sociais e políticos, no contexto da promoção dos direitos e liberdades individuais. Há, portanto, grande importância da adoção de visões mais abertas nos enfoques dos fenômenos de ordem jurídica, como forma de conferir-lhes amplitude diante de seus atributos de eficácia social.

Conceitos do *direito e desenvolvimento*, que busca a compatibilização do desenvolvimento com a proteção dos direitos fundamentais serão recorrentes. Deste modo, utilizaremos a análise jurídica, para o estudo pormenorizado da regulação do setor de recursos hídricos no Brasil, utilizando-nos dos termos conceituais de desenvolvimento calcado na liberdade proposto por Amartya Sen e das teorias institucionais de Douglass North. É sabido que a base legal da política pública deve definir os órgãos e competências institucionais de cada setor. Como a lei 9.433/97 determina que a gestão da água deve contemplar seu uso múltiplo, devendo por isso ser integrada e descentralizada e contar com ampla participação social, de forma a incorporar representantes do poder público, dos usuários que dela fazem uso econômico e das diversas comunidades, faz-se necessária a análise de instrumentos que permitam aferir os níveis de efetividade determinados pela participação popular no delineamento e controle da política referida e do exame da sua eficácia para o desenvolvimento local sustentável.

De acordo com Carlos José Saldanha Machado³⁹, “A gestão passou a ser o operador conceitual através do qual se confrontam os objetivos de desenvolvimento econômico e de organização territorial, bem como aqueles relacionados à conservação da natureza ou à manutenção ou recuperação da qualidade ambiental.”. Os usos da água, entretanto, envolvem uma interação conflituosa entre um conjunto significativo de interesses sociais diversos. Para tanto, a busca da sustentabilidade político-institucional da gestão é substituída pelo estilo de ação orientada pela negociação. SEN afirma que os juízos de justiça social não requerem precisão absoluta e sim *acordos operacionais* sobre aspectos elementares de injustiça ou iniquidade graves⁴⁰.

A importância da participação popular nas decisões implica no fato de que a política pública não deve só tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, mas facilitar a

³⁸ Idem, *ibidem*.

³⁹ MACHADO, Carlos José Saldanha. *Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente*. *Cienc. Cult.*, Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24-26.

discussão pública, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos e não apenas aguardarem por assistência. A superação da abordagem econômica clássica pela abordagem do desenvolvimento com ética, preconizada por SEN poderá favorecer as análises jurídicas e político-institucionais direcionadas aos setores de recursos hídricos no país.

Segundo a ótica institucional como vetor do desenvolvimento, útil nos será a abordagem de Douglass North⁴¹, para quem as instituições seriam restrições humanamente inventadas que estruturam as interações humanas e constituem-se de restrições formais (regras, leis, constituições) e restrições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta autoimpostos) e suas características em fazê-las cumprir. A análise do comportamento institucional representado pela atuação dos Comitês de Bacias Hidrográficas insere-se no contexto do processo de mudanças institucionais e de desenvolvimento econômico, propugnado pela teoria neoinstitucionalista de NORTH⁴².

Segundo Oswaldo Agripino de Castro Jr.⁴³ “a efetividade do desenvolvimento nos sistemas jurídicos e judicial, embora objetivo fundamental da República Federal do Brasil, conforme o art. 3º,II, e diversos outros dispositivos constitucionais, interpretados de forma sistemática, [...] têm sido pouco abordados e difundidos pelos acadêmicos de Direito Público, especialmente, Direito Constitucional.”

Este enfoque objetivo da questão *desenvolvimento*, para CASTRO Jr, pode assumir proporções mais concretas mediante a atuação do Judiciário. Sob este aspecto, a configuração das técnicas interpretativas contemporâneas, que requerem a técnica interpretativa principiológica com suas decorrências já referidas neste trabalho, assume papel de destaque.

Ainda para ressaltar este ponto de vista, CASTRO Jr. aduz que “é necessário que haja uma reunião de vários fatores para a efetivação do desenvolvimento, entre eles estão relacionados ao ambiente institucional, à segurança jurídica [...] Deve-se ressaltar que, quando se trata de intervenção do Estado na economia, não se deve limitar à intervenção do Poder Executivo, através da atividade da administração pública, regras jurídicas editadas pelo referido poder, e do Poder Legislativo, por meio do processo legislativo, mas também ao

⁴⁰ Op. Cit. p. 320 – 337.

