

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO**

VIVIANE DAMATO OTTO KLOSS

**A GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL
COLOCADA À PROVA EM SITUAÇÃO DE ESCASSEZ:
UM ESTUDO DE CASO**

Rio de Janeiro
2015

VIVIANE DAMATO OTTO KLOSS

**A GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL
COLOCADA À PROVA EM SITUAÇÃO DE ESCASSEZ:
UM ESTUDO DE CASO**

Dissertação para obtenção do grau de mestre
apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da
Fundação Getulio Vargas.

Área de Concentração: Governança, tecnologia e
sustentabilidade.

Orientador: Rômulo Sampaio

Rio de Janeiro
2015

Kloss, Viviane Damato Otto

A governança dos recursos hídricos no Brasil colocada à prova em situação de escassez: um estudo de caso / Viviane Damato Otto Kloss. – 2015.

112 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Rômulo Sampaio.

Inclui bibliografia.

1. Recursos hídricos – Desenvolvimento. 2. Abastecimento de água. 3. Direito de águas. 4. Meio ambiente. 5. Governança. 6. Agências reguladoras de atividades privadas. I. Sampaio, Rômulo Silveira da. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.343



VIVIANE DAMATO OTTO KLOSS

**A GOVERNANÇA DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL COLOCADA À
PROVA EM SITUAÇÃO DE ESCASSEZ: UM ESTUDO DE CASO.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 16/02/2016

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio
Orientador (a)

Sérgio Antônio Silva Guerra

Paulo de Bessa Antunes

À Sophia, razão da minha vida.

Ao Renato, amor desmedido.

Agradecimentos

Esta dissertação é fruto de inúmeras batalhas vencidas ao longo do curso de mestrado. Os desafios tiveram início na preparação para as provas de seleção, próprios de quem opta por perseguir seus objetivos e conciliar a rotina de estudos com a maternidade. Persistiram durante o curso, diante das provocações intelectuais infindáveis, lançadas no transcorrer das aulas. Potencializaram-se com percalços inesperados, postos no meu caminho, certamente para testar minha fé e perseverança. E culminaram no período de elaboração deste trabalho.

De fato, não foi fácil. Mas, poderia ter sido muito mais difícil sem a orientação do Rômulo Sampaio, que soube suscitar construções inovadoras sobre o tema por mim eleito. Obrigada, Rômulo, pelo apoio, pelo comprometimento, pela amizade.

Ao Sérgio Guerra e à Patrícia Sampaio não posso deixar de referenciar meu sincero agradecimento pelas valiosas considerações feitas na banca de qualificação do projeto de pesquisa.

Por fim, encerro estes agradecimentos com especial menção à minha família. À minha mãe, pela dedicação de uma vida inteira. À Sophia, que, embora tão pequena, compreendeu e relevou minhas numerosas ausências. E, por último, ao Renato, pelo constante incentivo, pela convivência terna, pela reciprocidade na vida. Sem vocês, nada disso seria possível!

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo estudar a governança das águas brasileiras, especialmente seu funcionamento em situações de escassez hídrica. Com este propósito, após a apresentação da crise hídrica da região Sudeste do Brasil, que colocou à prova o aparato institucional e regulatório das águas nacionais, examina-se o regime de competências constitucionais em matéria de meio ambiente e de águas e as peculiaridades afetas ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Por fim, de forma propositiva, são elencadas medidas que buscam auxiliar no aperfeiçoamento da governança das águas e do enfrentamento da crise hídrica.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Conflito de Águas. Governança. Regulação.

Abstract

This work aims to study the governance of Brazilian waters, especially its operation in situations of water scarcity. For this purpose, after submission of the water crisis in the Southeast region of Brazil, which put to the test the institutional and regulatory framework of the national waters, examines the regime of the constitutional responsibilities for the environment and waters and the peculiarities related to the National System of Water Resources Management. Finally, as a suggestion, measures are identified that seek to assist in improving the governance of water and face the water crisis.

Keywords: Environment. Water Conflict. Governance. Regulation.

Lista de Abreviaturas

ACP	Ação Civil Pública
ANA	Agência Nacional de Águas
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ARSESP	Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
CBH	Comitê de Bacia Hidrográfica
CCEE	Câmara de Comércio de Energia Elétrica
CEIVAP	Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul
CERH	Conselho Estadual de Recursos Hídricos
CESP	Companhia Energética de São Paulo
CF	Constituição Federal
CNRH	Conselho Nacional de Recursos Hídricos
CONAMA	Conselho Nacional de Meio Ambiente
DAEE	Departamento de Águas e Energia Elétrica de São Paulo
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
IBAMA	Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis
IGAM	Instituto Mineiro de Gestão de Águas
INEA	Instituto Estadual do Ambiente
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
MMA	Ministério do Meio Ambiente
MPF	Ministério Público Federal
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PIB	Produto Interno Bruto
PNRH	Política Nacional de Recursos Hídricos
PNUMA	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
RMRJ	Região Metropolitana do Rio de Janeiro
RMSP	Região Metropolitana de São Paulo
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SEGREH	Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos
SIN	Sistema Interligado Nacional
SINGREH	Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos
SISNAMA	Sistema Nacional de Meio Ambiente
SNDC	Sistema Nacional de Defesa Civil
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

Introdução	10
Capítulo 1 - O Caso da Crise Hídrica da Região Sudeste do Brasil	13
1.1. Origem da crise hídrica	13
1.2. Consequências da crise	20
1.2.1. Impactos da crise hídrica no setor elétrico	22
1.2.2. Racionamento de água na RMSP	31
1.3. Conclusões parciais	37
Capítulo 2 – Governança das Águas Brasileiras	40
2.1. O modelo de agências no direito regulatório brasileiro	40
2.2. O regime constitucional de competências em matéria de meio ambiente e de águas no Brasil	45
2.3. Especificidades da gestão dos recursos hídricos no Brasil	49
2.3.1. Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos	50
2.3.2. Incongruências entre competências executórias da Agência Nacional de Águas e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos	59
2.3.3. As inconsistências entre as funções da Agência Nacional de Águas e dos Comitês de Bacias Hidrográficas	63
2.4. Sobreposições entre funções normativas e fiscalizadoras no âmbito do SINGREH e do SISNAMA	67
2.5. O SINGREH na visão da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico	72
2.6. Conclusões parciais	75
Capítulo 3 - Medidas para o Aprimoramento da Governança das Águas Brasileiras e para o Enfrentamento da Crise Hídrica	77
3.1. Premência pelo rearranjo das funções institucionais	77
3.2. Iniciativas da ANA e da OCDE	81
3.3. A influência do federalismo cooperativo na governança das águas	85
3.4. Soluções procedimentais: Conferência de Serviços	89
3.5. Soluções regulatórias	98
3.5.1. Regulação de águas residuárias	98
3.5.2. Águas subterrâneas	101
3.6. Conclusões parciais	104
Conclusão	106
Referências	109

Introdução

O estresse hídrico vivenciado pela região Sudeste brasileira desde 2013 instiga reflexões multidisciplinares. O abastecimento de água da região mais rica, industrializada e de maior densidade demográfica do País restou ameaçado e as causas que ensejaram a redução da disponibilidade hídrica daquela localidade expuseram, dentre outras razões, a ausência de investimentos em infraestrutura e o tratamento negligente no tocante ao desmatamento em regiões de mananciais.

O suprimento deficitário deste bem essencial à vida, aliado ao retardamento na definição de medidas que mitigassem os impactos gerados pelas alterações hidrológicas, impõem a revisão da governança das águas brasileiras, notadamente do aparato institucional e regulatório da gestão nacional de recursos hídricos.

Mais especificamente, a legislação afeta à matéria, que informa a prioridade de abastecimento em situações de escassez, foi posta em prova. A regra de preferência do consumo humano e da dessedentação animal em momentos de insuficiência de recursos hídricos se chocou com norma de igual importância, que requer a ininterrupta viabilização dos usos múltiplos da água na implementação do gerenciamento das águas.

A complexidade do tema ganha força ao se considerar que a predominância da matriz energética brasileira é hidráulica, o que demonstra a importância da garantia da multiplicidade de uso da água em situações de escassez. Com isto, percebe-se que a aplicabilidade da regra de priorização de suprimento de água no transcorrer da crise hídrica não é simplória e necessita ser compatibilizada com outros relevantes usos.

A disputa pela água, no entanto, não se limita à destinação deste recurso natural. Em momentos de escassez, verifica-se também o estabelecimento de embates entre entes federados, com vistas à garantia do abastecimento das respectivas populações, sem que se identifique, na legislação aplicável, instrumentos capazes de dirimir estes conflitos.

As nuances que orbitam sobre o tema recursos hídricos são sensíveis e remontam à criação do Código de Águas, de 1934. Com o intuito de modernizar o gerenciamento das águas brasileiras para adequá-lo às necessidades e interesse da coletividade, momento em que o País deixa de ser essencialmente agrícola, o Código

de Águas possibilitou ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas, especialmente a exploração de energia hidráulica.

O incentivo à utilização de energia hidráulica desde 1934, o que pode ter influenciado na predominância desta modalidade de produção de energia elétrica na matriz energética brasileira, não contou com a regulamentação dos usos múltiplos, da manutenção das reservas líquidas e da qualidade das águas, entre outros importantes temas. Assim, ao inserir no ordenamento jurídico pátrio um modelo inovador de gestão de águas, importado do direito francês, a Lei 9.433/1997 buscou compatibilizar usos múltiplos, dispor sobre preferência de abastecimento de água em momentos de escassez, além de matérias não reguladas até o momento.

Em que pese a premência para a normatização destes temas, imposta pela reformulação das necessidades sociais, na prática, implementá-los não é tarefa fácil, conforme se constatou na crise hídrica da Região Sudeste. A inexistência de um sistema harmônico, que priorize a interlocução dos órgãos, conjugado com a precária distribuição de competências entre os atores que atuam na governança das águas, tornam este cenário ainda mais caótico.

Todas essas questões incitaram a presente pesquisa, que metodologicamente se desenvolve a partir do detalhamento do estudo de caso da crise hídrica da região Sudeste brasileira, da análise da legislação afeta à matéria e da pesquisa bibliográfica, com o destaque dos impactos gerados no setor elétrico e dos contornos da medida de contingência imposta pelo Estado de São Paulo para o enfrentamento da criticidade dos reservatórios. Esta é a tônica do primeiro capítulo da presente dissertação.

Já no segundo capítulo, examina-se os termos da governança dos recursos hídricos no Brasil, com abordagem sobre (i) a inserção da Agência Nacional de Águas no Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, (ii) a complexidade do regime de competências constitucionais em matéria de meio ambiente e de águas e (iii) as especificidades do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que, dentre as inconsistências relativas à distribuição das atribuições dos órgãos que o integram, ainda comporta sobreposição de funções normativas e fiscalizadoras.

Ainda naquele capítulo, são apresentadas as considerações sobre o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos elaboradas, após detida análise do funcionamento da governança das águas brasileiras, pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Finalmente, realizado o diagnóstico da crise hídrica da região Sudeste brasileira e as falhas da estrutura gerencial dos recursos hídricos, passa-se ao capítulo propositivo da dissertação, no qual são sugeridas medidas para o aprimoramento da governança das águas brasileiras e para o enfrentamento da crise hídrica, consubstanciado na formulação de soluções procedimentais e soluções regulatórias.

Capítulo 1: O Caso da Crise Hídrica da Região Sudeste do Brasil

1.1. Origem da Crise Hídrica:

A região Sudeste brasileira foi acometida por um quadro de estiagem singular nos últimos anos. A drástica redução do volume de chuvas, registrada no período de 2013-2014¹, resultou no esvaziamento dos reservatórios que abastecem a Região Metropolitana de São Paulo (“RMSP”), notadamente daqueles que compõem o Sistema Cantareira², dando ensejo a uma crise hídrica sem precedentes nas últimas décadas.

No entanto, as alterações hidrológicas e climáticas apontadas no período citado foram, apenas, o estopim deste cenário. As causas do estresse hídrico que aflige a região mais rica, industrializada e de maior concentração demográfica do País são muito mais complexas e estão intimamente relacionadas à ação e à omissão humanas.

Cientistas multidisciplinares, reunidos para debater sobre o tema Recursos Hídricos na Região Sudeste: Segurança Hídrica, Riscos, Impactos e Soluções, concluíram que a escassez de água do Sudeste brasileiro foi “agravada pelas mudanças no uso do solo, pela urbanização intensa, pelo desmatamento em regiões de mananciais e, principalmente, pela falta de saneamento básico e tratamento de esgotos”³.

¹ A ausência de chuvas no período descrito e os motivos que dificultaram a previsibilidade da alteração hidrológica foram objeto do relatório intitulado “Diagnóstico da Estação Chuvosa 2013-2014 na Região Sudeste do Brasil com ênfase no Sistema Cantareira”, elaborado pelo Centro de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais, em conjunto com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais e Estudos Climáticos e com o Centro de Previsão do Tempo e Estudos Climáticos. No documento, sugere-se que alterações meteorológicas inesperadas e de difícil prognóstico impediram a definição de alternativas, pelos órgãos públicos, para manter a regularidade do abastecimento público e, assim, minimizar os impactos da escassez hídrica que assola o Sudeste brasileiro.

² O Sistema Cantareira, composto pelas represas Jaguari/Jacareí, Cachoeira, Atibainha, Paiva Castro e Águas Claras, está localizado na Bacia Hidrográfica do rio Piracicaba, de domínio da União. Juntamente com as bacias dos rios Capivari e Jundiá, ambas de domínio estadual, formam as Bacias Hidrográficas PCJ, por força da Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos n. 5, estabelecida pelo Estado de São Paulo. As três bacias juntas têm 92,6% (noventa e dois vírgula seis por cento) de sua extensão localizada no Estado de São Paulo e 7,4% (sete vírgula quatro por cento) no Estado de Minas Gerais.

³ Deste encontro, promovido pela Academia Brasileira de Ciências, adveio um documento intitulado Carta de São Paulo, datado de 11/12/2014, que procurou reunir as análises e recomendações fundamentais para enfrentar a crise hídrica da região Sudeste. Este documento foi subscrito por inúmeros cientistas que participaram das discussões, dentre eles: Carlos Eduardo de Mattos Bicudo, Carlos Afonso Nobre, Carlos Tuci, Danny Dalberson, Eduardo Assad, Francisco Barbosa, Jerson

Por conseguinte, a intervenção humana no meio ambiente, associada à ausência de investimentos em infraestrutura e às alterações hidrológicas e climáticas, justificam o indicado quadro de seca na região Sudeste do Brasil. Desse modo, para compreender a crise hídrica em estudo, estes fatores não podem ser observados isoladamente.

Vale registrar que, antes mesmo da redução do volume de chuvas nos últimos anos, a ingerência do homem no meio ambiente já demandava melhoramentos na infraestrutura existente, de maneira a permitir o uso múltiplo das águas, um dos pilares da Política Nacional de Recursos Hídricos, conforme previsão do art. 1º, IV, da Lei 9.433/1997⁴.

Essa necessidade de investimentos em infraestrutura, vale dizer, já havia sido destacada na outorga do direito de uso dos recursos hídricos⁵ do Sistema Cantareira, para fins de abastecimento público, à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“SABESP”). O Departamento de Águas e Energia Elétrica de São Paulo (“DAEE”), órgão concedente, alertou, naquela oportunidade, que seria indispensável a elaboração de estudos e projetos que propiciassem a redução da dependência do Sistema Cantareira, conforme redação do art. 16 da Portaria DAEE 1.213/2004.

“ARTIGO 16 – A SABESP deverá providenciar, no prazo de até 30 (trinta) meses, estudos e projetos que viabilizem a redução de sua dependência do Sistema Cantareira, considerando os Planos de Bacia dos Comitês PCJ e AT.”

Para cumprir a supratranscrita condicionante definida pelo órgão regulador e, portanto, desonerar o Sistema Cantareira, o Governo do Estado de São Paulo entendeu que não poderia se ater, apenas, aos Planos de Bacia dos Comitês

Kelman, José Galizia Tundisi, José Marengo, Luiz Pinguelli Rosa, Marcelo Seluchi, Monica Porto, Nelson Luiz Rodrigues Nutti, Sandra Azevedo, Sérgio Ayrimoraes Soares e Virgínia Ciminelli. Disponível em: <http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=3758>. Acessado em: 03 set. 2015.

⁴ Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos 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;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

⁵ Resolução ANA 429/2004 (delegação de competência) e Portaria DAEE 1214/2004 (concessão de outorga).

Piracicaba, Capivari e Jundiaí e Alto Tietê para suprir a área abrangida pelo Sistema Cantareira. A diminuição da dependência do Sistema Cantareira seria viável, somente, se o campo de estudo ultrapassasse o perímetro dos comitês de bacia hidrográfica indicados no artigo 16 da Portaria DAEE 1.213/2004.

Assim, a inclusão da Macrometrópole Paulista, que compreende as Regiões Metropolitanas de São Paulo, de Campinas, do Vale do Paraíba e Litoral Norte, de Sorocaba, da Baixada Santista, acrescida das regiões limítrofes ou adjacentes de interesse, nos estudos e projetos requisitados pelo DAEE seria cogente para identificar meios de desonerar o Sistema Cantareira. Dessa forma, a análise deveria alcançar as cinco unidades de gerenciamento de recursos hídricos⁶ que estão total ou parcialmente incluídas na Macrometrópole Paulista.

O envolvimento de toda Macrometrópole Paulista neste cenário, para a busca de alternativas que possibilitem reduzir a dependência do Sistema Cantareira, demonstra a proporção do problema. A Macrometrópole Paulista possui cerca de 75% (setenta e cinco por cento) da população do Estado de São Paulo e retém boa parte da produção industrial e econômica do país. Portanto, a demanda por água nessa área é alta e roga por investimentos, de modo a evitar a interrupção do abastecimento residencial, das indústrias e da irrigação da região responsável por 83% (oitenta e três por cento) do Produto Interno Bruto ("PIB") paulista e 28% (vinte e oito por cento) do PIB nacional⁷.

Neste contexto, o Governo do Estado de São Paulo criou o Plano Diretor de Aproveitamento de Recursos Hídricos para a Macrometrópole Paulista⁸. Para amenizar o estresse hídrico nas bacias de Piracicaba, Capivari e Jundiaí e aumentar a disponibilidade hídrica nas áreas por elas atendidas, foram propostas três medidas, não excludentes e não sequenciais: (a) simples redução da transferência das águas do Sistema Cantareira para São Paulo com o aumento das descargas para jusante; (b) transferência de águas de outro manancial para a bacia do Piracicaba (ou Sistema

⁶ São elas: Unidades de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Alto Tietê (AT); do Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ); da Baixada Santista (BS); do Sorocaba e Médio Tietê (SMT); do Paraíba do Sul (PS); e do Ribeira do Iguape e Litoral Sul (RB).

⁷ Dados obtidos no sítio do Departamento de Águas e Energia Elétrica. Disponível em: <www.dae.sp.gov.br>. Acesso em: 27 jan. 2015.

⁸ Disponível em:

<http://www.dae.sp.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1112:plano-diretor-de-aproveitamento-dos-recursos-hidricos-para-a-macrometropole-paulista&catid=42:combate-a-enchentes>. Acesso em: 27 jan. 2015.

Cantareira); e (c) construção de reservatórios de regularização na bacia do Piracicaba, aumentando a disponibilidade hídrica durante a estiagem.

Todavia, em 2014, ainda pendente a análise do pleito de renovação de outorga do Sistema Cantareira⁹, o Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, ao examinar o Plano em questão, rebateu as propostas apresentadas pelo Governo do Estado de São Paulo e, especificamente sobre a transposição de águas de outro manancial para o Sistema Cantareira, alertou se tratar de tema complexo e merecedor de amplas discussões, já que envolveria um rio de domínio da União e interesses do Estado do Rio de Janeiro¹⁰.

Não obstante a resistência do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê e sem qualquer diálogo com o Estado do Rio de Janeiro, o Governo do Estado de São Paulo, com o intuito de suprir a deficiência do Sistema Cantareira e manter o abastecimento da RMSP, passou a defender a transposição do rio Paraíba do Sul¹¹ como a forma mais eficaz para minimizar o problema da seca.

Desde então, os impactos da crise hídrica, que se restringiam à RMSP até aquele momento, exigindo inclusive que a população paulista adotasse meios próprios para ter acesso à água¹², passaram a ameaçar os Estados do Rio de Janeiro e de

⁹ Na forma da Resolução Conjunta ANA-DAEE 910/2014, a outorga pelo direito de uso das águas dos reservatórios que compõem o Sistema Cantareira foi renovada até 31/10/2015. No entanto, de acordo com nota divulgada pela ANA, diante da complexidade do tema e considerando as propostas apresentadas pela concessionária, a conclusão sobre a nova outorga do Sistema Cantareira foi adiada para maio de 2017. Até lá, o sistema operará por meio de comunicados conjuntos pelos reguladores ANA e DAEE, conforme vem ocorrendo desde março de 2014. Disponível em:

<http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12840>. Acesso em: 09 nov. 2015.

¹⁰ A íntegra da manifestação do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê sobre a renovação de outorga do Sistema Cantareira encontra-se disponível em:

<http://r.search.yahoo.com/_ylt=A0LEV2c70EBW0hoA9V_z6Qt.;_ylu=X3oDMTE0aWtqZXZqBGNvbG8DYmYxBHBvcwMxBHZ0aWQDTVNZQllwMI8xBHNIYwNzcg--/RV=2/RE=1447116988/RO=10/RU=http%3a%2f%2farquivos.ana.gov.br%2finstitucional%2fsof%2fRenovacao_Outorga%2fAnexoDeliberacaoCBH-AT_n_17-2013-ManifestacaoOutorgaCantareira.pdf/RK=0/RS=2NcD_p2quS7o4safCCe44cHnoNg->>.

Acesso em: 09 nov. 2015.

¹¹ Conforme dados obtidos no Atlas Brasil de Abastecimento Urbano de Água, a bacia do rio Paraíba do Sul tem uma área de aproximadamente 62.074 km² e abrange 184 municípios, sendo 88 em Minas Gerais, 57 no Rio de Janeiro e 39 em São Paulo. Dos 52 municípios que são banhados pelo rio Paraíba do Sul, ou por seus reservatórios formadores (Paraibuna e Paraitinga), 28 captam água do Paraíba do Sul para abastecimento. Além disso, devido ao desvio de suas águas para a bacia hidrográfica do rio Guandu, formando o Sistema Hidráulico do Rio Paraíba do Sul, é também responsável pelo abastecimento de cerca de nove milhões de pessoas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e igualmente importante para a geração de energia elétrica nesta região.

¹² Consoante asseverado na Audiência Pública 003/2014, promovida pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (“ARSESP”) para discutir sua proposta de deliberação sobre a inclusão de mecanismos tarifários de contingência no programa de incentivo à redução do consumo de água da concessionária paulistana, o consumidor paulista foi forçado a internalizar o

Minas Gerais, haja vista a possibilidade de redução da vazão de água que o desvio do rio Paraíba do Sul poderia acarretar.

Como, naquela oportunidade, o projeto de transposição do rio Paraíba do Sul não contou com o aval expresso da Agência Nacional de Águas (“ANA”) e, muito menos, com a anuência dos entes federativos que seriam atingidos com o desvio das águas do Paraíba do Sul, uma grande tensão se instaurou entre os estados envolvidos, deflagrando uma séria disputa pela água.

Mesmo se tratando de disputa envolvendo um rio de domínio da União¹³, o Governo Federal se omitiu. Seus órgãos de controle e regulação, como a ANA e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Renováveis (“IBAMA”), deixaram de intervir de forma a evitar o escalonamento do conflito. E assim, o Poder Judiciário, provocado pelo Ministério Público Federal (“MPF”), foi instado a decidir o imbróglio.

A inércia do Poder Público Federal aliada à inexistência de estudos adicionais para aferir com exatidão os efeitos dos impactos ambientais decorrentes da redução da vazão do rio Paraíba do Sul, decorrentes da possível transposição de suas águas, motivaram o MPF a ajuizar uma ação civil pública (“ACP”). A ACP, registrada sob o número 2536 pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), tem por finalidade obrigar a União, a ANA e o IBAMA a não autorizarem ou licenciarem qualquer projeto, e os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais a não realizarem obras, no sentido de viabilizar a transposição ou captação de água do rio Paraíba do Sul visando o abastecimento do Sistema Cantareira ou da microrregião da metrópole paulista.

No dia 27/11/2014, representantes da União, dos Estados-membro envolvidos (Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo) e do MPF se comprometeram, nos autos da ACP¹⁴, a (i) envidarem esforços para a solução conjunta da escassez de água na Região Sudeste; (ii) a se absterem de adotar qualquer medida unilateral que

prejuízo diante da criticidade do Sistema Cantareira: “[...] é público e notório as notícias relativas a falta de água em bairros da região metropolitana de São Paulo, levando os consumidores a estocarem o precioso líquido em reservatórios improvisados, bem como a contratação de caminhões pipa para abastecer as caixas d’água de edifícios e de estabelecimentos de comércio e indústria.” (sic) Disponível em:

<http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudienciasPublicasArquivos/Contribuicao_PROCON_SP.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹³ Os corpos de água de domínio da União são aqueles definidos no art. 20, III, da Constituição Federal, quais sejam: “lagos, rios ou quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outro país, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”. Estes, portanto, se distinguem dos corpos de água de domínio estadual, especificados no art. 26, I, da Constituição Federal, pelo simples fato de transcenderem o limite territorial dos Estados e do Distrito Federal.

¹⁴ Ação Civil Ordinária 2.536 Rio de Janeiro.

implicasse na redução da vazão de água de qualquer dos três entes da federação, caso não haja anuência conjunta das partes envolvidas; e (iii) a apresentarem até o dia 28/02/2015 proposta técnica para o enfrentamento da crise hídrica¹⁵.

Face ao acordo celebrado judicialmente e antes mesmo que qualquer ação pudesse ser adotada sem a devida cautela, o Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (“CEIVAP”)¹⁶, por meio da Deliberação CEIVAP 222/2014, elaborou diversas recomendações que deveriam ser observadas quando da emissão de outorga de implantação do empreendimento de interligação/transposição de parte das águas da represa Jaguari, na Bacia Hidrográfica do rio Paraíba do Sul, para a represa do Atibainha, do Sistema Cantareira. Dentre elas, cumpre destacar:

“Art. 1º - Fazer as seguintes recomendações:

I - Que o Governo Federal e os Governos Estaduais de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais se unam para viabilizar dois programas de investimentos para revitalização das bacias do Rio Paraíba do Sul e do Rio Guandu em articulação com governos municipais e com Comitês Estaduais.

[...]

VII - Que seja estabelecido um comitê gestor para aplicar e fiscalizar as regras de operação da “interligação” das águas do reservatório do Jaguari para o Atibainha.

Parágrafo Único. Este Comitê deverá ter a participação de representantes do CEIVAP, Comitês Afluentes da Bacia do Paraíba do Sul, ANA, INEA, IGAM, DAEE e CETESB.”

Imbuídos do interesse de avaliar o aumento da segurança hídrica da bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul e a viabilidade hidrológica da interligação entre o reservatório do aproveitamento hidrelétrico UHE Jaguari, no rio Jaguari, da bacia

¹⁵ Em despacho publicado no dia 12/06/2015, o Ministro Luiz Fux prorrogou até 31/07/2015 o prazo de suspensão do processo, requerida pelo MPF, para a juntada dos termos do acordo nos autos, haja vista a notícia de que as tratativas estavam em fase final. Embora extrapolado o prazo fixado pelo juízo, o acordo foi celebrado somente no dia 11/12/2015. Pelo ajuste, o rio Paraíba do Sul terá administração compartilhada entre os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. Até a conclusão desta pesquisa, o acordo divulgado pela mídia não tinha sido publicado no Diário Oficial. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/ministro-do-stf-homologa-acordo-para-uso-do-paraiba-do-sul-18264098>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁶ O Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, um dos atores do quadro institucional do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, na forma das Leis 9.433/1997 e 9.984/2000, 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. O Comitê é constituído por representantes dos poderes públicos, dos usuários e de organizações sociais com importante atuação para a conservação, preservação e recuperação da qualidade das águas da Bacia.

hidrográfica do rio Paraíba do Sul, e o reservatório do rio Atibainha, do Sistema Cantareira, na bacia do rio Piracicaba, representantes da ANA, das secretarias relacionadas aos recursos hídricos dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, e do CEIVAP acordaram em março de 2015 sobre a possibilidade da interligação proposta. Para tanto, considerando o atual quadro de estiagem, os reservatórios devem operar de maneira flexível, com reavaliações frequentes e redefinição das condições de operação de acordo com as afluições efetivamente observadas, sem que seja imperativo, portanto, impor um percentual de volume útil de armazenamento¹⁷.

Como resultado deste ajuste, foi elaborada a Minuta de Resolução Conjunta ANA/DAEE/INEA/IGAM¹⁸, que cuida do novo regramento para o sistema hidráulico do rio Paraíba do Sul. Conforme consta na referida minuta, a represa Jaguari deixa de ser utilizada majoritariamente para a geração de energia elétrica e passa a priorizar o abastecimento humano. Em que pese a homologação desta proposta pelo STF no dia 11/12/2015, nos autos da ACP outrora mencionada, a referida Minuta de Resolução ainda está pendente de publicação.

Em adição, vale mencionar que a Minuta de Resolução Conjunta ANA/DAEE/INEA/IGAM, além de não mencionar o prazo de outorga, não estabelece qualquer compromisso de revitalização das bacias dos rios Paraíba do Sul e Guandu, consoante aconselhou o CEIVAP, o que pode representar, no futuro, atritos entre essas entidades.

Não obstante as pendências acima relatadas, o Conselho Estadual do Meio Ambiente de São Paulo, por sua vez, já aprovou a licença ambiental prévia para a

¹⁷ De acordo com o Documento 11922/2015 (Ata da Reunião de Secretários do dia 10/03/2015), a mencionada condicionante foi motivada pelas ponderações do Secretário de Saneamento e Recursos Hídricos do Estado de São Paulo, efetuadas durante a reunião técnica, que assim aduziu: “[...] o quadro de estiagem observado em 2014 vem se mantendo neste início de 2015 e que as simulações de evolução do armazenamento do Sistema Equivalente realizadas pelos técnicos paulistas, considerando que o ano de 2014 apresentou vazões afluentes ainda mais críticas do que o ano mais crítico (1955) da série histórica, projetam um armazenamento menor ou igual a 7,5% em abril de 2016, quando se espera iniciar a operação da interligação. Desta forma, ponderou que o quadro de estiagem atual impõe uma operação dos reservatórios mais flexível, com reavaliações frequentes, e redefinição das condições de operação pari passu com as influências efetivamente observadas. Diante disso, sugeriu que a condição para o início efetivo da operação da interligação deveria ser a pactuação entre os órgãos gestores, sem menção de um percentual específico de armazenamento do Sistema Equivalente.”. Disponível em:

<<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/outorgaefiscalizacao/RioParaibadoSul.aspx>>. Acesso em: 31 out. 2015.

¹⁸ Disponível em:

<<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/outorgaefiscalizacao/RioParaibadoSul.aspx>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

construção do sistema de transposição das águas do rio Paraíba do Sul para o Sistema Cantareira, de responsabilidade da SABESP. A licença está condicionada ao cumprimento das exigências, recomendações e medidas mitigadoras de compensação constantes do Parecer Técnico/CETESB/398/15/IE¹⁹. Além disso, de acordo com o artigo único da Deliberação CONSEMA 15/2015²⁰, para a emissão da licença de operação, deverá ser verificada a condição de segurança hídrica que foi adotada como premissa na emissão da licença prévia²¹.

Finalizado este histórico, é possível constatar que a crise hídrica da região Sudeste teve desdobramentos de difíceis contornos e que atingiram diretamente os consumidores finais em todo o país. Diante deste panorama, do qual ainda dista a superação da escassez, convém demonstrar a seguir as principais consequências da baixa disponibilidade hídrica nesta região, que expõem os obstáculos a serem superados em momentos de crise.

1.2. Consequências da crise:

Em um país que historicamente priorizou a matriz hidroelétrica para atender à sua crescente demanda por geração de energia elétrica, a redução da disponibilidade hídrica causou sério impacto social e econômico e suscitou diversos questionamentos sobre a efetividade desse modelo. Como as usinas necessitam que os reservatórios estejam abastecidos para gerar energia, e tendo em vista o aumento do número de hidrelétricas a fio d'água²² por questões ambientais, a crise hídrica da região Sudeste

¹⁹ Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/consema/convocatoria/oficio-consema-0662015/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²⁰ Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/consema/deliberacoesmoncoes/deliberacoes-ano-2015/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

²¹ O licenciamento ambiental, indispensável para atividades que utilizam recursos ambientais, consoante determina o art. 10 da Lei 6.938/1981, é constituído por três tipos de licença: licença prévia (LP), licença de instalação (LI) e licença de operação (LO), assim especificadas pela Resolução CONAMA 237/1997. A licença prévia é a primeira etapa do licenciamento, quando o órgão licenciador avalia a localização e a concepção do empreendimento. Neste momento é também atestada a viabilidade ambiental e determinados os requisitos básicos para as próximas fases. A licença de instalação, por seu turno, autoriza o início da construção do empreendimento e a instalação dos equipamentos, tudo em conformidade com o modelo apresentado. Finalmente, a licença de operação, requerida após a verificação da eficácia das medidas de controle ambiental estabelecida nas condicionantes das licenças anteriores, autoriza o funcionamento do empreendimento.

²² A usina hidrelétrica a fio d'água não dispõe de um reservatório de água, o tem em dimensões menores, ou possui reservatórios pouco relevantes quando comparados com a vazão. Este tipo de usina não conta com um estoque de água que poderia ser acumulado em uma barragem. Por vezes, para garantir uma geração relativamente constante e evitar a variação de energia durante o ano, funciona em combinação com uma ou mais usinas de grandes reservatórios. Os custos associados às

prejudicou a oferta de energia em âmbito nacional, haja vista a integração do sistema elétrico brasileiro²³.

Além disso, a possibilidade de se atribuir múltiplos usos à água requer um diálogo mais consistente entre reguladores de diferentes setores, de maneira que, em momentos de escassez, os impactos gerados nos diferentes usos sejam minimizados. No entanto, no auge da crise hídrica da região Sudeste, o que se percebeu foi uma deficiente interlocução entre os órgãos de regulação, tanto do setor elétrico quanto do setor de saneamento básico, demonstrando, assim, a vulnerabilidade da gestão dos recursos hídricos, mormente quando se trata da multiplicidade de uso da água.

A escassez implicou ainda no racionamento de água na RMSP, atingido todos os usuários. Embora implementado de forma oficiosa, já que, conforme se verá adiante, não houve o reconhecimento da medida pelo governo paulista, a população foi compelida a suportar a diminuição da pressão nas tubulações²⁴ e a se sujeitar à aplicação de tarifas de contingência.

Indubitavelmente, com a criticidade do nível dos reservatórios, providências mais enérgicas, como a declaração de racionamento pela autoridade gestora de

construções de grandes reservatórios têm elevado a tendência de edificação desta categoria de usina em projetos futuros, em especial aqueles localizados na Amazônia, onde se concentra grande potencial hidrelétrico nacional.

²³ O sistema elétrico nacional é constituído de instalações interligadas de produção e transmissão de energia elétrica. O Sistema Interligado Nacional ("SIN") exige uma coordenação sistêmica para assegurar que a energia gerada pelos empreendimentos em operação chegue ao consumidor com segurança, garantindo-se, ainda, a universalização do atendimento. Dessa forma, se um empreendimento não gera a energia prevista no respectivo contrato, deverá adquiri-la de outro gerador, de molde que o consumidor final não seja afetado. Neste contexto, considerando que 65,2% de toda eletricidade produzida no país advém da geração hidráulica, conforme dados divulgados pela Empresa de Pesquisa Energética ("EPE"), a escassez hídrica em determinada região do país prejudica sobremaneira o planejamento nacional efetuado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico ("ONS"), sobrecarregando geradores das demais regiões, que acabam por produzir mais energia para suprir tais deficiências do mercado.

²⁴ A despressurização das tubulações implica na redução do volume de água ofertado ao consumidor final. Sob o pretexto de reduzir as perdas de água em vazamentos e fraudes, a SABESP adotou tal medida para controlar a vazão do Sistema Cantareira. Contudo, como a própria Companhia admitiu, a diminuição da pressão pode afetar o abastecimento da população: "Até o momento, com a colaboração da população e as obras executadas, foi possível reduzir quase pela metade a quantidade de água retirada do Cantareira. A maior parte desta economia se deve à redução de pressão, conforme pode ser observado no gráfico. Para uma minoria da população (bem menos de 1%), formada em geral pelos que moram em pontos elevados e que não possuem caixa-d'água, a crise hídrica pode significar longas horas sem água nas torneiras. Em casos excepcionais, até mesmo alguns dias. Não se trata apenas de residências modestas. Também há estabelecimentos de grande porte que não têm caixa-d'água, em contradição com as normas municipais. A prioridade máxima da Sabesp é solucionar esses problemas localizados. E assim será feito, inclusive por meio da doação de caixas-d'água para as famílias de baixa renda. No entanto, a gestão da redução de pressão está possibilitando postergar a exaustão dos mananciais, enquanto estão sendo executadas uma série de obras para ampliar a produção e transferir água de diferentes sistemas produtores." Disponível em:

<<http://site.sabesp.com.br/site/reducao/reducaopressao.html>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

recursos hídricos e a consequente aplicação de mecanismos de contingência, nos moldes do art. 46 da Lei 11.445/2007, devem ser adotadas para impedir a interrupção do fornecimento de água. No entanto, a grande questão que se coloca é que as medidas de contenção, adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo, foram aplicadas sem a devida campanha publicitária acerca das reais dimensões do problema, privando a população de acessar informações indispensáveis para minimizar os impactos destas medidas no seu consumo diário.

Os tópicos seguintes detalham com maior profundidade os desdobramentos da crise hídrica da região Sudeste brasileira. Serão, portanto, abordados os efeitos da escassez no setor elétrico, notadamente o recuo do Governo Federal quanto às políticas de incentivo à utilização de energia elétrica e os inevitáveis impactos desse retrocesso suportados pelo consumidor, bem como os contornos do racionamento velado promovido pelo Governo do Estado de São Paulo.

1.2.1. Impactos da crise hídrica no setor elétrico:

A crise do setor elétrico não decorreu, apenas, da estiagem registrada na região Sudeste do Brasil. Como se verá adiante, sucessivas medidas adotadas pelo Governo Federal, cumuladas com as alterações hidrológicas percebidas a partir de 2013, contribuíram para a eclosão do atual cenário.

No dia 12/01/2013, a Presidente da República sancionou a Lei 12.783, que trata das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, da redução dos encargos setoriais e da modicidade tarifária. Objetivando assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e tarifas econômicas²⁵, o referido diploma legal possibilitou a prorrogação das concessões de geração de energia hidrelétrica existentes, a critério do poder concedente, por até trinta anos, e a redução média de 20,2% (vinte vírgula dois por cento) nas contas de energia elétrica.

Esta diminuição da conta de luz, conforme divulgado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), só foi possível em virtude de uma soma de fatores, sendo eles: (i) a alocação de cotas de energia, resultantes das geradoras com concessão renovada, a um preço médio de R\$ 32,81 (trinta e dois reais e oitenta e um centavos) por megawatt-hora (MWh), inferiores aos custos médios praticados; (ii) a redução da

²⁵ Art. 6º da Lei 12.783/2013.

receita das transmissoras com concessões renovadas; a redução dos encargos setoriais, (iii) a extinção da Reserva Global de Reversão (“RGR”) e o aporte direto do Tesouro Nacional; e (iv) a retirada de subsídios da estrutura da tarifa²⁶.

A redução do valor da energia elétrica acompanhou, ainda, a modificação da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”) para eletrodomésticos da linha branca²⁷. As alíquotas, abrandadas para estimular setores internos diante da crise econômica mundial, somente foram restabelecidas em 2014, no auge da crise hídrica. Dessa forma, a redução do valor da energia elétrica, provavelmente conjugada com a oferta de eletrodomésticos mais baratos, implicou no aumento do consumo residencial de eletricidade²⁸, conforme registrado no Balanço Energético Nacional de 2015²⁹.

Após todo o estímulo concedido pelo Governo Federal ao impulsionar a utilização da energia elétrica e diante da drástica redução da disponibilidade hídrica, era chegado o momento de equilibrar as contas. Em fevereiro de 2015 a ANEEL aprovou a revisão tarifária extraordinária para as empresas do setor elétrico, com aumento médio de 39,5% (trinta e nove vírgula cinco por cento), e criou o Sistema de Bandeiras Tarifárias, aplicado por todas as concessionárias integrantes do SIN³⁰. Nestes termos, as bandeiras verde, amarela e vermelha passaram a indicar se a energia custa mais ou menos, em função das condições de geração de eletricidade.