⁴¹ NORTH, Douglass C. *Instituciones, ideología y desempeño económico*. Obtido em <http://www.elcato.org/node/1272>. 25/09/2006,17:29.

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ CASTRO JR., Oswaldo Agripino. *Breves considerações sobre o direito e desenvolvimento e sua relevância para a consolidação da justiça social e da cidadania no Brasil, PPGD UFRN, 2006. mimeo.*

papel do sistema judicial, seja por via da eficiência do Poder Judiciário, por meio de toda a administração da justiça.”⁴⁴.

Mesmo numa perspectiva política, útil na consideração da questão sob exame, “cabe acrescentar, que o direito ao desenvolvimento, juntamente com o direito a um ambiente saudável, foram incluídos como terceira geração de Direitos Humanos, e já foram reconhecidos como Direito Humano na declaração adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1986.”⁴⁵

Ao estabelecermos relações entre a necessidade de desenvolvimento, com seus desdobramentos econômicos e sociais, e a necessidade de proteção ao meio-ambiente, todos direitos assegurados pelo texto constitucional, evidencia-se o pressuposto de situações em que a ocorrência de casos difíceis demandará a utilização de técnicas de ponderação e razoabilidade para assegurar a efetividade do mesmo texto constitucional.

Complementando nossa perspectiva de análise, a Constituição Federal estatui que “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.”⁴⁶ A adoção, portanto, do princípio da subsidiariedade contempla a própria dicção do artigo, quando estabelece o dever comum da coletividade e do poder público na gestão dos recursos naturais.

O estatuto da água, segundo Christian Guy Caubet, é um documento jurídico de ordem política, ao enumerar os delineamentos de uma política pública da água e ao mesmo tempo definir instituições, competências e organizar as relações que a sociedade deve ter com a água.⁴⁷ A norma define quem poderá realizar o controle deste recurso natural e de que forma esse controle será exercido. Partimos da premissa segundo a qual a qualidade da aplicação do princípio da subsidiariedade, refletido na descentralização desta gestão da água, mediante a equilibrada composição dos Comitês de Bacias Hidrográficas, entes decisórios definidos legalmente, contribuirá para a adequada gestão do meio-ambiente.

7.REFERÊNCIAS

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ Cf. Art. 255 da Constituição Federal.

⁴⁷ Op. Cit. p. 137-138.

- BARACHO, Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL.Ministério do Meio Ambiente. *Gestão ambiental no brasil.Um Compromisso com o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília,2001.
- BRASIL. PRODOC 704BRA2041 ANA/UNESCO. Diretrizes e metas para o PNRH.Brasília, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed.São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, PAULO. *Curso de direito constitucional*. 13ª. ed. 2ª tir. São Paulo, Malheiros, 2003
- BUCCI, Mª Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, ª 34, n. 133, jan/mar. 1997, pgs. 89/98.
- CAMPOS, Nilson.Studart, Ticiania.(Orgs.) *Gestão das águas*.2ª. ed. Fortaleza:ABRH, 2001.
- CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira.*Comitê de bacia hidrográfica: um canal aberto à participação e à política?* REGA v2., n.2, p 49-60, jul-dez. 2005. ISSN 1806-4051.
- CANALI, Gilberto Valente et ali. *Water resources management. Brazilian an european trends and approaches*. Foz do Iguaçu: ABRH/IWRA, 1999.
- CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004.
- CASTRO Jr., Oswaldo Agripino. *Breves considerações sobre o direito e desenvolvimento e sua relevância para a consolidação da justiça social e da cidadania no Brasil*. PPGD UFRN, 2006. mimeo
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas - Disciplina Jurídica de Águas Doces*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MACHADO, Carlos José Saldanha. Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente. *Cienc. Cult.*, Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24-26.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. p.1.
- NORTH, Douglass C. *Instituciones, ideología y desempeño económico*. Obtido em <http://www.elcato.org/node/1272>. 25/09/2006,17:29.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. *A reforma do estado nos anos 90. Lógica e Mecanismos de controle*. MARE. Ministério da Administração Federal e de Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE, 1997.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almeidina, 1995. p.18.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas fundamentais*. 6e. 3tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Wilson Cabral de. *Gestão das águas no Brasil. Reflexões, diagnósticos e desafios*. IEB. São Paulo: Peirópolis, 2004.

TORRES, Sandra Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. BEZERRA, Nizomar Falcão.(Orgs.).*Gestão legal dos recursos hídricos nos estados do nordeste do Brasil*. FKA: Fortaleza, 2004.