A viabilidade de implantação do Sistema de Bandeiras Tarifárias, cumpre registrar, decorre da redação do art. 1º, § 5º, da Lei 12.783/2013, que determina que as concessionárias e permissionárias de distribuição do SIN assumam os riscos

²⁶ Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=6426&id_area=90>. Acesso em: 08 dez. 2015.

²⁷ Decreto 7.660/2011, de 23/12/2011, e Decreto 7.705/2012, de 25/03/2012.

²⁸ O crescimento do consumo de energia elétrica foi tema da Resenha Mensal do Mercado de Energia Elétrica, publicada em janeiro de 2015, na qual é demonstrado o aumento da demanda residencial nos anos de 2013 e 2014. Disponível em:

<<http://www.epe.gov.br/ResenhaMensal/Resenha%20Mensal%20do%20Mercado%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%20-%20Dezembro%202014.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

²⁹ Disponível em:

<https://ben.epe.gov.br/downloads/S%c3%adntese%20do%20Relat%c3%b3rio%20Final_2015_Web.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

³⁰ O Sistema Interligado Nacional é um sistema hidrotérmico de grande porte, com forte predominância de usinas hidrelétricas e com múltiplos proprietários, que abrange produção e transmissão de energia elétrica do Brasil. O SIN é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Conforme dados divulgados pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, apenas 1,7% (um vírgula sete por cento) da energia requerida pelo país encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados, localizados principalmente na região amazônica. O SIN é coordenado e controlado pelo ONS, sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

hidrológicos³¹, considerado o Mecanismo de Realocação de Energia (“MRE”)³². Ademais, o texto legal autoriza também que os custos inerentes ao risco assumido sejam repassados à tarifa do consumidor final.

Assim, o consumidor, que foi incentivado pelo Governo Federal a aumentar seu consumo de energia elétrica, foi repentinamente compelido a conter seus dispêndios com a eletricidade, pelo aumento abruço e significativo do custo, de modo a evitar contas de luz excessivamente altas.

Todas essas questões em torno do setor elétrico, aliadas à diminuição da disponibilidade hídrica, interferiram sobremaneira na regularidade da geração de energia elétrica³³. Este cenário se agrava quando, em momentos de escassez, se torna cogente aplicar a legislação correlata e, desse modo, priorizar a destinação da água para abastecimento humano e dessedentação animal³⁴.

Neste intuito, quando a criticidade do Sistema Cantareira atingiu patamares preocupantes, o Governo do Estado de São Paulo, através do DAEE, determinou à Companhia Energética de São Paulo (“CESP”) a redução da vazão a jusante do reservatório Jaguari³⁵, localizada na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, de 40m³/s (quarenta metros cúbicos por segundo) para 10m³/s (dez metros cúbicos por

³¹ A recente Lei 13.203/2015, de 08/12/2015, além de outras disposições atinentes ao setor elétrico, possibilita a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica, desde que autorizada pela ANEEL, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2015, mediante contrapartida dos agentes de geração hidrelétrica.

³² Em conformidade com as regras de realocação de energia fornecidas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”), “o Mecanismo de Realocação de Energia foi concebido para compartilhar entre seus integrantes os riscos financeiros associados à comercialização de energia pelas usinas hidráulicas despachadas de modo centralizado e otimizado pelo ONS. [...] O MRE assegura que, no processo da contabilização na CCEE, todas as usinas participantes recebam seus níveis de garantia física independentemente da produção real de energia, desde que a geração total do MRE não esteja abaixo do total da garantia física do SIN. Em outras palavras, o MRE realoca a energia entre os integrantes do ‘mecanismo’, transferindo o excedente daqueles que geraram além de suas garantias físicas para aqueles que geraram abaixo.” Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_afLoop=167480810692646#%40%3F_afLoop%3D167480810692646%26_adf.ctrl-state%3D11w9bja81j_162>. Acesso em: 08 dez. 2015.

³³ De acordo com os dados obtidos através do Balanço Energético Nacional de 2015 (ano-base de 2014) quanto à produção de energia elétrica, por força das condições hidrológicas desfavoráveis, houve redução da oferta de energia hidráulica pelo terceiro ano consecutivo. Conforme Relatório Síntese do mencionado Balanço, em 2014 o decréscimo foi de 5,6% (cinco vírgula seis por cento) e a menor oferta hídrica explica o recuo da participação de renováveis na matriz elétrica, de 84,5% (oitenta e quatro vírgula cinco por cento) em 2012 para 79,3% (setenta e nove vírgula três por cento) em 2013 e 65,2% (sessenta e cinco vírgula dois por cento) em 2014, apesar do incremento de 3.177 MW na potência instalada do parque hidrelétrico.

³⁴ Art. 1º, III, da Lei 9.433/1997.

³⁵ Existem sete usinas hidrelétricas instaladas ao longo do rio Paraíba do Sul, sendo três no estado de São Paulo (Jaguari, Paraibuna, Santa Branca) e quatro no estado do Rio de Janeiro (Funil, Fontes, Nilo Peçanha, Pereira Passos).

segundo), com a finalidade de priorizar o abastecimento da cidade de Santa Isabel, única cidade paulista que utiliza a água do rio Jaguari para consumo.

A decisão unilateral do DAEE, todavia, não estava atrelada a qualquer declaração de situação de urgência no tocante ao suprimento da cidade de Santa Isabel, o que justificaria uma medida emergencial. A redução da vazão do reservatório Jaguari tinha, na verdade, o propósito de aumentar o volume de água represada para possibilitar uma futura interligação com o Sistema Cantareira. Tal medida preventiva se revelou, portanto, desproporcional, notadamente pelos impactos a seguir especificados.

O Governo do Estado de São Paulo, ao decidir pela redução da vazão a jusante do reservatório Jaguari, comprometeu o abastecimento da população de vinte e oito municípios, sendo doze paulistas e dezesseis fluminenses, e a geração de energia elétrica em duas usinas hidrelétricas localizadas no Estado do Rio de Janeiro³⁶.

A medida, duplamente prejudicial, afetou tanto o abastecimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro ("RMRJ") quanto a geração de energia elétrica. Isto porque a redução da vazão do reservatório Jaguari prejudicou sobremaneira a Estação Elevatória Santa Cecília³⁷, que, além de produzir energia, capta água do rio Paraíba do Sul para o sistema de abastecimento do rio Guandu.

Não obstante a decisão do DAEE, providenciou a CESP, em atenção às regras regulatórias que regem a sua atividade, a apresentação de pleito de redução de vazão ao ONS. O Operador Nacional, enquanto examinava o requerimento, anuiu com a redução temporária da vazão do reservatório Jaguari para 30 m³/s (trinta metros cúbicos por segundo), ao invés de 10 m³/s (dez metros cúbicos por segundo), como determinado pelo órgão estadual.

Após a análise conclusiva do pleito, contudo, o ONS considerou o pedido da CESP inviável e notificou tanto a Companhia quanto a ANA acerca do seu posicionamento. No entanto, antes que houvesse qualquer manifestação da ANA, a

³⁶ São elas: Funil, operada por Furnas Centrais Elétricas S/A, e Santa Cecília, operada pela Light. As duas represas recebem água do rio Paraíba do Sul e, além de produzir energia, servem como reguladoras da vazão do rio Guandu, que abastece toda a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

³⁷ Santa Cecília recebe vazões afluentes dos reservatórios de Funil, Jaguari, Santa Branca e Paraibuna, mais a vazão natural, decorrente das chuvas, a partir de Funil. Na Estação Elevatória Santa Cecília, no município de Barra do Piraí, é efetuada a divisão entre as águas que serão bombeadas para serem transpostas para o rio Guandu e as que seguirão para jusante da bacia. Portanto, de um lado, está o abastecimento de cerca de nove milhões de pessoas da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, além de indústrias e outros usuários. De outro, estão outras cidades e usuários. Dados obtidos através do sítio da ANA. Disponível em: <www.ana.gov.br>. Acesso em: 08 dez. 2015.

CESP comunicou ao ONS que adotaria a vazão de 10m³/s (dez metros cúbicos por segundo), conforme determinado unilateralmente pelo DAEE, a despeito do programa diário de produção definido pelo Operador Nacional.

Em que pese a sugestão da ANA de compensação da redução da vazão do reservatório Jaguari com o volume de outros reservatórios da bacia, a medida não foi prontamente acolhida³⁸. Em razão disso, a ANEEL notificou a CESP por desobedecer a determinação do ONS, multando-a em, aproximadamente, R\$ 5.300.000,00 (cinco milhões e trezentos mil reais)³⁹.

No tocante à geração de energia, sabe-se que, com potência nominal total instalada de 27.600 kW (vinte e sete mil e seiscentos quilowatts), a produção advinda do reservatório Jaguari não é das mais expressivas no cenário nacional⁴⁰. Entretanto, cumpre frisar que, do ponto de vista dos empreendedores, as usinas devem, primeiramente, cumprir os contratos firmados, gerando a energia necessária para seus compradores. Isto significa dizer que há que se afiançar o lastro, ou seja, a garantia física⁴¹, cuja verificação é realizada mensalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica⁴². A insuficiência de lastro, importante dizer, implica na aplicação de penalidade, conforme regra de comercialização⁴³.

³⁸ Conforme noticiado, a compensação da vazão, consoante proposta da ANA, só foi efetivada após a celebração do acordo judicial entre os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo. Antes disso, o reservatório operou durante um mês com a vazão determinada unilateralmente pelo DAEE. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12535>. Acesso em: 08 dez. 2015.

³⁹ A notícia foi veiculada em jornais de grande circulação. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/10/aneel-multa-cesp-em-r-53-milhoes-por-reduzir-geracao-em-hidreletrica.html>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

⁴⁰ Para ilustrar, vale citar a usina hidrelétrica de Xingó, localizada entre os estados de Alagoas e Sergipe, cuja potência instalada é de 3.162.000 KW (três milhões centos e sessenta e dois mil quilowatts). A usina hidrelétrica de Itaipu, por sua vez, localizada na fronteira entre Brasil e Paraguai, conta com potência instalada de 14 GW (quatorze gigawatts).

⁴¹ O art. 2º do Decreto 5.163/04, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, estabelece que garantia física é a quantidade máxima de energia elétrica associada ao empreendimento, incluindo importação, que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos.

⁴² A criação da CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, foi autorizada pela Lei 10.848/2004. Submetida à regulação e fiscalização da ANEEL, tem por finalidade viabilizar a comercialização de energia elétrica. Dessa maneira, é responsável pela contabilização e pela liquidação financeira no mercado de curto prazo de energia e pelo cálculo e divulgação do Preço de Liquidação das Diferenças ("PLD"), utilizado para valorar as operações de compra e venda de energia.

⁴³ Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_afLoop=215680343305381#%40%3F_afLoop%3D215680343305381%26_adf.ctrl-state%3D1aacrrgfn_142>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Vale observar, por oportuno, que a obrigatoriedade da comprovação de lastro de energia visa estimular a contratação de longo prazo, já que a financiabilidade dos empreendimentos de geração de energia elétrica possui extensos prazos de amortização dos investimentos, conforme se depreende do art. 4º, § 2º, da Lei 9.074/1995.

Dessa maneira, qualquer alteração nos reservatórios que implique na modificação do planejamento realizado pelo ONS⁴⁴ e, conseqüentemente, interfira no SIN, deve ser previamente pleiteada ao Operador Nacional e contar com a oitiva da ANA, para evitar o comprometimento dos diferentes usos da água.

É desejável que este procedimento seja observado mesmo em casos de escassez dos recursos hídricos, ainda que se saiba que, nos termos do art. 1º, III, da Lei 9.433/1997, haja a determinação de priorização de uso da água. Isto porque o atendimento ao comando da referida lei não deve ignorar a importância das funções e do planejamento exercidos pelo ONS, em prol do abastecimento de energia em todas as regiões do país.

Não foi em vão, portanto, que a Lei 9.984/2000 dispôs em seu art. 4º, § 3º, que, para que a ANA defina e fiscalize as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, garantindo o uso múltiplo dos recursos hídricos, é premente que o estabelecimento das condições de operação de reservatórios de aproveitamentos hidrelétricos seja efetuado em articulação com o ONS⁴⁵.

Nessa linha, aliás, convém assinalar que a gestão dos recursos hídricos, de modo a proporcionar o uso múltiplo das águas, é também um dos alicerces da Política Nacional de Recursos Hídricos (“PNRH”), assim preconizado pelo art. 1º, VI, da Lei 9.433/1997. O referido dispositivo legal, ao assinalar que “a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas”, reforça a necessidade de tutela do interesse público envolvido na geração de energia hidrelétrica.

⁴⁴ O ONS, pessoa jurídica de direito privado, coordena e controla a operação de geração e transmissão de energia elétrica do SIN, sob a fiscalização e regulação da ANEEL. Dentre tantas outras atribuições, compete ao ONS o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização do SIN, consoante redação do art. 3º, I, do Decreto 5.081/2004, que regulamentou a Lei 9.648/1998.

⁴⁵ A materialização desta articulação assinalada pela Lei 9.984/2000 pode ser verificada no Plano de Ações Complementares para a Gestão da Crise Hídrica na Bacia do Rio Paraíba do Sul, de junho de 2015. Disponível em: <<http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/TransposicaoPBS/PlanodeAcoesComplementaresparaaGestaodaCriseHidricanaPBSJun2015.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

Vê-se, por conseguinte, que a geração de energia elétrica não foi inserida pelo legislador pátrio no rol de preferência de utilização da água em momentos de escassez, mas tem sua importância reconhecida quando a própria lei preconiza a multiplicidade de uso dos recursos hídricos como propósito para sua gestão, bem como estabelece a atuação conjunta da ANA e do ONS para definir as condições de operação dos reservatórios de aproveitamento hidrelétrico, objetivando, assim, garantir o uso múltiplos dos recursos hídricos.

Em termos mais amplos, não se pode perder de vista que a conceituação dos potenciais de energia hidráulica como bens da União, de acordo com o art. 20, VIII, da Constituição Federal (“CF”), encerra uma evidente avaliação da importância desses ativos para o desenvolvimento nacional. Assim como o abastecimento público de água potável, o fornecimento de eletricidade para a população é igualmente essencial. Como salientado pela doutrina especializada⁴⁶:

“[...] é inegável a importância da energia elétrica para o desenvolvimento das atividades mais básicas da sociedade. Em virtude da essencialidade desse insumo não só para as atividades do dia a dia, mas também para o desenvolvimento dos países, a expansão da oferta e da geração de energia hoje é tida como tema estratégico e fundamental para subsidiar crescimento de um país.”

Dessa forma, a compatibilização das bases desta política de priorização de uso dos recursos hídricos em momentos de escassez aos elementos fáticos de cada caso, de forma a potencializar ao máximo a defesa e o resguardo dos interesses abrangidos em cada uso que se pode atribuir à água, é tarefa dos órgãos de gestão (ANA, Conselho Nacional de Recursos Hídricos, Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, Comitês de Bacia Hidrográfica, ANEEL e ONS). Desse modo, restringir a utilização dos recursos hídricos em reservatórios de aproveitamento hidrelétrico, ainda que parcialmente e independente da justificativa, carece de anuência da ANA e do ONS.

Retornando ao caso específico retratado, não se pode olvidar que, com base no permissivo previsto no art. 14, § 1º, da Lei 9.433/1997, a ANA delegou ao DAEE⁴⁷ a competência para conceder outorga do direito de uso dos recursos hídricos de

⁴⁶ NINIO, Alberto. PASSOS Bruno. SILVEIRA, Maria Beatriz. Conflito de Geração – Energia e Judicialização Socioambiental no Brasil. In: *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Tomo II. Coordenação Fábio Amorim da Rocha. 1 ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 640.

⁴⁷ Resolução ANA 429/2004.

domínio da União. No entanto, o ato delegatório apresentou condicionantes no que toca à alteração das vazões. Assim dispõe o art. 5º da Resolução ANA 429/2004:

“Art. 5º Os atos de outorga observarão as restrições decorrentes do balanço entre disponibilidade hídrica e demanda, em termos quantitativos e qualitativos, realizado de forma integrada no âmbito das BACIAS.

Parágrafo único. As vazões estabelecidas no ato da outorga do Sistema Cantareira deverão respeitar as condições de operação especificadas em Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428 de agosto de 2004.”

Desse modo, o arcabouço legal reforça a necessidade de observância das condições de operação do Sistema Cantareira previamente à alteração da vazão. E, embora pactuada a delegação de competência entre a ANA e o DAEE, a fiscalização do cumprimento das condicionantes da outorga caberá à ambos, tudo na forma do art. 11 da Resolução Conjunta ANA/DAEE 428/2004⁴⁸. Assim, em decorrência da articulação que se espera com os órgãos do setor elétrico, as condições de operação dos reservatórios de aproveitamento hidrelétrico devem também ser analisadas pelo ONS⁴⁹.

Além disso, o ONS, para a adequada gestão do SIN, em estrito cumprimento à sua missão legal e institucional⁵⁰, não pode estar sujeito às surpresas relacionadas à expectativa de geração das suas unidades produtoras, como a redução inesperada da vazão de uma usina e a consequente queda na produção de energia.

No caso em tela, a determinação do DAEE para a drástica redução da vazão do reservatório Jaguari pode, inclusive, ter impactado na perda do lastro outrora comprovado pela CCEE quando da celebração dos contratos de comercialização de

⁴⁸ Art. 11. Os usos de recursos hídricos decorrentes de outorga conferida em conformidade com esta Resolução estão sujeitos à fiscalização da ANA e das próprias entidades outorgantes delegatárias. Parágrafo único. A autoridade delegatária deverá informar imediatamente a ANA a constatação de irregularidade dos usos de recursos hídricos nas BACIAS ou de qualquer uso em desacordo com as regras definidas nesta Resolução.

⁴⁹ Sobre a dinâmica da articulação entre a ANA e o ONS, vale aduzir que, para a efetivação da redução da vazão de determinado reservatório de aproveitamento hidrelétrico, o ONS encaminha estudo fundamentado sobre a viabilidade ou não da diminuição da vazão do reservatório, considerando a possibilidade de flexibilização da operação hidráulica, para exame e definição pela ANA. Tal assertiva pode ser verificada na Carta ONS 1683/100/2015, referente às condições operativas dos reservatórios da bacia do rio São Francisco. Disponível em:

<http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150929114514_DGL-CTA-E-1683-2015.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

⁵⁰ A missão legal e institucional do ONS, na forma do art. 13 da Lei 9.644/1998, é a coordenação e o controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes SIN.

energia elétrica. Isto porque a energia hidrelétrica é proporcional ao volume e à altura da queda e a potência elétrica é proporcional à altura e à vazão da água. A redução da vazão, pode, portanto, acarretar a diminuição da potência elétrica gerada pela usina.

Contudo, em consonância com a responsabilidade das partes perante os riscos hidrológicos, definidos no art. 2º, § 1º, da Lei 10.848/2004, é possível considerar que a perda de lastro decorrente da determinação de redução da vazão do reservatório pelo órgão regulador, desde que motivada pelas alterações hidrológicas, seja incluída como um risco do negócio e, dessa forma, suportada pelos agentes envolvidos, conforme as características da operação de comercialização. Daí porque ser possível sustentar que esta consequência, que atinge diretamente o setor elétrico, não é a mais significativa para o presente estudo, porquanto inserida nos riscos ordinários da atividade econômica.

De outro ângulo, como resultado do atendimento do comando emanado pelo DAEE, expresso no sentido de reduzir a vazão do reservatório, acabou a CESP por descumprir as normas regulatórias atinentes ao ONS e à ANA, que exigem a prévia anuência dessas instituições para a implementação das alterações de vazão. A decisão da CESP, por certo, além de impactar o planejamento do setor elétrico, embora não atingisse diretamente o gerador como mencionado acima, ameaçou o abastecimento das cidades que dependem do regular funcionamento do reservatório Jaguari.

Enfim, afastando-se a formação de qualquer juízo de valor acerca da ordem que deveria ser atendida pela direção da CESP, o que foge a uma compreensão exclusivamente jurídica⁵¹ e abrange, por certo, outras vertentes política, técnica e empresarial, a verdade é que a existência de determinações conflitantes ocasionaria, de qualquer maneira, o descumprimento de uma delas.

Como resultado disso, a ANEEL, no exercício da sua atividade fiscalizatória, decorrente da sua competência para a regulação do segmento de geração de energia, identificou o descumprimento à determinação do ONS e decidiu pela aplicação de

⁵¹ Como mencionado anteriormente, a determinação de redução da vazão do reservatório Jaguari não teve por base o cumprimento da regra de abastecimento preferencial em momentos de seca, prevista no art. 1º, III, da Lei 9.433/1997. A pretexto de subsidiar o suprimento da cidade de Santa Isabel, o Governo do Estado de São Paulo intencionava, na verdade, aumentar o volume deste reservatório para, posteriormente, transpor suas águas para o Sistema Cantareira.

multa à CESP⁵². Na ocasião, a CESP informou que recorreria da decisão, embora não haja registros do desfecho da aplicação desta penalidade até a conclusão do presente trabalho.

Posteriormente, numa clara evidência de disposição dos estados atingidos para buscar um equilíbrio no funcionamento dos reservatórios e evitar a interrupção do abastecimento de água, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo acordaram com o aumento da vazão do reservatório Jaguari para 43m³/s (quarenta e três metros cúbicos por segundo) e a redução da vazão do reservatório Paraibuna, do Governo Federal, de 80m³/s (oitenta metros cúbicos por segundo) para 47 m³/s (quarenta e sete metros cúbicos por segundo)⁵³. No Rio de Janeiro, ainda sob os termos do acordo, a vazão da barragem de Santa Cecília caiu de 165 m³/s (cento e sessenta e cinco metros cúbicos por segundo) para 160 m³/s (cento e sessenta metros cúbicos por segundo).

E, assim, unindo esforços para atingir um denominador comum, as partes envolvidas, com aval dos órgãos de controle e regulação, procuraram adequar as vazões dos reservatórios para que fosse possível tanto o abastecimento público quanto a geração de energia elétrica.

1.2.2. Racionamento de água na RMSP:

A drástica redução do volume dos reservatórios do Sistema Cantareira impulsionou a adoção de medidas mais austeras quanto ao fornecimento de água para os municípios que compõem a RMSP. De fato, momentos de escassez hídrica impõem providências que interferem na regularidade do abastecimento e oneram o consumidor, justamente para garantir tanto o equilíbrio financeiro da prestação do serviço quanto a gestão da demanda⁵⁴.

E nesta mesma linha de raciocínio, a Lei 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, dispõe em seu art. 46⁵⁵ que, em situações de

⁵² Vide nota 39.

⁵³ O acordo, que garantiu a segurança hídrica da região Sudeste, foi noticiado pelo Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/assunto/reservatorio-de-jaguari/>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

⁵⁴ Art. 46 da Lei 11.445/2007.

⁵⁵ Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda.

escassez, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, nas quais é indispensável a aplicação do racionamento, o ente regulador pode implementar mecanismos tarifários de contingência para suportar custos adicionais.

Consoante exposto, o referido diploma legal é muito claro ao permitir a adoção de mecanismos tarifários de contingência em momentos de crítica escassez, justamente para garantir segurança no fornecimento de água. No entanto, a referida lei determina também que a drástica redução da disponibilidade hídrica seja declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o que não ocorreu no Estado de São Paulo⁵⁶.

Assim, ao aplicar a tarifa de contingência sem a devida campanha publicitária informativa sobre a escassez, a agência reguladora promoveu o racionamento de forma oficiosa. Tal iniciativa, rendeu ao Governo de São Paulo uma ação judicial movida por entidade de defesa do consumidor⁵⁷. Na apreciação do pedido da medida liminar, o juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do processo 1000295-36.2015.8.26.0053, assim decidiu:

“[...] Desta feita, forçoso reconhecer que não há possibilidade de se contornar o texto legal a partir de mera deliberação do ente regulador. Impõe-se, pois, a necessidade de franca declaração quanto à situação crítica de escassez e adoção do racionamento oficial. E, neste tópico, acolho a argumentação da autora. Atualmente, sabido que o racionamento é oficioso e não atinge a população paulista de forma equânime como deveria. [...] Constitui fato notório – agora porque amplamente divulgado pela imprensa – que o Estado de São Paulo enfrenta a sua maior crise hídrica. Os níveis dos reservatórios – em patamares baixos dantes nunca vistos – assustam, especialmente porque o colapso do sistema parece inevitável. Diante disso e de todos os fatores que medeiam a crise, causa espécie a demora na tomada

⁵⁶ A declaração da drástica redução da disponibilidade hídrica no Estado de São Paulo durante o ano eleitoral poderia interferir no resultado da eleição presidencial, como avaliou o jornal britânico *Financial Times*. Assim, no ano de 2014, não houve qualquer manifestação da autoridade pública daquele estado quando à necessidade de imposição de racionamento de água, mesmo diante da criticidade do Sistema Cantareira. A matéria do jornal britânico encontra-se disponível em: <<http://www.jb.com.br/eleicoes-2014/noticias/2014/10/21/financial-times-falta-de-agua-em-sao-paulo-ameaca-candidatura-de-aecio/>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

⁵⁷ A PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, por meio da cautelar nominada, em tramitação no Tribunal de Justiça de São Paulo, requereu que a SABESP suspendesse a aplicação da tarifa de contingência, enquanto a população não fosse devidamente informada através de campanha publicitária. A autora da ação pleiteou, ainda, que a empresa voltasse a promover campanhas publicitárias de massa, com a divulgação de medidas de economia no uso da água, e com a conscientização do usuário quanto à necessidade de colaborar para a mitigação dos efeitos da crise hídrica. Além disso, com fundamento no art. 46 da Lei 11.445/2007, a PROTESTE solicitou que o Governo do Estado de São Paulo e a SABESP fossem condenados solidariamente a indenizar por danos morais e materiais os consumidores que sofreram com a interrupção do fornecimento de água sem a prévia comunicação.

de decisões que poderiam suavizar, alongar ou remediar a crise. Para tanto, basta atentar para o fato de que, segundo especialista da área e em matéria divulgada pelo Jornal Folha de São Paulo na data de hoje, Carlos Tucci, a oferta de água está no limite há mais de uma década. Considerando tal fato - certamente de conhecimento da SABESP, assim como deve ser de seu conhecimento - o divulgado superaquecimento global e seus efeitos, o desmatamento desenfreado das matas e que mais diretamente importaram alteração do clima no Estado com consequente diminuição das médias históricas das chuvas, a indagação que permanece sem resposta é a seguinte: qual o planejamento da ré SABESP para tanto, sabedora que dias nebulosos estariam por vir? E, ao que consta, nenhum, (...) E, se assim é, de rigor que se espere responsabilidade por quem está à frente da questão: o remédio amargo deve ser experimentado por todos e, por isso, a SABESP não pode mais se furtar à questões internas, como por exemplo, aquela que diz respeito às perdas, em patamar absurdamente elevado, fato que não pode ser imputadas à população, mas sim ao fato de que a tubulação é obsoleta e carece de investimentos de há muito necessários. As perdas elevadíssimas também estão a consumir os poucos recursos ainda existentes. A lição de casa deve ser feita por todos e não somente pelos consumidores. Além disso e em terceiro lugar, não se pode deixar de observar que o ônus imposto ao consumidor vem desacompanhado da propaganda anterior, maciça e necessária acerca da dimensão real do problema – desta vez de modo oficial – quais as medidas necessárias, possíveis e que urgem ser adotadas por todos os cidadãos paulistas para economia efetiva de água, divulgação ampla acerca dos kits redutores de pressão, como servem e de que forma devem ser utilizados, a necessidade da tarifa de contingência e como cada contribuinte pode ter acesso à sua média a fim de se preparar de modo a evitar a tarifa majorada. Diante de tais fatores, DEFIRO PARCIALMENTE A MEDIDA LIMINAR SOMENTE PARA SUSPENDER A TARIFA DE CONTINGÊNCIA DETERMINADA PELA DELIBERAÇÃO ARSESP 545 até cumprimento dos termos da Lei Federal 11445/07, em seu artigo 46.” (sic) (publicação em 19/01/2015)

A decisão proferida em primeira instância foi derrubada logo no dia seguinte pelo Tribunal de Justiça⁵⁸, autorizando que a SABESP colocasse em prática a tarifa de contingência sem a esperada publicidade da criticidade da escassez. Por meio de decisão monocrática, entendeu o juízo *ad quem* que a Lei 11.445/2007, em seu art. 46, não exige prévia decretação de racionamento para estabelecer a medida de contingência. A imposição da tarifa, segundo o magistrado, preserva o princípio da isonomia, beneficiando com bônus os que economizam e impondo aos que desperdiçam um adicional no valor cobrado.

Diante disto, a informação à população em geral sobre a crise hídrica, tal qual determinada pelo art. 46 da Lei 11.445/2007, ficou restrita a um folheto explicativo

⁵⁸ Processo 2002664-48.2015.8.26.0000.

enviado para a residência do consumidor, já que o Judiciário paulista, quando da revisão da decisão *a quo*, entendeu ser desnecessário a edição de um decreto de cunho declaratório.

Cumprе mencionar, no entanto, que, previamente à imposição da tarifa de contingência, a ARSESP, através da Deliberação ARSESP 469⁵⁹, de 03/02/2014, implantou, em caráter emergencial, o Programa de Incentivo à Redução de Consumo de Água da Sabesp, com o objetivo de bonificar, com 30% de diminuição nas tarifas de água e esgoto, os usuários atendidos pelo Sistema Cantareira que reduzirem em 20% o seu consumo mensal durante a vigência do programa.

O Programa de Incentivo, com vigência de fevereiro a setembro de 2014, ou, alternativamente, até a normalização dos níveis dos reservatórios, teve sua área de abrangência ampliada, com a inclusão de outros municípios, e vigência estendida até dezembro de 2014, de acordo com a Deliberação ARSESP 480⁶⁰, de 31/03/2014.

Finalmente, em 21/10/2014, por meio da Deliberação ARSESP 514, foi aprovado o escalonamento das faixas de bonificação tarifária por redução e consumo⁶¹, incidentes apenas nos municípios que já participavam do Programa de Incentivo⁶². Ao que tudo indica, o propósito era beneficiar usuários que, embora não atingissem a meta inicial, fixada na Deliberação ARSESP 469, alcançavam uma

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislacaoArquivos/Idl4692014.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislacaoArquivos/Idl4802014.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

⁶¹ Art. 2º - O escalonamento da faixa de bonificação das tarifas, durante o período de vigência do Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água, será de:

(a) 30% (trinta por cento), para os usuários cujo consumo mensal seja reduzido em pelo menos 20% (vinte por cento) em relação à média de consumo do período de fevereiro/2013 a janeiro/2014;
 (b) 20% (vinte por cento), para os usuários cuja redução de consumo mensal seja maior ou igual a 15% (quinze por cento) e inferior a 20% (vinte por cento) em relação à média de consumo do período de fevereiro/2013 a janeiro/2014;
 (c) 10% (dez por cento), para os usuários cuja redução de consumo mensal seja maior ou igual a 10% (dez por cento) e inferior a 15% (quinze por cento) em relação à média de consumo do período de fevereiro/2013 a janeiro/2014.

⁶² Art. 3º - O escalonamento da faixa de bonificação será aplicado pela Sabesp, para os consumos realizados a partir de 1º de novembro de 2014, em todos os municípios que atualmente já recebem o bônus tarifário:

(a) Região Metropolitana de São Paulo: São Paulo, Arujá, Barueri, Biritiba Mirim, Caieiras, Cajamar, Carapicuíba, Cotia, Diadema, Embu das Artes, Embu-Guaçu, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato, Franco da Rocha, Itapeverica da Serra, Itapevi, Itaquaquecetuba, Jandira, Mairiporã, Mogi das Cruzes (bairro Divisa), Osasco, Pirapora do Bom Jesus, Poá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Salesópolis, Santana de Parnaíba, São Bernardo do Campo, Suzano, Taboão da Serra e Vargem Grande Paulista;

(b) Região de Bragança Paulista: Bragança Paulista, Joanópolis, Nazaré Paulista, Pinhalzinho, Piracaia e Vargem;

(c) Região de Campinas: Hortolândia, Itatiba, Jarinu, Monte Mor, Morungaba e Paulínia.

redução no dispêndio de água de até 10% da média de consumo do período de fevereiro/2013 a janeiro/2014.

A tentativa de estimular a redução da utilização de recursos hídricos é notória. Não obstante, a baixíssimo índice pluviométrico impulsionou o decréscimo no volume armazenado no Sistema Cantareira. Assim, ao adiar o racionamento por mais de um ano, medida radical que os governantes procuram evitar, principalmente em ano eleitoral, os reservatórios atingiram níveis críticos. Conforme dados divulgados pela SABESP⁶³, a situação do Sistema Cantareira em fevereiro de 2014, no início do Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água, comparativamente ao mesmo período em 2015, mês no qual começou a cobrança da tarifa de contingência, demonstra com exatidão a dimensão do problema.

SISTEMA CANTAREIRA		
	Fevereiro/2014	Fevereiro/2015
Volume armazenado	21,9%	5,0%
Pluviometria do dia	0,0 mm	10,7 mm
Pluviometria acumulada no mês	0,0 mm	10,7 mm
Média história no mês	202,6 mm	199,1 mm

Em um ano, apenas com a implementação do Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água, o volume armazenado no Sistema Cantareira diminuiu quase 80%, agravando sobremaneira o cenário da crise.

Além de se protelar medidas que poderiam amenizar ou, até mesmo, remediar a crise hídrica, as autoridades públicas aguardaram um ano para admitir a necessidade de instituição de um plano de racionamento, o que poderia ter evitado a utilização do volume considerado reserva técnica, ou seja, o volume estocado no reservatório que, para ser utilizado, requer bombeamento⁶⁴.

Como citado na decisão liminar transcrita acima, indicativa das possíveis causas que podem ter contribuído para as alterações hidrológicas dos últimos anos,

⁶³ Disponível em:

<<http://www2.sabesp.com.br/mananciais/DivulgacaoSiteSabesp.aspx>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁶⁴ De acordo com os dados divulgados pela SABESP, no dia 24/10/2014, a segunda reserva técnica do Sistema Cantareira entrou em operação, acrescentando 105 bilhões de litros ao sistema. Importante lembrar que a primeira reserva técnica já operava desde o dia 16/05/2014 e já havia adicionado mais 182,5 bilhões de litros ao sistema.

não houve planejamento da SABESP para enfrentar a crise, que se mostrou inevitável. Ademais, como delineado na referida decisão, quando da implantação da tarifa de contingência, ou seja, no momento de impor o ônus ao consumidor, a cobrança não veio acompanhada da prévia propaganda de cunho informativo, para mostrar a real dimensão da crise hídrica, a necessidade de exigência da tarifa e, por fim, como evitar a cobrança do valor majorado pelo consumo de água.

Finalmente, com receio de sofrer nova imposição de redução de limite de retirada do Sistema Cantareira, o que, associada à despressurização já em curso, poderia interromper o abastecimento por longos períodos, a SABESP cogitou realizar um drástico rodízio no fornecimento de água, conforme anunciado no Relatório Anual de Sustentabilidade de 2014⁶⁵. A medida, no entanto, não foi colocada em prática por enquanto, já que a redução da pressão nas tubulações⁶⁶ tem, segundo a SABESP, diminuído as perdas de água.

As medidas técnicas implementadas pela SABESP demonstram que não houve abastecimento preferencial para os consumidores residenciais. Isto significa dizer que, oficialmente, o racionamento no suprimento de água para as indústrias⁶⁷, cuja oferta deveria ter sido diferenciada, não ocorreu, a despeito do que determina a legislação correlata⁶⁸. Desse modo, o consumidor residencial, há muito, vem internalizando o ônus de repartir com as indústrias, cujo consumo é muito maior, o pouco volume de água existente nos reservatórios.

A questão da priorização do abastecimento de água para a população nos momentos de escassez, em detrimento do suprimento deste recurso para os demais setores da economia, está relacionada ao de planejamento de políticas públicas, para definição do uso mais apropriado. No entanto, a própria Lei 9.433/1997 informa exatamente as políticas que devem ser adotadas pelos gestores de recursos hídricos para a consecução dos objetivos nela dispostos⁶⁹, como ocorre com a regra de uso preferencial da água em situações de baixa disponibilidade hídrica.

⁶⁵ Disponível em

<<http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaold=93>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁶⁶ Disponível em

<<http://site.sabesp.com.br/site/reducao/reducaopressao.html>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁶⁷ Conforme matéria publicada em fevereiro de 2015, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo externou preocupação com a iminência de racionamento de água para o setor. Como se verifica, o assunto somente veio à tona após dois anos de escassez, o que demonstra que nenhuma política de restrição hídrica foi adotada até aquele momento. Disponível em:

<<http://www.cartacapital.com.br/revista/835/a-seca-da-economia-4105.html>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

⁶⁸ Art. 1º, III, da Lei 9.433/1997.

⁶⁹ Os objetivos da Lei 9.433/1997 estão elencados no art. 2º, que assim dispõe:

Ao analisar o mencionado diploma legal, Maria Luiza Machado Granziera⁷⁰ salienta que o planejamento do uso de recursos hídricos se aproxima da economia, vez que, para promover intervenções dessa natureza, o Estado deve estabelecer metas e alocar recursos:

“A noção de planejamento está vinculada às ciências da economia, das finanças e do orçamento. O Estado, ao proceder à intervenção econômica, estabelece metas a serem atingidas, alocando recursos para tanto. No caso dos recursos hídricos, o planejamento opera-se por meio do estabelecimento de metas de natureza física a serem alcançadas e que podem ser traduzidas em melhoria dos aspectos de quantidade e qualidade das águas. Nessa sistemática, não deixa de haver uma interface com os aspectos econômicos e financeiros, à medida que são necessários recursos dessa natureza para atender aos objetivos propostos, de melhoria dos recursos hídricos e manutenção dos usos, para as atuais e futuras gerações.”

Todas essas questões demonstram que, diante da forma como a crise hídrica da região Sudeste vem sendo enfrentada, existem falhas no modelo de governança dos recursos hídricos. Os órgãos de controle e regulação retardam quando devem tomar decisões céleres, hesitam quando precisam aplicar o texto da lei e, ao final, quem arca com os custos da má governança são os consumidores residenciais, aqueles que deveriam, desde o início, ter sido priorizados, por conta do que dispõe o art. 1º, III, da Lei 9.433/1997.

1.3. Conclusões Parciais:

Enfrentar a situação crítica de escassez que assola o sistema hídrico da região Sudeste brasileira se tornou um dos temas mais desafiadores dos últimos anos em matéria de governança ambiental. Demanda uma gestão adequada para evitar o desabastecimento urbano e industrial, bem como o impacto negativo na geração de energia elétrica.

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

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;

III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

⁷⁰ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114.

O incentivo à multiplicidade de usos dos recursos hídricos está preconizado na legislação brasileira, sendo imperativa para um país cuja matriz energética é 65,2% (sessenta e cinco vírgula dois por cento) hidráulica, conforme dados do Balanço Energético Nacional 2015, ano base 2014⁷¹. Nestes termos, a Lei 9.433/1997, que instituiu a PNRH, impõe, como um dos seus fundamentos⁷², a importância de sempre proporcionar o uso múltiplo das águas na gestão dos recursos hídricos, exigindo assim que a água seja utilizada de forma harmônica entre os diversos segmentos.

Todavia, em momentos de seca, o caso objeto da presente dissertação demonstra que tal regra não possui aplicação plena. Em situações de escassez hídrica, pela letra da lei, o estímulo ao uso múltiplo das águas deve ceder espaço para outro importante fundamento da PNRH, que estabelece a priorização da dessedentação humana e animal⁷³. Ocorre que a aplicação dessas regras no caso concreto não é tarefa fácil. Não se pode ignorar o fato de que o abastecimento preferencial em situações de baixa disponibilidade hídrica reflete na economia do país e a solução não pode ser, simplesmente, a interrupção da produção industrial e agrária. A busca por alternativas que minimizem o impacto gerado pela aplicação da regra de priorização do fornecimento de água em períodos de seca é cogente.

Pontuada a complexidade do tema, vislumbrou-se que a singular crise hídrica diagnosticada no Sudeste brasileiro serviu, acima de tudo, para testar o arcabouço regulatório e, notadamente, a forma pela qual os órgãos que atuam na gestão da água e de energia se relacionam. Instalada a crise, deve haver um esforço comum para amenizar a escassez hídrica e buscar medidas com o menor impacto nos estados afetados.

Especificamente em se tratando do abastecimento de água e da geração de energia elétrica, há que se ter em mente ainda que a necessidade de priorização no uso da água acaba por estabelecer uma situação delicada de tensão entre dois serviços públicos⁷⁴, portanto entre duas atividades econômicas em sentido amplo reconhecidas como de primeira necessidade da população. Contudo, a qualificação

⁷¹ Disponível em: <<https://ben.epe.gov.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁷² Art. 1º, IV, da Lei 9.433/1997.

⁷³ Art. 1º, III, da Lei 9.433/1997.

⁷⁴ Muito embora a classificação da geração de energia elétrica como serviço público suscite certa discussão doutrinária, acompanha-se o entendimento de David Waltenberg e de Alexandre Santos de Aragão para a defesa desse enquadramento. Nesse sentido, WALTENBERG, David A. M.. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 360. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 278/279.

dos serviços públicos como atividades ligadas à coesão e interdependência social, como o fez Eros Roberto Grau⁷⁵, sinaliza a envergadura dos interesses e das necessidades que são por eles atendidos.

Nestes termos, diante das falhas verificadas no decorrer do enfrentamento da crise hídrica brasileira mais significativa dos últimos anos, e tendo em vista a atual estrutura de governança das águas e do modelo regulatório vigente, o próximo capítulo procurará identificar os empecilhos contidos no arcabouço jurídico que impedem ou, ao menos, dificultam a consecução dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 135.

Capítulo 2: Governança das Águas Brasileiras

2.1. O modelo de agências no direito regulatório brasileiro:

A importação do modelo de agências reguladoras do direito anglo-saxão, notadamente nos moldes norte-americano, para o cenário brasileiro, ocorreu durante a reforma estatal da década de 90⁷⁶, num momento em que era indispensável uma resposta do governo para o mercado internacional, de forma a motivar a credibilidade da economia do País e demonstrar a diminuição da ingerência política⁷⁷, com vista à viabilização de um amplo programa de desestatização⁷⁸.

Até então, prevalecia o dirigismo estatal e a tendência de intervenção do Estado na economia por meio da exploração direta de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos, atraindo para o poder público o papel de provedor das necessidades básicas da população⁷⁹.

A inevitável transição do Estado interventor para o regulador objetivou reduzir a interferência estatal na economia, transformando-o no grande administrador das atividades econômicas⁸⁰. Para tanto, promoveu-se inúmeras privatizações, criou-se

⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro*. **RETE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº 22, jun./jul./ago. 2010, Salvador (BA).

⁷⁷ Na visão de Gustavo Binimbojm: “[...] foi até natural que a preocupação básica do legislador (leia-se, do governo Fernando Henrique Cardoso) e da doutrina nacional tenha sido a defesa da *autonomia* das agências. Nessa *primeira onda* de criação de agências reguladoras setoriais, o grande móvel da estrutura regulatória introduzida no país foi a criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos. Por isso as agências são criadas no Brasil como *autarquias de regime especial*, cuja principal característica é a sua *autonomia reforçada* em relação aos poderes constituídos, especialmente face ao Poder Executivo”. BINIMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269.

⁷⁸ A referência que se faz corresponde ao Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8.031/1990, que encontrou paralelo em iniciativas semelhantes de governos estaduais, como o Programa Estadual de Desestatização do Rio de Janeiro, criado pela Lei Estadual 2.470/1995.

⁷⁹ Nesse sentido, analisa Floriano de Azevedo Marques Neto: “Por décadas, a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com a estatização de atividades econômicas por razões estratégicas, com a afirmação da soberania estatal, com a fragilidade dos atores privados, entre outros fatores. Esta perspectiva corresponderá ao período do assim denominado Estado de Bem-Estar ou, para os sociólogos do Direito, Estado intervencionista.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª. Ed. 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

⁸⁰ Fala-se aqui dos serviços públicos e das atividades de especial interesse econômico. Conforme demarcado no documento intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, editado pela Presidência da República, “[a] reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse

órgãos com autonomia funcional, com intensiva atuação normativa e capacidade de fiscalização, incentivo e planejamento dos setores submetidos à regulação⁸¹. Essas medidas foram essenciais para a implementação do novo modelo institucional.

Este novo modelo institucional consubstanciou a chamada administração pública gerencial, que tem nas entidades reguladoras independentes, especialmente nas agências reguladoras, o seu principal sistema de organização estatal⁸². Por meio de tais agências, estabelece-se um importante marco característico da transição do Estado Interventor para o Estado Regulador, marcado pela autonomia destes entes, de forma a evitar a captura do regulador⁸³.

A garantia da autonomia funcional bem ilustra esta característica das agências, na medida em que a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, bem como a necessidade de ocupação dos cargos de direção por profissionais especializados⁸⁴ e com mandato fixo, presta-se, exatamente, a dificultar a interferência política nas agências reguladoras, seja influenciando as decisões do colegiado ou mesmo impondo a troca inesperada dos dirigentes. Nesse sentido, expõe Luís Roberto Barroso⁸⁵:

"A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo,

desenvolvimento." In: *Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado*. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial. Brasília, set. 1995. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

⁸¹ Art. 174 da CF.

⁸² É o que destaca Sérgio Guerra. GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In. GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 369.

⁸³ "A vantagem de distanciar o regulador das partes interessadas, isto é, dar-lhe independência, é que esse mecanismo reduz o risco de captura do regulador pelos interesses tendentes a influenciar indevidamente o processo regulatório e impedir sua efetividade. A independência procura dar base para a imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios. Note-se que o desenho de 'agências reguladoras' não procura torná-las insensíveis a toda influência dos muitos atores no mercado e da sociedade que são afetados pela regulação econômica. Tentativas de influenciar o processo regulatório com vistas à satisfação de interesses próprios são legítimas. A dificuldade surge quando o sistema regulatório é influenciado em uma forma não transparente, destruindo-se a imparcialidade." *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, set. 2003, p. 13. Disponível em:

<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf> Acesso: em 27 jul. 2015.

⁸⁴ Arts. 5º e 6º da Lei 9.986/2000.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. N 229, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set, 2002, p. 296.

como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira".

Esta nova organização político-administrativa requereu, ainda, uma produção legislativa diferenciada. Leis de menor densidade normativa passaram a vigorar, com cada vez mais frequência, no sistema jurídico brasileiro, possibilitando, dessa maneira, a efetiva atuação normativa das agências reguladoras, imprimindo maior completude ao marco regulatório do respectivo setor. Conforme Alexandre Santos de Aragão⁸⁶, entende-se por menor densidade normativa a larga menção a princípios e valores que devem pautar a exploração de atividades econômicas e a prestação de serviços públicos, que dependerão de um esforço de concretização por parte da autoridade reguladora, por meio da atividade normativa regulatória, para a real identificação da vontade do legislador.

A criação, pelo Parlamento, de *standards* através de normas infraconstitucionais, no sentido de estabelecer padrões mínimos para a prestação de serviços adequados⁸⁷, tornou-se imperioso diante da acelerada evolução do mercado no que tange ao desenvolvimento tecnológico e quanto à necessidade de expansão dos serviços⁸⁸.

Não se pode olvidar que as agências reguladoras, como autarquias especiais que são, estão vinculadas⁸⁹ aos correlatos órgãos do Poder Executivo, como Ministérios e Secretarias. Em que pese a autonomia funcional, já mencionada linhas acima, a atividade regulatória está atrelada às diretrizes definidas para o setor econômico oriundas da Administração Direta e às políticas públicas traçadas pelo Chefe do Poder Executivo. Por conseguinte, pode-se dizer que a autonomia das

⁸⁶ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: "Podemos ver, com efeito, que, apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras, - umas mais e outras menos - possuem competências normativas calcadas em *standards*, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas - também genéricas - fixadas nas suas respectivas leis." ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 408.

⁸⁷ Art. 175, parágrafo único, IV, da CF.

⁸⁸ Refere-se aqui à necessária atualidade do serviço, disposta no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/1995.

⁸⁹ De acordo com o texto do art. 3º da Lei 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas, por exemplo, está vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. Mas esta disposição legal não indica a subordinação hierárquica da clássica estrutura da Administração Pública.

agências reguladoras merece ressalva, visto que comporta limitações⁹⁰, mesmo que seja para se enquadrar no sistema administrativo vigente.

No entanto, esse novo arranjo institucional, que se traduziu na atual administração policêntrica, possibilitou que as decisões emanassem de diferentes centros de poder⁹¹, para, assim, fazer frente à dinâmica do mercado atual. Sobre esta nova estrutura organizacional e, especialmente, no que tange à função neutral regulatória, examina Sérgio Guerra⁹²:

“Essas entidades, criadas por lei – e, repita-se, não estruturadas na Constituição Federal – surgiram no âmbito de um movimento de descentralização administrativa (e, não, mera desconcentração), revestidas de natureza jurídica autárquica especial.

A descentralização autárquica, depois de certo declínio, ressurgiu restaurada como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle.

Estas atividades demandam personalidade jurídica de Direito público, com a flexibilidade comercial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária.

Como dito, a característica estrutural de rede ou policêntrica (não piramidal), não encontra detalhamento na Carta Constitucional de 1988, que apenas utilizou o termo ‘órgão regulador’ para se referir à criação de autoridades regulatórias.”

Importante notar que o processo de implantação das agências reguladoras, no Brasil, não ocorreu uniformemente, identificando-se diferenças substanciais em cada caso concreto. A Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), por exemplo, pode ser mencionada como um modelo de planejamento. Sua instalação ocorreu em 05/11/1997, quando já havia sido editado o marco legal de reformulação do setor, a

⁹⁰ Conforme salienta Alexandre Santos de Aragão, a autonomia das agências reguladoras é limitada. No entanto, para o autor, esses limites são compatíveis com as características das agências, pois integram seu próprio conceito. Isto porque não se pode imaginar que um órgão, por mais autônomo que seja, possa ficar alheio ao conjunto da Administração Pública, considerando o sistema constitucional brasileiro. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A legitimação democrática das agências reguladoras*. Revista de Direito Público da Economia. vol. 2, nº 6, Belo Horizonte, abr/jun, 2004, p. 9-26.

⁹¹ Os variados centros de poder incluem, além das agências reguladoras, aqueles organismos que, embora não tenham autonomia funcional e não possuam a garantia de estabilidade dos seus dirigentes durante o mandato, detêm legitimidade para regular o mercado, inclusive editando normas, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central, entre outros.

⁹² GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111-112.

chamada Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”), Lei 9.472/1997, de 16/07/1997. Assim, somente após a definição do marco regulatório e do início de funcionamento de seu ente regulador, realizou-se, em 29/07/1998, a privatização do Sistema Telebrás⁹³.

No interesse do presente estudo, cabe dizer que a criação da Agência Nacional de Águas não seguiu o mesmo exemplo de estruturação do ambiente regulatório. Expõe-se isso porque, ao contrário da ANATEL, que precedeu o funcionamento do segmento de mercado que viria a ser por ela regulado (com a sua abertura a agentes privados), a ANA surge em 2000 no âmbito de uma estrutura institucional existente desde 1981, com o Sistema Nacional de Meio Ambiente (“SISNAMA”).

Conveniente notar que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”) há muito já fixava regras em matéria de águas, como bem comprova a Resolução CONAMA 20/1986, que define a classificação de águas doces, salobras e salinas, e estabelece parâmetros para o controle de qualidade.

Não bastasse isso, o próprio SISNAMA adiciona um outro importante complicador: o regime de competências em matéria de gestão, combinado com o regime de competências em matéria ambiental. A água faz parte do meio ambiente natural. O regime constitucional de competências, no entanto, destaca este recurso dos demais que compõem o meio ambiente, conferindo-lhe tratamento específico. Este destaque das águas do meio ambiente para efeito de regulação, com reflexos no regime constitucional de competências, no quadro institucional e no regime regulatório, será aprofundado no tópico seguinte.

Ao contrário da lógica de implementação das demais agências reguladoras, com a ANA não se assistiu a uma revisão da estrutura de um segmento da economia, como ocorreu com os setores submetidos ao processo de desestatização (telecomunicações, energia e petróleo, por exemplo). A gestão das águas já era realizada antes da criação da ANA, por meio de um sistema que persiste até os dias atuais, e não passou por uma substancial reestruturação. Houve a acomodação de um novo agente, sem maiores preocupações com a redivisão de competências e atribuições.

Como se verá adiante, tem-se aqui, portanto, uma importante peculiaridade da ANA, consubstanciada na sua inserção numa estrutura institucional e regulatória já

⁹³ Dados obtidos no sítio da Agência Nacional de Telecomunicações.

existente, que precisou ceder espaço para a implantação dessa agência, e na necessidade de convivência com dois sistemas distintos de competências, relativos ao meio ambiente e à gestão das águas, que demonstram áreas de sobreposição.

2.2. O regime constitucional de competências em matéria de meio ambiente e de águas no Brasil:

O meio ambiente recebeu tratamento de destaque no texto da Constituição Federal de 1988, mediante diversas referências ao longo daquela Carta. A passagem principal, contudo, pode ser considerada aquela posicionada no art. 225, que estatui ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito de todos, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Tem-se aqui, portanto, a base para a caracterização da competência comum atribuída pelo legislador constituinte em favor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a tutela do meio ambiente. O art. 23, incisos VI e VII, ratificou esta competência comum, ao dispor expressamente:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VI – preservar as florestas, a fauna e a flora;”

A definição da competência legislativa, contudo, mereceu tratamento radicalmente diverso, e bem mais complexo. Em matéria de águas, foco do presente estudo, cabe dizer que o art. 22, IV, da CF atribui à União a competência legislativa exclusiva.

De forma mais abrangente, todavia, o art. 24, VI, da CF estabelece competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, conservação da natureza, defesa dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição, bem como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, VIII). Forçoso registrar, ainda, que, de acordo com § 1º do mencionado art. 24, por se tratar de hipótese de competência concorrente, caberá à União apenas e tão somente o estabelecimento de regras gerais, ao passo que, nos termos do § 2º, a

edição de normas gerais não afasta o exercício de competência suplementar pelos Estados. E, pela conjugação do art. 30, incisos I e II, da CF, a competência legislativa concorrente estende-se aos municípios em matéria de interesse local, na qual, certamente, em muitos casos, insere-se a proteção do meio ambiente.

Nesse diapasão, fica bastante evidente a complexidade da individualização da competência legislativa em matéria de águas, porquanto este recurso se insere, a toda evidência, nos elementos caracterizadores da competência concorrente que deflui do sobredito art. 24 (florestas, natureza, recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição, além da responsabilidade por dano ao meio ambiente).

É correto afirmar, em virtude da dicção do art. 22, inciso IV, que cuida objetivamente da competência legislativa em matéria de águas, bem como da regra hermenêutica segundo a qual as normas específicas afastam a aplicação das normas gerais, que os Estados e o Distrito Federal não poderão validamente invocar a regra inserta no art. 24 da CF para fixar disciplina sobre águas. Ainda assim, Ingo Sarlet⁹⁴ alerta sobre a possibilidade de conflitos:

“O conflito de normas pode ocorrer tanto na perspectiva do exercício da *competência legislativa concorrente* – por exemplo, a União edita norma geral e determinado Estado ou Município edita norma suplementar que conflita com a primeira em algum aspecto – quanto no exercício da *competência legislativa privativa* da União que esteja em desacordo com outra legislação editada pelo ente federativo estadual ou municipal. Nesta última hipótese, pode-se imaginar situação em que a União venha a editar legislação sobre alguma das suas competências privativas elencadas no art. 22 da CF/1988 (por exemplo, energia, mineração ou águas) e tal norma se coloca em conflito com o disposto em determinado diploma legislativo estadual ou municipal em matéria ambiental. Cumpre lembrar, nesse contexto, que algumas matérias estabelecidas no art. 22 da CF/1988, como referimos em tópico antecedente, interseccionam como questões atinentes à proteção ambiental, de modo que é totalmente possível tal conflito legislativo.”

Mas não é só. Passando-se à competência administrativa ou de execução, o art. 23 da CF, como já mencionado, reservou à União, Estados, Distrito Federal e Municípios competência comum para a proteção do meio ambiente e combate à

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. *A competência constitucional legislativa em matéria ambiental*. Revista de Direito Ambiental. vol. 18, nº 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86.

poluição em qualquer de suas formas (inc. VI), e para a preservação das florestas, da fauna e da flora (inc. VII).

Associado a isso, o constituinte originário caracterizou como bem da União, à luz do art. 20, inciso III, “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”, o mar territorial (inc. VI) e os potenciais de energia hidráulica (inc.VIII).

Já a teor do art. 26, I, da CF, são bens dos Estados “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. Em interpretação consentânea com a regra do art. 20, inciso III, deve-se concluir que são bens dos Estados, portanto, os rios cujos cursos se limitam aos seus respectivos territórios.

Como se percebe, a existência de vários entes da Federação com atribuições e competências muitas vezes superpostas em matéria de recursos hídricos, além da caracterização de corpos hídricos como bens federais e estaduais, em muito complica a compreensão e, por via de consequência, o bom funcionamento da gestão das águas. Não por outro motivo, João Theotonio Mendes de Almeida Junior⁹⁵ demonstra sua preocupação com este panorama:

“Tradicionalmente, a gestão da água como bem público (rios, lagos etc.) sempre foi entregue a órgãos integrantes da estrutura da Administração Central (Ministério do Meio Ambiente, Secretarias e Departamentos de proteção ambiental de Estados e Distrito Federal). A divisão federativa do Brasil, no entanto, gera dificuldade para o ambiente institucional da regulação de águas: veja-se que a água, como bem público, pode pertencer à União (CRFB, art. 20, III) ou aos Estados-membros (CRFB, art. 26, I) que têm os cursos e reservas d’água categoricamente colocados em seu domínio patrimonial. Isso faz com que haja multiplicidade de órgãos cuidando do mesmo assunto, o que traz dificuldades na identificação do órgão competente, bem como superposição de competências, dificultando o gerenciamento na prática e a criação de um ambiente regulatório em comum.”

⁹⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. *A regulação da água: o papel da Agência Nacional de Águas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51.

Relacionando-se com o tema deste trabalho, a superposição de competências constitucionais em matéria de águas pode representar um grave entrave para o gerenciamento da crise em momentos de escassez.

No caso da crise hídrica que assola o Sudeste brasileiro desde 2013, consoante exposto no capítulo anterior, a diminuição da disponibilidade hídrica nos estados que compõem aquela região requereu a manifestação dos órgãos afetos aos recursos hídricos tanto no âmbito federal quanto no estadual.

A tensão no enfrentamento da crise, mormente pela falta de posicionamento oficial do CEIVAP, dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos e da ANA, restou evidenciada com a demora na definição das medidas necessárias para, ao menos, minimizar o conflito, levando a disputa pela água para o Judiciário.

No intuito de dimensionar o problema, vale notar que, embora o domínio do rio Paraíba do Sul pertença à União, a transposição, sugerida para minorar os efeitos da escassez na RMSP, fora proposta pelo Estado de São Paulo⁹⁶ (sem o aval expresso da ANA e a anuência dos estados afetados) e os impactos gerados alcançariam o rio Guandu⁹⁷, de domínio do Estado do Rio de Janeiro, afetando o suprimento da RMRJ, além do abastecimento de diversas cidades no Estado de Minas Gerais.

Contudo, as dificuldades identificadas na gestão dos recursos hídricos durante os momentos mais críticos da escassez do Sudeste brasileiro vão além da complexidade do regime de competências constitucionais em matéria de águas. A inserção da ANA em uma estrutura na qual já se praticava a regulação de recursos hídricos sem que houvesse, de fato, uma repartição de competências para acolher uma agência reguladora, como mencionado no tópico anterior, demonstra a fragilidade do sistema.

A administração das águas brasileiras, portanto, carece de revisão. As críticas ao sistema em vigor e os entraves por ele acarretados serão analisados nos tópicos

⁹⁶ Vale lembrar que, nesta complicada tarefa de identificação de quem tem legitimidade para atuar na definição da solução mais adequada para a crise hídrica, o Estado de São Paulo não se limitou a propor a transposição do rio Paraíba do Sul. O governo paulista, embora não contasse com a aquiescência da ANA e dos estados que seriam atingidos, alterou, unilateralmente, a vazão do reservatório Jaguari, situado na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, impactando, mesmo antes de autorizada e concretizada a transposição, no suprimento de água das cidades a jusante e na geração de energia elétrica produzida naquele reservatório.

⁹⁷ A maior parcela das águas do rio Guandu, que abastece a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, vem do rio Paraíba do Sul. Logo, com a transposição, o volume de água que chegaria ao Estado do Rio de Janeiro seria reduzido.

seguintes com o exame detido do tratamento infraconstitucional dispensado às águas, como consectário do marco definido pela CF e ora discorrido.

2.3. Especificidades da gestão dos recursos hídricos no Brasil:

Em decorrência da competência comum fixada pela CF para a proteção do meio ambiente, e em linha com a indicação de se fomentar e garantir a ampla participação de todos os entes da Federação e de representantes da sociedade civil nos assuntos do meio ambiente, inclusive com vista à formação de uma consciência ambiental, pode-se dizer que a nota marcante deste modelo regulatório institucional de recursos hídricos é a coexistência de diversos organismos, vários deles colegiados, com participação pública e privada, aos quais é assegurado o exercício de uma multiplicidade de funções (definição de políticas públicas, execução destas políticas, fiscalização, arbitramento de conflitos e julgamento de recursos relativos à aplicação de penalidades, por exemplo).

Este sistema, instituído pela Lei 9.433/1997 e complementado pela Lei 9.984/2000, onde cada órgão deve funcionar como peça de uma grande engrenagem, incentiva a cooperação dos seus atores, símbolo da governança na visão de Jacques Chevallier⁹⁸. Tal colaboração, desejável no entender de Vanice Regina Lório do Valle⁹⁹, está refletida nesta estrutura formal de gestão das águas, embora, por vezes, não seja evidenciada na prática.

O que se pretende, no decorrer deste tópico, é explorar os entraves desta estrutura, identificados no ápice da crise hídrica da região Sudeste, que muito dificultam a gestão das águas, mormente quando se torna premente enfrentar períodos de baixa disponibilidade hídrica.

⁹⁸ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia*. n. 12, Belo Horizonte, out/dez, 2005, p. 129/146.

⁹⁹ Para Vanice do Valle, "A governança, a moderna proposta de incorporação de atores situados fora da estrutura formal de poder ao processo de decisão, democratiza a administração, mais precisamente, os mecanismos de desenvolvimento da função administrativa, passando a figurar seus arranjos institucionais, ou ainda a uma visão pontual dos *outputs* como efeitos de um modo de agir adequado." VALLE, Vanice Regina Lório do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108.

2.3.1. Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos:

O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos foi instituído pela Lei 9.433/1997, que também dispôs sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos. Criado com o fito de coordenar a gestão integrada das águas, respondendo ainda pelo planejamento, regulação e controle do uso, preservação e recuperação dos recursos hídricos, o SINGREH tem ainda a responsabilidade de arbitrar administrativamente conflitos afetos à matéria e de efetuar a cobrança pelo uso de recursos hídricos¹⁰⁰.

Nos termos do art. 33 do citado diploma legal, esta estrutura é composta pelos seguintes organismos: (i) Conselho Nacional de Recursos Hídricos (“CNRH”); (ii) ANA; (iii) Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e Distrito Federal; (iv) Comitês de Bacia Hidrográfica (“CBH”); (v) órgãos dos poderes públicos dos três níveis, ligados à gestão de recursos hídricos; e (vi) as Agências de Águas.

O CNRH, na forma do art. 34 da referida lei, é integrado por representantes do Governo Federal, dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (“CERH”), de usuários e de organizações civis. Possui competência para promover a articulação dos planejamentos de recursos hídricos de todos os níveis da Federação, para arbitrar conflitos entre os CERH, além de deliberar sobre projetos de aproveitamento de recursos hídricos que extrapolem o âmbito estadual e aprovar propostas de instituição de CBH. Ao CNRH, dentre outras atribuições, ainda cabe o estabelecimento de diretrizes complementares para a implementação da PNRH.

A ANA, por seu turno, foi criada pela Lei 9.984/2000 com a finalidade de implementar a PNRH e coordenar o SINGREH. Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (“MMA”), a ANA, entre tantas outras funções¹⁰¹, fiscaliza os possíveis usos dos recursos hídricos e as outorgas, expedidas através de autorização, e o direito de uso de recursos hídricos, atuando especificamente nos corpos de água de domínio da União.

Para cumprir as competências que lhes foram designadas pelo marco regulatório, deve a ANA se articular com outros órgãos para o desenvolvimento da PNRH. Nesse sentido, cabe à ANA coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao CNRH, de forma

¹⁰⁰ Art. 32 da Lei 9.433/1997.

¹⁰¹ Art. 4º da Lei 9.884/2000.

consolidada¹⁰². A ela também incumbe, em apoio aos estados e municípios, atuar juntamente com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil (“SNDCC”) para planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do SINGREH¹⁰³. A ANA está ainda encarregada de elaborar anualmente o Relatório de Segurança de Barragens e submetê-lo ao CNRH¹⁰⁴ e de conceder outorga nos projetos de irrigação que dependam da utilização de recursos hídricos¹⁰⁵.

Vale registrar que tal articulação imposta por lei não está restrita aos órgãos ambientais integrantes do SINGREH. A ANA, ao definir as condições de operação de reservatórios de aproveitamento hidrelétrico, deve atuar em conjunto com o ONS¹⁰⁶. O diálogo entre estes órgãos é necessário para garantir o uso múltiplo dos reservatórios¹⁰⁷ e auxiliar o controle da geração e da transmissão de energia elétrica do SIN¹⁰⁸.

Não é de se estranhar, contudo, que a lei de criação da ANA imponha tal articulação com outros órgãos, em sua grande maioria, ligados ao meio ambiente. Essa é uma característica da gestão ambiental no Brasil. O SISNAMA, vale dizer, tem por objetivo promover o diálogo entre os órgãos que o compõem e propiciar a gestão descentralizada de molde a viabilizar a integração e a harmonia das normas oriundas das três esferas de governo.

A ANA, ao ser criada, foi inserida em uma estrutura preexistente e assumiu o ônus de implementar a PNRH¹⁰⁹. Juntamente com o CNRH e com o MMA, a ANA é o órgão, no âmbito nacional, responsável pela formulação e implementação dos instrumentos da política de recursos hídricos sob o domínio da União. Para as águas de domínio dos estados, aquelas previstas no art. 26 da CF, a gestão é conduzida por órgãos estaduais. Neste caso, podem se apresentar como estruturas próprias e específicas, como é o caso de Minas Gerais, que conta com um órgão próprio para o

¹⁰² Art. 4º, XXII, da Lei 9.984/2000.

¹⁰³ Art. 4º, X, da Lei 9.984/2000.

¹⁰⁴ Art. 4º, XXII, da Lei 9.984/2000.

¹⁰⁵ Art. 23 da Lei 12.787/2013.

¹⁰⁶ Art. 4º, § 3º, da Lei 9.984/2000.

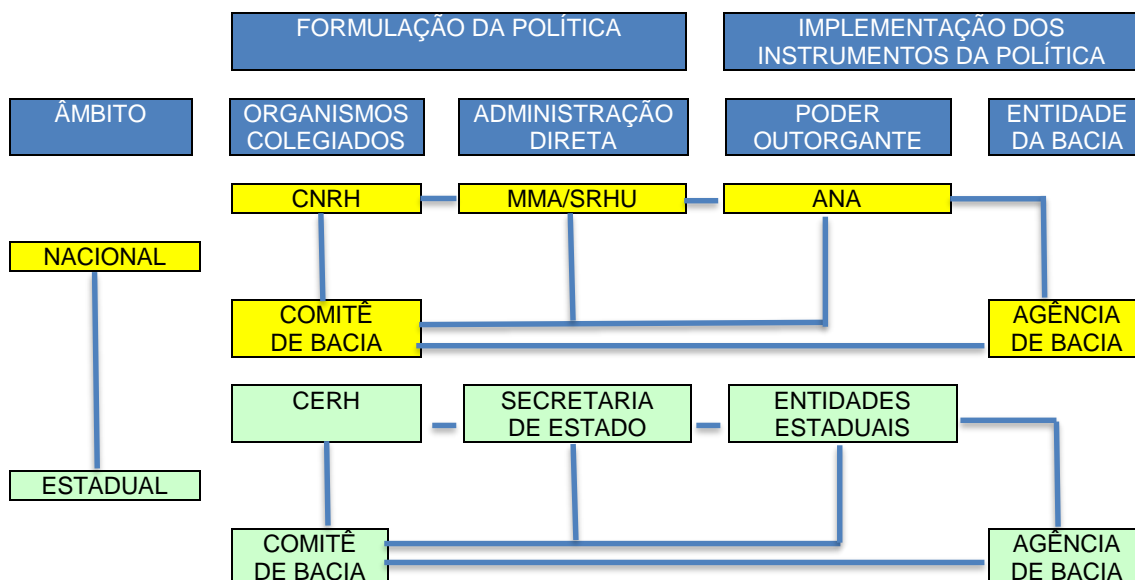
¹⁰⁷ Art. 4º, XII, da Lei 9.984/2000.

¹⁰⁸ Art. 13 da Lei 9.648/1998.

¹⁰⁹ A instituição da PNRH e a criação do SINGREH, fruto da Lei 9.433/1997, buscam assegurar à atual e às futuras gerações: a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

gerenciamento das águas no âmbito estadual, o Instituto Mineiro de Gestão de Águas (“IGAM”)¹¹⁰. Mas aparecem também dentro de órgãos de meio ambiente, como é caso do Rio de Janeiro, que conta com a Subsecretaria de Segurança Hídrica e Saneamento Básico, integrante da estrutura da Secretaria de Estado do Ambiente, embora também possua o Instituto Estadual do Ambiente (“INEA”)¹¹¹.

Assim, de acordo com o organograma¹¹² abaixo, extraído do sítio do MMA, tanto o CNRH quanto o MMA e a ANA figuram no mesmo patamar, não havendo qualquer sinal de hierarquia entre eles¹¹³. De igual modo, no âmbito estadual, esta formatação estrutural se repete, permanecendo no mesmo plano o CERH, a Secretaria de Estado e a entidade autárquica.



Em que pese todas as ações a serem desenvolvidas de forma interligada entre a ANA e o CNRH, nos moldes da legislação que rege a matéria, espera-se uma

¹¹⁰ Criado em 1997, o IGAM é uma autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e integrante do Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e do Sistema Estadual de Recursos Hídricos. No âmbito federal, compõe o SISNAMA e o SINGREH. Além disso, é responsável pelo planejamento e promoção de ações direcionadas à preservação da quantidade e da qualidade das águas de Minas Gerais.

¹¹¹ O INEA, em 2007, unificou e ampliou a ação dos três órgãos ambientais vinculados à SEA, quais sejam: a Fundação Estadual de Engenharia e Meio Ambiente, a Superintendência Estadual de Rios e Lagoas e o Instituto Estadual de Florestas.

¹¹² Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/agua/recursos-hidricos/sistema-nacional-de-gerenciamento-de-recursos-hidricos>>. Acesso em: 06 set. 2014.

¹¹³ Importa registrar, contudo, que a vinculação mencionada pelo art. 3º da Lei 9.984/2000 da ANA ao MMA está restrita à observância das diretrizes políticas definidas pelo MMA.

relação de cooperação entre esses órgãos. Mas há dúvidas se esse vínculo seria, na essência, uma colaboração entre órgãos administrativos ou se seria, por outro lado, uma sujeição.

Importante mencionar que, na forma da organização do SINGREH, o CNRH é titular de uma importante função de articular o planejamento de recursos hídricos com os programas nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários¹¹⁴. A ANA, por sua vez, que passa a integrar o SINGREH apenas no ano de 2000, tem atribuição normativa, executiva e implementadora da PNRH¹¹⁵. Neste particular, a ANA se distingue das demais agências, pois, conforme já anunciado anteriormente, sua instituição, posterior à implementação e ao funcionamento de uma estrutura destinada à regulação de utilização de recursos hídricos, não decorreu de um processo de desestatização.

No que concerne ao objeto de atuação da ANA e do CNRH, discorre Édis Milaré¹¹⁶:

“Bem distintos, portanto, os papéis do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH e da Agência Nacional de Águas – ANA. Assim, a arquitetura das grandes linhas de ação, isto é, a formulação de políticas e a articulação de planejamento, são atributos intrínsecos do CNRH. A engenharia de ações – a operacionalização, a implementação ou a execução das políticas – é matéria reservada da ANA, conforme o rol de competências normativas outorgado pela lei. [...] a Lei 9.984/2000 apregoa atuação articulada da ANA com os demais órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Tal significa que a ANA deverá regular o uso de recursos hídricos de domínio federal e, ao mesmo tempo, assegurar que os outros atores estejam cumprindo também a sua missão para o efetivo funcionamento do Sistema.”

A passagem acima transcrita sugere competências bem definidas aquelas do CNRH e da ANA. No mesmo sentido, Paulo Afonso Leme Machado¹¹⁷ comenta que “[...] a articulação do planejamento nacional das águas – foi confirmado pela própria Lei 9.984 – é a competência do Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Contudo, a ANA será o braço executivo desse Conselho.” (g.n.)

¹¹⁴ Art. 35, I, da Lei 9.433/1997.

¹¹⁵ Art. 4º, II, da Lei 9.984/2000.

¹¹⁶ MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 619.

¹¹⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 500.

Em obra diversa, entretanto, o referido autor¹¹⁸ destaca a submissão da Agência Nacional de Águas às resoluções do CNRH :

“A competência da ANA para ‘disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos’ (art. 4º, II, da Lei 9.984/2000) há de ser entendida como uma possibilidade de criar normas visando à prática dos instrumentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos (art. 5º da Lei 9.433/1997), com a condição de que essas normas obedecam fielmente à Lei 9.433/1997 e às resoluções do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, na área de sua competência (art. 35 da Lei 9.433/1997, com a alteração do seu inciso IX).” (g.n.)

Contudo, é possível verificar problemas nesta configuração. A sujeição da competência normativa da ANA às resoluções do CNRH contraria a *mens legis* definida pelo legislador ordinário ao eleger a ANA como coordenadora do SINGREH, tal qual se extrai da Mensagem 1270¹¹⁹, proveniente do Projeto de Lei 1.617/1999, que propôs a criação da ANA:

“3. Além de coordenar e apoiar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a ANA será também o órgão gestor dos recursos hídricos de domínio da União, atuando de forma subsidiária e articulada com outros órgãos e unidades, públicos e privados, integrantes do Sistema:

- a) Conselho Nacional de Recursos Hídricos, criado pela Lei nº 9.433/97 e regulamentado pelo Decreto nº 2.612, de 3 de junho de 1998, composto de representantes de usuários, dos governos Federal e estaduais e de organizações não governamentais;
- b) as órgãos estaduais gestores de recursos hídricos, que exercem o controle da outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio estadual;
- c) as comitês de bacia hidrográfica, criados pela Lei nº 9.433/97, que funcionarão como se fossem o *parlamento* da respectiva bacia ao debater temas relacionados com o uso de recursos hídricos, procurando conciliar interesses de segmentos distintos;
- d) as agências de bacia, criadas pela Lei nº 9.433/97, que serão entidades de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas pelos Comitês de Bacia Hidrográfica para atuar como suas secretarias executivas.” (g.n.)

Note-se que, muito embora a competência de coordenação do SINGREH não conste de forma explícita na Lei 9.984/2000, seu art. 4º, II, informa competir à ANA

¹¹⁸ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101-102.

¹¹⁹ Publicada no Diário da Câmara dos Deputados de 14/10/1999, p. 48449.

“disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos”.

De outro ângulo, determina a Lei 9.433/1997, no art. 35, VI, que ao CNRH cabe “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”.

Dessa maneira, consoante se infere da letra da lei, a atuação do CNRH, relativamente à implementação da PNRH e de seus instrumentos, bem como atinente ao SINGREH, deve ser complementar à da ANA e não sobre ela prevalecer.

A imprecisão quanto ao vínculo existente entre a ANA e o CNRH não é a única falha existente no SINGREH. Tal estrutura conta ainda com outras especificidades, especialmente relativa à repartição de competências, que serão aprofundadas no tópico seguinte. Vale lembrar que as distorções no sistema geram ineficiências¹²⁰, com reflexos em períodos de escassez, épocas em que o sistema regulatório é colocado à prova, como ocorreu na recente crise hídrica no Sudeste brasileiro e objeto de estudo do presente trabalho.

Encerrado, por ora, o exame da ANA, passa-se aos demais órgãos do SINGREH. Os CBH, criados por ato do Presidente da República¹²¹ ou, por analogia, do Poder Executivo Estadual, nos casos dos corpos hídricos de domínio dos estados, são a base da gestão participativa e descentralizada dos recursos hídricos no Brasil. Estes órgãos colegiados negociam e deliberam sobre a gestão local de águas, utilizando-se de instrumentos técnicos de gestão, de negociação de conflitos e da promoção dos usos múltiplos da água.

Além disso, são, no âmbito nacional, compostos por diversos atores públicos, com representantes das três esferas de governo, e privados, como entidades civis de recursos hídricos e usuários das águas de sua área de atuação, todos com direito a voto. Na esfera estadual, são compostos por representantes do poder público estadual e do poder público municipal, de forma paritária com os usuários da água e as entidades da sociedade civil.

¹²⁰ Neste sentido, aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.

¹²¹ Art. 37, parágrafo único, da Lei 9.433/1997.

Dentre as atribuições conferidas aos comitês, destaca-se o arbitramento, em primeira instância administrativa, de conflitos relacionados aos recursos hídricos, o estabelecimento de mecanismos de cobrança pelo uso da água e a recomendação dos valores a serem cobrados¹²².

De fato, considerando que os CBH estão geograficamente próximos dos usuários, atuar na solução de conflitos hídricos, em primeira instância, gerados naquela localidade, é bastante pertinente. Demonstrando a grande importância destes comitês para o sistema de gestão das águas, José Galizia Tundisi¹²³ assim ressalta:

“[...] o conceito de bacia hidrográfica aplicado ao gerenciamento de recursos hídricos estende as barreiras políticas tradicionais (municípios, Estados, países) para uma unidade física de gerenciamento e planejamento e desenvolvimento econômico e social (Schiavetti & Camargo, 2002). A falta da visão sistêmica na gestão de recursos hídricos e a incapacidade de incorporar/adaptar o projeto a processos econômicos e sociais atrasam o planejamento e interferem em políticas públicas competentes e saudáveis (Biswas, 1976, 1983). A capacidade de desenvolver um conjunto de indicadores é um aspecto importante do uso dessa unidade de planejamento. A bacia hidrográfica é também um processo descentralizado de conservação e proteção ambiental, sendo um estímulo para a integração da comunidade e a integração institucional.”

É bem verdade que o estímulo à participação popular na formulação de escolhas públicas contribui para a boa administração¹²⁴. No entanto, a descentralização do SINGREH e o consequente compartilhamento da atuação pública com os cidadãos, como ocorre nos CBH, embora desejável, não deve abranger competências típicas de outros atores deste mesmo sistema, sob pena de minar a atuação de órgãos da mesma estrutura. Esta questão, contudo, será explorada no item 2.3.3 deste capítulo.

Finalmente, em consonância com o art. 41 da Lei 9.433/97, o SINGREH é composto ainda pelas agências de águas, que atuam como secretaria executiva de um ou mais comitê.

¹²² Art. 38, II e VI, da Lei 9.433/1997.

¹²³ TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI. Enfrentando a Escassez*. 3a. ed. São Carlos: Rima, 2009, p. 107.

¹²⁴ Como bem salienta Vanice Regina Lírio do Valle, “Segundo aspecto que há de pautar uma aplicação da governança como manifestação do direito fundamental à boa administração é a identificação do ponto a partir do qual se possa ou deva contar com a intervenção da cidadania ativa. Essa análise, por sua vez, é de se dar a partir da reiteração da relação entre o direito fundamental à boa administração, e a democratização da função administrativa.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ob. cit. p. 132.

Dentre as diversas atribuições¹²⁵ definidas em lei para as agências de águas, destaca-se a realização da gestão financeira e orçamentária do respectivo comitê, englobando a realização de cobrança pelo uso dos recursos hídricos, por delegação do outorgante, o acompanhamento da administração financeira destes recursos e a elaboração da respectiva proposta orçamentária.

As agências devem, ainda, propor ao respectivo comitê o enquadramento dos corpos hídricos nas classes de uso, os valores a serem cobrados, o plano de aplicação destes valores, e o rateio de custo de obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo, tudo em conformidade com o art. 44 da Lei 9.433/1997.

Finalizada a descrição do funcionamento do SINGREH, infere-se, diante desta estrutura descentralizada, que a atuação coordenada e harmônica dos órgãos que a integram é fundamental para promover melhores resultados na consecução dos objetivos da PNRH, descritos no art. 2º da Lei 9.433/1997.

Alinhado à esperada atuação coordenada e harmônica dos órgãos que compõem o SINGREH, não é demais lembrar que, a Lei Complementar 140/2011, que fixa normas de cooperação entre os entes da Federação nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à população em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, estabelece no art. 3º, III, como um dos objetivos fundamentais dos entes no exercício da competência comum:

“harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e **garantir uma atuação administrativa eficiente**”. (g.n.)

Tal dispositivo confirma, por conseguinte, que a ineficiência administrativa pode decorrer da sobreposição de atuação dos órgãos, cuja decorrência natural é a deflagração de conflitos. Portanto, é primordial que, em um sistema complexo, como o SINGREH, que requeira a atuação de diversos órgãos, as competências sejam bem delineadas para garantir a esperada eficiência no gerenciamento de recursos hídricos.

¹²⁵ Art. 44 da Lei 9.433/1997.

A PNRH, por sua vez, a ser implementada pelo referido sistema, fornece os fundamentos¹²⁶ essenciais para a regulação das águas, fixando, primeiramente, se tratar de um bem de domínio público, limitado e dotado de valor econômico.

Além disso, indicando a expressiva complexidade que encerra a regulação de um recurso natural com tamanha importância social e econômica, estabelece a indigitada política, na forma do art. 1º, III, da Lei 9.433/1997, que, em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais, ao mesmo tempo em que se estatui que a gestão de tais recursos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas, na forma do inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Vê-se, aqui, o tema central do presente estudo, que é a análise do funcionamento do arcabouço institucional e regulatório das águas nos momentos de crise hídrica, já sendo possível verificar que a solução que resta estabelecida na legislação aplicável, que é a priorização do consumo humano e dessedentação de animais, permanece a todo tempo em tensão com outro fundamento que igualmente suporta a PNRH, que é a viabilização, sempre, do uso múltiplo das águas.

Tais fundamentos devem guiar a operacionalização dos instrumentos da PNRH, elencados no art. 5º da Lei 9.433/1997, quais sejam: os Planos de Recursos Hídricos; o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; a cobrança pelo uso de recursos hídricos, a compensação a municípios; e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Note-se que os fundamentos da PNRH conduzem o gerenciamento dos recursos hídricos e, conseqüentemente, o exercício da atividade regulatória. A ANA, competente para disciplinar, normativamente, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da PNRH, à luz do art. 4º, II, da Lei 9.984/2000, tem papel substancial na compatibilização destes instrumentos, priorizando o consumo humano e a dessedentação animal em momentos de escassez e viabilizando o uso múltiplo das águas.

A observância dos fundamentos da PNRH é imprescindível para atingir os objetivos delineados por esta Política, descritos no art. 2º da Lei 9.433/1997. Para tanto, a existência de um sistema coordenado, articulado e com funções bem

¹²⁶ Art. 1º da Lei 9.433/1997.

delineadas e condizentes com finalidade precípua de cada ator, se torna um grande facilitador.

2.3.2. Incongruências entre competências executórias da Agência Nacional de Águas e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos:

O CNRH, como já mencionado no tópico anterior, é um órgão colegiado, integrante da estrutura do MMA, com função consultiva e deliberativa no SINGREH. Seu âmbito de atuação foi delimitado pela Portaria 437/2013, que praticamente reproduziu a essência da Lei 9.433/1997. No que tange às suas atribuições, percebe-se uma linha muito tênue separando suas competências e as da ANA.

As próximas linhas se dedicam a examinar específicas funções destes dois atores do SINGREH, cuja reorganização, no sentido de se enquadrarem ao verdadeiro mister dos seus executores, seria desejável, justamente pela existência de uma agência reguladora na estrutura de gestão de recursos hídricos.

Dentre as atribuições da ANA consta a concessão de outorga, por meio de autorização, do direito de uso de recursos hídricos em corpos d'água de domínio da União¹²⁷. O prazo de vigência das outorgas é fixado em função da natureza e do porte do empreendimento, podendo ser considerado o período de retorno financeiro¹²⁸. Assim, deverá ser respeitado o prazo de até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da outorga; de até seis anos, para conclusão da implantação do empreendimento projetado; e de até trinta e cinco anos, para vigência da outorga de direito de uso.

Estes prazos, contudo, podem ser prorrogados, consoante dispõe a legislação correlata. No entanto, a ANA, de acordo com sua lei de criação, possui autonomia para decidir somente sobre a dilação do prazo de outorga de direito de uso. Quanto à ampliação do prazo de vigência para início e conclusão do empreendimento objeto de outorga, caberá a oitiva do CNRH, na forma do art. 5º, § 2º, da Lei 9.984/2000. O

¹²⁷ Assim dispõe a Lei 9.984/2000: "Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: [...] IV - outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º".

¹²⁸ Art. 5º, § 1º, da Lei 9.984/2000.

próprio Regimento Interno do CNRH, no inciso XIII do art. 1º, informa sua competência para manifestação “[...] sobre os pedidos de ampliação dos prazos para as outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, estabelecidos nos incisos I e II do art. 5º e seu § 2º, da Lei nº 9.984, de 2000”.

Portanto, a ANA, como autoridade outorgante, está legitimada para conceder a outorga em todas as três situações previstas em lei, mas somente a decidir sobre a prorrogação em uma delas. Quanto às demais, a ANA, apesar de examinar a viabilidade técnica do pedido de prorrogação, deve submeter o pleito à deliberação do CNRH¹²⁹.

Inúmeros questionamentos decorrem desta exigência legal. Se a viabilidade técnica do pedido de prorrogação é realizada pela autoridade outorgante, qual contribuição o CNRH poderia oferecer em sua manifestação? E, se contrário à prorrogação, sua manifestação vincularia a ANA?

Enfim, não é possível identificar o que ensejou este tratamento diferenciado nas hipóteses de dilação temporal das outorgas, mas fato é que, além de burocratizar o sistema ao impor ao CNRH o ônus de se manifestar sobre a prorrogação do prazo, pode restringir a atuação da ANA, caso deva a agência reguladora acatar uma manifestação contrária à sua.

Outra competência da ANA que parece não guardar relação com a sua natureza jurídica de autarquia especial é o dever de elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo CNRH, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, baseados nos mecanismos e quantitativos definidos pelos CBH¹³⁰. Essa aparente inadequação pode ser explicada a partir de dois distintos, mas relacionados, enfoques: um primeiro, atinente à atribuição da ANA como órgão de apoio ao CNRH; um segundo, concernente à competência dos CBH para desenvolver mecanismos de cobrança e indicar valores para a cobrança do uso de recursos hídricos, objeto de exame mais apurado adiante.

¹²⁹ De acordo com a Nota Técnica 018/2011/SER-ANA, cujo objeto é a solicitação de ampliação do prazo para atendimento de condicionantes da outorga de direito de uso de recursos hídricos para execução do Projeto de Interação do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, ao concluir pela possibilidade de dilação temporal, a ANA, a través da Superintendência de Regulação, ressaltou a necessidade de oitiva do CNRH, na forma do art. 5º, § 2º, da Lei 9.984/2000. Assim, apesar de registrada a viabilidade técnica do pleito, a manifestação do CNRH, na forma da lei, é cogente. A análise da ANA, portanto, não é a última etapa do processo de prorrogação do prazo de outorga.

¹³⁰ Art. 4º, VI, da Lei 9.984/2000.

A Lei 9.433/1997, que instituiu a PNRH, sem alteração neste aspecto pela Lei 9.984/2000, dispõe que os CBH são competentes para estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e indicar os valores a serem cobrados¹³¹. Estes valores são submetidos ao CNRH para definição, conforme reza o art. 1º, XIV, do Decreto 4.613/2003, que regulamenta o CNRH.

Não restou claro, portanto, qual é a utilidade dos estudos técnicos que compete à ANA elaborar, já que tanto os mecanismos de cobrança quanto a propositura dos valores para a cobrança de recursos hídricos são objeto de estudo também pelos comitês, materializados através de deliberações¹³².

Como as atribuições do CNRH e dos CBH eram exatamente as mesmas antes da edição da Lei 9.984/2000, a inserção do dever de elaborar estudos técnicos pela ANA para subsidiar a definição, pelo CNRH, dos valores pelo uso da água, parece retratar mais uma incoerência legislativa, posto que não houve repartição de funções, neste aspecto, após a instituição da ANA.

Cumprir observar que a definição de questões de cunho técnico, como a fixação do valor pela utilização dos recursos hídricos, foi direcionada para o CNRH, órgão de composição política, conforme detalhado no tópico 2.3.1 acima. Registre-se que, fixar o valor para a cobrança pelo uso da água é equiparável à definição, pelo poder concedente, da tarifa pela utilização do serviço público regulado, fruto de uma modelagem econômico-financeira e resultante de minucioso estudo técnico¹³³.

No entanto, com a inserção da ANA no SINGREH, natural seria o rearranjo destas funções desempenhadas pelo CNRH e pelos comitês para permitir, por exemplo, que os critérios de cobrança e a definição dos valores pela utilização dos recursos hídricos fossem determinados pelo órgão técnico do sistema, ou seja, pela ANA.

Diante desse contexto, nota-se que a relação entre a ANA e o CNRH vai além de uma articulação para o funcionamento de um sistema interligado. Pela leitura do

¹³¹ Art. 38, IX, da Lei 9.433/1997.

¹³² Como exemplo, vale citar a Deliberação CEIVAP 218/2014, que estabelece mecanismos e propõe valores para a cobrança pelo uso de recursos hídricos na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, a partir de 2015.

¹³³ Para ilustrar, seguem exemplos de dispositivos legais que conferem às agências reguladoras a competência para estabelecer tarifas para o respectivo setor: art. 3º, XI, da Lei 9.427/1996 – ANEEL (“estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica [...], considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos.”), art. 8º, VI, da Lei 9.478/1997 – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (“ANP”) (“estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário [...]).

texto legal, o que se observa é um confuso estabelecimento de competências, não se respeitando a natureza do órgão para imputar-lhe a competência correspondente.

Dessa forma, se o CNRH, como órgão da estrutura do MMA, tem por finalidade traçar diretrizes complementares para implementar a PNRH¹³⁴, não haveria justificativa para exercer atividade tipicamente regulatória. Difícil compreender a racionalidade da divisão de competências entre ANA e CNRH.

Vê-se, assim, a existência, no SINGREH, de organismos distintos, criados com propósitos diversos, exercendo tarefas que, de fato, somente a ANA, pela lógica da criação das agências reguladoras brasileiras, estaria apta a desempenhar. É o caso, por exemplo, da Resolução CNRH 162/2014, que aprova os valores e mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União na Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

Superado este ponto, percebe-se ainda que o CNRH acumula a função de arbitrar conflitos entre os conselhos estaduais, apesar de possuir, em sua composição, representantes destes mesmos conselhos.

A esse respeito, cabe asseverar que o arbitramento de conflitos entre agentes de um mesmo setor constitui uma atividade própria e tradicional das agências reguladoras, como se percebe, por exemplo, por meio das leis de criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 153, §2¹³⁵), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Lei 9.478/1997, art. 20¹³⁶), da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei 10.233/2001, art. 20, II, b¹³⁷).

Com efeito, tal característica se estabelece na medida em que tais autarquias, conforme já comentado, gozam de um distanciamento equidistante dos agentes regulados, permitindo a isenção necessária para a solução amigável de conflitos.

¹³⁴ Art. 35, VI, da Lei 9.433/1997.

¹³⁵ Art. 153. § 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão.

¹³⁶ Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

¹³⁷ Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: [...]

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: [...]

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Note-se que a isenção na atuação do árbitro é requisito que deflui do art. 13, § 6º, da lei de arbitragem brasileira, Lei 9.307/1996¹³⁸, ao se exigir imparcialidade e independência no exercício dessa função. E, em se tratando de um conselho integrado por representantes das partes em conflito, é natural concluir que a referida isenção pode, ao menos em tese, restar comprometida.

Por essa razão, há que se identificar, aqui, outro ponto de fragilidade entre as atuações do CNRH e da ANA, considerando que uma atividade que seria inerente ao papel desempenhado pela entidade regulatória foi mantida dentre as atribuições daquele Conselho, contribuindo para as dúvidas na compreensão do funcionamento do sistema de recursos hídricos, a causar inevitável insegurança jurídica.

Em suma, a relação de servilismo da ANA com o CNRH, como notado nas hipóteses de prorrogação do prazo de outorga e no exercício da competência normativa¹³⁹, a manutenção da definição de valores pela utilização da água por órgão de composição política e o arbitramento de conflitos entre conselhos estaduais pelo CNRH demonstram as incoerências do SINGREH, notadamente por recepcionar uma agência reguladora sem, contudo, deslocar funções típicas destas autarquias especiais.

A supressão de atribuições importantes, como as aqui citadas, do rol de competências da ANA causa prejuízos que ficam ainda mais evidentes em momentos de crise hídrica. Na prorrogação dos prazos de outorga em momentos de baixa disponibilidade hídrica, por exemplo, requer decisão exclusivamente técnica, típica de agência reguladora. Não havendo sentido, portanto, o opinamento do CNRH. O mesmo se pode dizer para o arbitramento de conflitos entre conselhos estaduais, que, com a escassez e a disputa pela água, tende a aumentar.

2.3.3. As inconsistências entre as funções da Agência Nacional de Águas e dos Comitês de Bacias Hidrográficas:

A inserção da ANA no SINGREH no ano de 2000 e a distribuição de competência entre os órgãos que compõem esta estrutura, iluminou questões

¹³⁸ Art. 13. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

¹³⁹ Vide nota 43.

atinentes às atribuições fixadas pelo legislador, que fazem refletir se a ANA representa, realmente, a figura da entidade reguladora neste sistema¹⁴⁰.

Conforme análise iniciada no item anterior sobre a definição dos mecanismos de cobrança pela utilização de recursos hídricos e a recomendação dos valores a serem cobrados pelo uso da água, cumpre aqui finalizar este exame, mas agora sob a ótica dos CBH.

De início, vale aduzir que o estabelecimento de mecanismos de cobrança pela utilização de recursos hídricos e a indicação dos valores a serem arrecadados pela utilização da água como competência dos CBH, mesmo após a criação da ANA, parece ter sido um grande equívoco legislativo por duas razões. A primeira porque tal atribuição é própria de um órgão regulador, que, face à sua composição, é capaz de pautar os mecanismos de cobrança e a definição de valores em estudos técnicos. A segunda razão é o risco de captura¹⁴¹ dos CBH que, justamente por sua localização e composição, é muito maior¹⁴².

A possibilidade de decisões parciais dos comitês, visando à consecução de interesses particulares, é grande, notadamente em virtude do percentual de votos que cada setor que o compõe possui. Ao examinar estes números¹⁴³, assim concluiu Paulo Affonso Leme Machado¹⁴⁴:

¹⁴⁰ A análise efetuada, apesar de confrontar a competência dos CBH em relação à atuação da ANA, aplica-se, por analogia, ao órgão correlato na estrutura estadual.

¹⁴¹ Utiliza-se aqui, de forma análoga, conceito idêntico ao fenômeno que pode ocorrer nas agências reguladora, consistente na instrumentalização da agência reguladora para viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados.

¹⁴² Irineu Rodrigues Frares, em trabalho apresentado no VIII Congresso Internacional Del CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública, considera o modelo de gestão de recursos hídricos implantado no Brasil com o advento da Lei 9.433/1997 pós-burocrático em relação ao modelo substituído, porém aponta diversos problemas a serem enfrentados. Dentre eles, cita a fragmentação e fragilidade institucional dos órgãos reguladores, haja vista a sobreposição de funções entre o CNRH e a ANA, e o risco de captura pelos setores privados ou pelo Poder Público, por força do desequilíbrio representativo dos Comitês, o que implica no aumento do risco dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos se traduzirem em mecanismos que reflitam interesses particulares mais organizados ao invés de interesses coletivos. FRARE, Irineu Rodrigues. *A gestão dos recursos hídricos no Brasil entre o modelo burocrático e o pós-burocrático: evolução, características e dilemas*. VIII *Congreso Internacional Del CLAD sobre La Reforma Del Estado y de La Administración Pública*. Anais, Panamá, out., 2003.

¹⁴³ O art. 8º da Resolução CNRH 5/2000, assim dispõe: “Deverá constar nos regimentos dos Comitês de Bacias Hidrográficas, o seguinte: I – o número de votos dos representantes dos poderes executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecido o limite de quarenta por cento do total de votos; II – número de representantes de entidades civis, proporcional à população residente no território de cada Estado e do Distrito Federal, cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação, com, pelo menos, vinte por cento de votos, garantida a participação de pelo menos um representante por Estado e do Distrito Federal; III – número de representantes dos usuários dos recursos hídricos, obedecido quarenta por cento do total de votos; [...]”.

¹⁴⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 502.

“O setor exclusivamente composto pelos representantes dos poderes executivos ficou limitado a quarenta por cento, quando poderia ter chegado a cinquenta por cento, ou seja, à metade (art. 39, § 1º, da Lei 9.433/1997). Abriu-se um maior espaço para o setor dos usuários, que passa a deter o mesmo percentual que o poder público. Teoricamente, as entidades civis ficarão como fiel da balança.”

Portanto, o legislador, apesar da criação da ANA, preferiu manter atreladas aos CBH funções próprias de uma agência reguladora. O órgão regulador, vale dizer, por se posicionar de maneira equidistante em relação a todos os agentes regulados, seria o órgão adequado para adotar a decisão mais técnica possível¹⁴⁵.

Neste sentido, informa Marcos Juruena Villela Souto¹⁴⁶:

“A *função regulatória* deve ser precedida de uma política regulatória eficiente, que busque o equilíbrio entre os interesses envolvidos (Poder Público, Fornecedor e Consumidor); **daí a insistência na necessidade de ser exercida por entidade independente e dotada de competência técnica**, assegurando a participação (transparência) na edição dos atos regulatórios, bem como na fiscalização e ‘opinamento’ na formulação das políticas regulatórias; o controle jurisdicional pode ser chamado a decidir sobre a eficiência desses atos, quando manifesta a sua irrazoabilidade, por força do princípio da jurisdição una (art. 5º, XXXV, da CF), incluindo aí o exame da adequação do ato regulatório ao marco regulatório (em especial, a política regulatória, atendendo, assim, aos princípios da eficiência, da legalidade e da legitimidade).” (g.n.)

In casu, embora não se vislumbre sobreposição de atuação entre a ANA e os CBH no que concerne ao estabelecimento de mecanismos de cobrança e recomendação dos valores pelo uso da água, percebe-se que o sistema carece de maior otimização, permitindo que cada ator desempenhe a função correlata ao seu propósito.

¹⁴⁵ Na visão de Alketa Peci, em artigo publicado na Revista de Administração Contemporânea, “Uma das principais proposições do modelo regulatório instituído no Brasil é a da equidistância do órgão regulador em relação aos pólos de interesse de regulação: o poder concedente (governo), concessionárias e usuários de serviços públicos. Para lidar com essa questão, as agências reguladoras estão instituídas com base num modelo em que são colocadas no centro de um triângulo isósceles - com o governo num dos vértices e operados (empresas reguladas) e usuários nos outros dois vértices -, tentando-se obter uma equidistância entre o órgão regulador e esses agentes (Fachin, 1998). A existência de controle social é vista como um pré-requisito para o bom andamento do modelo regulatório, de certa forma igualando o poder e a capacidade de articulação e pressão que o governo, empresas reguladas e usuários apresentam.” PECL, Alketa. *Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento*. Revista de Administração Contemporânea. Vol. 11. N. 1. Curitiba, Jan./Mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1415-65552007000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jun. 2015.

¹⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 68.

Por óbvio, não se pode olvidar a possibilidade de captura da própria agência reguladora. A independência e a neutralidade requeridas para a atuação imparcial das agências são elementos ameaçados quando ocorre sua politização¹⁴⁷.

Entretanto, as funções típicas de uma agência reguladora não podem ser afastadas sob qualquer pretexto, inclusive o risco de captura. A captura deve ser prevenida por uma supervisão permanente, por meio da atuação dos cidadãos e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste sentido, salienta Andreia Cristina Bagatin¹⁴⁸:

“Em suma: por meio dos mecanismos acima cogitados pretende-se viabilizar o controle da atividade da agência – a ser exercido pelos três Poderes, com a contribuição dos cidadãos em geral -, em um sistema de *supervisão permanente e simultâneo* que não se confunde com o controle hierárquico, mas que permite identificar, de modo indubitável, que a agência reguladora está sujeita a controle. Como é evidente, a maior sujeição a controle reduz o risco de captura, pois cria novas instâncias de apreciação, que podem afastar as medidas adotadas em situações de comprometimento da imparcialidade ou em que tenda a prevalecer a visão de grupos específicos.”

Por conseguinte, ainda que se cogite que as agências reguladoras podem igualmente ser vítimas da captura, assim como os comitês de bacia, este, definitivamente, não é o argumento que se pode utilizar para restringir a atuação do órgão regulador.

O que se pode deduzir sobre o SINGREH, destarte, é que, apesar das alterações promovidas pela Lei 9.984/2000, pouco se modificou da estrutura outrora existente. O sistema não se amoldou completamente para recepcionar uma agência reguladora e, tampouco, a ANA foi instituída para agir com a independência técnica desejada.

Assevere-se que, nos momentos em que o recurso hídrico se torna escasso, a existência de uma robusta estrutura de gerenciamento, composta por órgãos com competências definidas de acordo com os respectivos propósitos, é de suma importância.

¹⁴⁷ Maria Teresa de Melo Ribeiro aduz, salientando tratar-se de uma unanimidade na doutrina, que o princípio da imparcialidade administrativa possui como fundamento a despolitização da administração pública. RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *Princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 35.

¹⁴⁸ BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.

Em épocas de escassez, vale dizer, quando a disponibilidade hídrica atinge níveis críticos, a definição destes mecanismos de cobrança se torna um tema muito sensível, haja vista os impactos gerados no preço de utilização da água. Na medida em que a disponibilidade hídrica diminui, é natural, portanto, haver a imposição de um incremento neste custo¹⁴⁹. Neste aspecto, aumenta a importância da atuação do órgão regulador, equidistante em relação aos agentes regulados, como já dito, para a definição dos critérios de cobrança.

2.4. Sobreposições entre funções normativas e fiscalizadoras no âmbito do SINGREH e do SISNAMA:

Afora as incoerências apontadas quando da divisão de atribuições entre os órgãos integrantes do SINGREH, em virtude da criação da ANA, a regulação em matéria de águas ainda conta com outras distorções.

O enquadramento dos corpos de água em classes, por exemplo, conforme os usos preponderantes da água, é um dos instrumentos da PNRH, assim definido no art. 5º, II, da Lei 9.433/1997. O referido diploma legal, em seu art. 10, preconiza que “as classes de corpos de água serão estabelecidas pela legislação ambiental”. Além disso, a Lei 9.984/2000, em seu art. 4º, II, assevera que cabe à ANA “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”.

O estabelecimento das classes de corpos de água, além de significar uma classificação técnica, por estabelecer o nível de qualidade da água, é, sem dúvida, um instrumento de planejamento do nível de qualidade desejável da água. Assim esclarece a ANA¹⁵⁰:

“O enquadramento de corpos d’água estabelece o nível de qualidade a ser alcançado ou mantido ao longo do tempo. Mais do que uma simples classificação, o enquadramento deve ser visto como um instrumento de planejamento, pois deve tomar como base os níveis de qualidade que deveriam possuir ou ser mantidos para atender às necessidades estabelecidas pela sociedade e não apenas a condição atual do corpo d’água em questão. O enquadramento busca

¹⁴⁹ VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

¹⁵⁰ Disponível em:

<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/planejamento/PlanejamentoRH_enquadramento.aspx>. Acesso em: 13 dez. 2015.

‘assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que forem destinadas’ e a ‘diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes’ (Art. 9º, Lei nº 9.433, de 1997).”

No entanto, em que pese as regras já citadas, o primeiro órgão a disciplinar o assunto foi o CNRH, que, por meio da Resolução 15/2001, estabeleceu que o enquadramento dos corpos de água em classes ocorrerá segundo as características hidrogeológicas dos aquíferos e os seus respectivos usos preponderantes. Tal enquadramento dos corpos de água em classes foi realizado tempos depois pelo CONAMA, mediante a Resolução 357/2005, o que será objeto de análise posterior.

Ademais, o CNRH, em 05/11/2008, após a classificação das águas subterrâneas pela Resolução CONAMA 396/2008, elaborou a Resolução 91, que cuida dos procedimentos gerais para o enquadramento dos corpos de água superficiais e subterrâneos.

Assim, verifica-se que, embora a ANA possua função normativa para implementar, operacionalizar, controlar e avaliar os instrumentos da PNRH, não houve a esperada deferência, neste aspecto, pelo CNRH, e nem pelo CONAMA, como se verá adiante.

Dessa forma, não obstante a existência de órgão técnico, com função normativa na estrutura dos recursos hídricos, próprio para esmiuçar os *standards* definidos pela lei ordinária, o CNRH, suprimindo competência da ANA, disciplinou o modo como os corpos de água seriam classificados, bem como os procedimentos para a classificação das águas superficiais e subterrâneas.

Não se pode olvidar que, dentre as atribuições do CNRH, consta o estabelecimento de diretrizes complementares para a implementação da PNRH, bem como a aplicação de seus instrumentos, tal qual disposto no art. 35, VI, da Lei 9.433/1997. Logo, é forçoso concluir que, se à ANA compete disciplinar em caráter normativo a implementação do PNRH, na forma do art. 4º da Lei 9.984/2000, a função do CNRH é acessória e não principal.

Como se percebe, a divisão de atribuições dentro do SINGREH se restringe ao texto legal, posto que, na prática, ela ocorre de forma nebulosa e sem a racionalidade esperada.

No entanto, a questão do enquadramento dos corpos de água tem ainda reflexos fora do SINGREH. A classificação dos recursos hídricos em classes se deu

no âmbito do CONAMA, ou seja, sob o manto do SISNAMA. Sobre essa convergência de interesses, assim dispõe a ANA em seu sítio¹⁵¹:

“A classe do enquadramento de um corpo d’água deve ser definida em um pacto acordado pela sociedade, levando em conta as prioridades de uso da água. A discussão e o estabelecimento desse pacto ocorrem no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh). O enquadramento é referência para os outros instrumentos de gestão de recursos hídricos (outorga e cobrança) e instrumentos de gestão ambiental (licenciamento e monitoramento), sendo, portanto, um importante elo entre o Singreh e o Sistema Nacional de Meio Ambiente.” (g.n.)

Fica claro, portanto, que o enquadramento dos recursos hídricos em classes é objeto de interesse dos dois sistemas, mas, exatamente por isso, seria crível que ambos legislassem a respeito? Certamente, não. Nesse caso, a especificidade da ANA há que prevalecer.

O CONAMA, com lastro na CF e na Lei 6.938/1981, visando controlar a emissão de poluentes no meio ambiente, proibindo o lançamento em níveis nocivos ou perigosos para os seres humanos e outras formas de vida, editou a Resolução 357/2005. Esta Resolução estabelece a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes.

Além disso, posteriormente, o CONAMA expediu a Resolução 396/2008, que trata da classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas, embora esclareça que o enquadramento se dará de acordo com as normas e procedimentos definidos pelo CNRH e pelos CERH.

É bem verdade que a Lei 6.938/1981 definiu no art. 8º, VII, como atribuição do CONAMA, o estabelecimento de “normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”.

Ocorre que tanto a Lei 9.433/1997 quanto a Lei 9.984/2000, mais específicas que a Lei 6.038/1981, ao criarem o SINGREH e a ANA, respectivamente, definiram o funcionamento e o gerenciamento das águas brasileiras. Não haveria sentido, então, a aplicação de disposições legais paralelas a este aparato regulatório. Consoante

¹⁵¹ Disponível em:
<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/planejamento/PlanejamentoRH_enquadramento.aspx>.
Acesso em: 30 jun. 2015.

regra insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Sob este aspecto, acrescenta Marcos Juruena Villela Souto¹⁵²:

“[...] a regulação setorial, tutelando um determinado segmento do mercado, inibe a atuação do agente com competência genérica para a defesa da concorrência, por força do princípio da especialidade. Ademais, a norma especial derroga a geral quando com ela conflitante, o que é o caso dos ordenamentos jurídicos setoriais, que destacam um segmento econômico das regras aplicáveis aos demais agentes inseridos no contexto do princípio da iniciativa. A preservação da duplicidade pode violar os princípios da economicidade (dois custos para a mesma ação) e da eficiência (pela inexistência de especialização de um dos agentes).”

Dessa maneira, ainda que para o SISNAMA a classificação dos corpos hídricos seja primordial, para o SINGREH também o é. É natural, portanto, que pela especificidade do SINGREH, tais normas emanem desse sistema que cuida apenas do gerenciamento das águas.

Como visto, as falhas não se restringem ao âmbito de atuação do SINGREH. A atividade normativa do CONAMA em matéria de recursos hídricos demonstra a existência de contradições também fora do aparato institucional de águas, o que potencializa as incongruências desse setor, gerando ineficiência. Sobre o tema, aduz Marta Portocarrero¹⁵³:

“É que a proliferação de organismos, dentro e fora do Estado, que prosseguem muitas vezes as mesmas funções, torna premente uma revisão do aparelho público. Este é hoje insustentável. E isto por dois motivos. Assim o exige a proteção do administrado, que se perde no meio das estruturas administrativas, esbarrando passo a passo com as barreiras burocráticas que a organização administrativa lhe coloca. Assim o impõe o interesse público, o qual exige a diminuição do elevado custo da organização e o aumento da sua eficácia.”

Como se não bastassem as inconsistências estabelecidas pela produção de normas sobre recursos hídricos ao alvedrio das competências definidas pelo

¹⁵² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op.cit., p. 252.

¹⁵³ PORTOCARRERO, Marta. *Modelos de simplificação administrativa. A conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no Direito Administrativo*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, p. 21/22.

SINGREH, o CONAMA, por meio da Resolução 357/2005, amplia, através do § 1º do art. 45, a relação de órgãos que podem atuar na fiscalização dos recursos hídricos. Veja-se:

“Art. 45. O não cumprimento ao disposto nesta Resolução acarretará aos infratores as sanções previstas pela legislação vigente.

§ 1º Os **órgãos ambientais e gestores de recursos hídricos**, no âmbito de suas respectivas competências, fiscalizarão o cumprimento desta Resolução, bem como quando pertinente, a aplicação das penalidades administrativas previstas nas legislações específicas, sem prejuízo do sancionamento penal e da responsabilidade civil objetiva do poluidor.

§ 2º As exigências e deveres previstos nesta Resolução caracterizam obrigação de relevante interesse ambiental.” (g.n.)

Depreende-se das atribuições acima detalhadas que tanto os órgãos ambientais (integrantes do SISNAMA) quanto os gestores de recursos hídricos (integrantes do SINGREH) estão aptos a fiscalizar o cumprimento dos ditames da Resolução 357/2005 e aplicar as penalidades administrativas previstas na legislação ambiental correlata.

De certo, a mensagem extraída do texto legal autoriza que órgãos ambientais, não integrantes do SINGREH, exerçam poder de polícia em relação à alocação de recursos hídricos.

Considerando que o objeto da Resolução CONAMA 357/2005 é de interesse comum do SISNAMA e do SINGREH, como exposto acima, seria natural que os órgãos integrantes de cada sistema exercessem a fiscalização sobre as atividades correlatas ao seu mister, ou seja, no âmbito do SISNAMA, a atuação se restringiria à poluição, enquanto que na seara do SINGREH, a atividade fiscalizadora estaria focada na alocação de recursos hídricos.

Ocorre que, como se extrai da Resolução 357/2005, não houve qualquer separação da atividade fiscalizadora. Contudo, não se pode perder de vista que o SINGREH foi criado justamente para, entre outros objetivos, coordenar a gestão integrada das águas e regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos¹⁵⁴. Dessa forma, permitir a atuação de órgãos alheios a esse sistema, inclusive com poder sancionador, provoca insegurança jurídica para os

¹⁵⁴ Art. 32, I e IV, da Lei nº 9.433/1997.

regulados e dificulta a integração entre os órgãos que gerenciam a utilização dos recursos hídricos.

Isto posto, a desejável unidade do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos foi prejudicada ao se permitir a atuação paralela de órgãos ambientais que não compõem tal estrutura, mas que, em determinadas matérias, com poder normatizador e fiscalizatório, se equiparam aos órgãos que a integram.

E com isto, verifica-se o quão confuso e complexo se torna a compreensão da regulação de recursos hídricos no Brasil. As sobreposições, a definição equivocada de atribuições entre os órgãos integrantes do SINGREH e a possibilidade de órgãos externos ao sistema exercerem o poder de polícia para fiscalização dos corpos hídricos, gera ineficiência, conforme ventilado linhas acima.

2.5. O SINGREH na visão da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico:

Através de uma parceria com a ANA, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) lançou no dia 02/09/2015 um diagnóstico sobre a governança das águas brasileiras. O relatório, intitulado Governança dos Recursos Hídricos no Brasil, se concentra em duas condições fundamentais: aperfeiçoamento dos regimes de alocação de água, para o gerenciamento dos impasses entre usuários e usos da água, e um sistema de governança mais forte, para melhor conciliar as prioridades estaduais e federais e aprimorar a capacidade em diferentes níveis de governo.

A análise efetuada pela OCDE é de extrema relevância para este estudo, posto que, além de ter sido elaborada após a deflagração da crise hídrica da região Sudeste brasileira, seus registros¹⁵⁵ em muito se alinham com as críticas descritas neste capítulo.

¹⁵⁵ Conforme relatado no referido diagnóstico, as lacunas de governança nos diferentes níveis, analisadas a partir do arcabouço de Governança Multinível da OCDE, dificultam a efetiva implementação da gestão de recursos hídricos no Brasil. Partindo desta premissa, foram observadas as seguintes deficiências no SINGREH: “• Os diversos planos de recursos hídricos em níveis nacional, estadual, local e de bacia são mal coordenados e não chegam a ser colocados em prática, por falta de financiamento ou limitada capacidade de acompanhamento e execução. Por exemplo, eles não estabelecem prioridades ou critérios claros para definir os recursos hídricos disponíveis e orientar as decisões de alocação para o desenvolvimento da energia hidrelétrica, extensão da irrigação e uso doméstico, entre outros. • A incompatibilidade entre as fronteiras administrativas municipais, estaduais e federais e os limites hidrológicos levanta a questão da escala funcional adequada. Por exemplo, é

Os desafios para o aprimoramento do SINGREH, apontados pela OCDE, são enormes. Dentre eles, no entanto, a Organização destaca a deficiente coordenação do sistema como um grande entrave para a governança das águas:

- “• Há muitos planos de recursos hídricos elaborados, mas eles são, em geral, mal coordenados e de fraca efetividade na prática, devido à falta de capacidade tanto de implementação quanto de financiamento. Como resultado, os planos não passam de “tigres de papel” ou promessas a serem cumpridas por outros. O Plano Nacional de Recursos Hídricos é muito amplo para ser capaz de definir prioridades específicas e não consegue se ligar a uma estratégia de desenvolvimento ou coordenar a tomada de decisões.
- O descompasso entre os limites administrativos (municipal, estadual e federal) e os limites hidrológicos (comitês de bacias hidrográficas) leva a uma “matriz dupla”, que precisa ser conciliada, e que é agravada pelo duplo domínio e pela jurisdição compartilhada sobre os rios estaduais/federais.
- As abordagens isoladas presentes entre os ministérios relacionados à temática da água prejudicam a coerência política nos diferentes níveis. Em particular, a fraca coordenação entre as políticas de recursos hídricos, de uso do solo, de saneamento, de meio ambiente e de desenvolvimento econômico é prejudicial para a política de recursos hídricos. O fato de que os municípios estão em geral ausentes de estruturas participativas é um fator agravante.
- O Conselho Nacional de Recursos Hídricos não tem desempenhado plenamente o seu papel de coordenação intersetorial. O nível de representação dos ministérios não é suficiente, o que enfraquece sua influência no processo de tomada de decisões e nas orientações estratégicas. Devido à natureza técnica do seu trabalho, o Conselho tem agido frequentemente como uma câmara de registro, em vez de servir como uma plataforma consultiva de peso para orientar a ação pública.
- Quando existem, as tarifas da cobrança pelo uso da água são baixas, assim como os valores coletados. Os recursos arrecadados se acumulam sem utilização visível, o que é desanimador para os

difícil aplicar normas de qualidade da água e regras de captação nos locais onde dois ou mais órgãos de gestão dos recursos hídricos são responsáveis por trechos diferentes de um rio. • O isolamento setorial dos ministérios e órgãos públicos ainda dificulta a coerência política entre os setores de recursos hídricos, agricultura, energia, licenciamento ambiental, saneamento e uso do solo. O fato de que os municípios estão em geral ausentes dos comitês de bacias hidrográficas e que o Conselho Nacional de Recursos Hídricos não cumpre plenamente o seu papel são fatores que reforçam essa situação. • Onde existem, as cobranças pelo uso da água são baixas e raramente se baseiam em estudos de acessibilidade ou em avaliação de impacto; essas cobranças são consideradas finanças públicas e, portanto, estão sujeitas às regras e procedimentos rígidos de gastos, muitas vezes onerosos para os estados. Isso impede o seu uso como instrumento de política de promoção do uso racional dos recursos hídricos e de indicação da escassez. • A disponibilidade de dados e informações sobre recursos hídricos acessíveis e de boa qualidade varia entre os estados, prejudicando a efetiva tomada de decisão em termos de quem recebe água, onde e quando. • Os comitês de bacias hidrográficas possuem poderes deliberativos fortes, mas têm limitada capacidade de implementação. Em muitos casos, eles essencialmente desempenham um papel de defensores, enquanto que na maioria dos países da OCDE o seu papel é construir o consenso sobre as prioridades e o planejamento para orientar a tomada de decisões.” OECD. *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 16. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238169-pt>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

usuários cobrados e para os comitês de bacias hidrográficas em geral. As receitas oriundas das hidrelétricas são compartilhadas por várias organizações e geralmente não são especificamente destinadas para o setor de recursos hídricos. A priorização em concordância com as necessidades federais, estaduais e de bacias é baixa.

- Embora a ANA tenha um elevado nível de capacitação, com engenheiros e pessoal competente e qualificado, esse nem sempre é o caso nos órgãos deliberativos e nas administrações públicas dos diferentes níveis de governo. As capacidades dos estados são em geral mais limitadas em termos de pessoal, financiamento, participação e compromisso político e o país está em um emaranhado de muitos comitês de bacias hidrográficas resultando em baixa implementação.

- A imagem de “abundância de água” no Brasil gera uma lacuna de conscientização, que prejudica a capacidade das autoridades responsáveis para enfrentar as questões hídricas prementes. Políticos e cidadãos estão atentos para as consequências da “má” gestão da água, mas tendem a considerar a questão do ponto de vista meramente setorial.

- A qualidade e o acesso aos dados e informações hidrológicos, econômicos e financeiros variam entre os estados no Brasil, bem como a sua capacidade de monitorar o uso de água e de fazer cumprir as políticas. O papel-chave da ANA deve ser complementado pelo de outros atores interessados, para desenvolver responsáveis pela água em nível federal e ferramentas adicionais para alimentar um sistema nacional de suporte às decisões.”¹⁵⁶

Afora as falhas já consignadas atinentes à repartição de competências no âmbito do gerenciamento de recursos hídricos, que muito dificultam a governança das águas, a deficiente coordenação das ações do SINGREH e da atuação dos órgãos dele integrantes, como reconhecido pela OCDE, requer uma intensa articulação entre estes atores, de modo a aprimorar a tomada de decisões, mormente em períodos de seca.

A maior perplexidade observada no período mais crítico da crise hídrica da região Sudeste foi, exatamente, o pouco, ou quase nenhum, entrosamento dos órgãos afetos à matéria. O impacto da escassez sobre os diferentes usos que se pode atribuir às águas, além de exigir a atuação de setores diferenciados, como o elétrico e de saneamento básico, por exemplo, requer também um diálogo efetivo entre os envolvidos, de forma a compatibilizar a regra de priorização de uso da água disposta no art. 1º, III, da Lei 9.433/1997.

O diagnóstico realizado pela OCDE sobre os problemas na governança das águas tende a impulsionar as mudanças que, há muito, se aguarda para este setor e

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 20.

que, certamente, contribuirão para o enfrentamento de momentos de baixa disponibilidade hídrica como a que impulsionou o presente estudo.

2.6. Conclusões Parciais:

Existe nexos consistente entre os problemas aqui levantados e o modo como foi introduzida uma agência reguladora no sistema de gerenciamento de recursos hídricos. A falta de redefinição das atribuições dos órgãos que já compunham o SINGREH quando da instituição da ANA restringiu a atuação do órgão regulador, prejudicando a boa administração dos recursos hídricos.

Aliado a este fato, a complexidade das competências constitucionais em matéria de águas, somada à incompatibilidade entre os limites territoriais dos entes federativos e os perímetros hidrológicos, eleva a tensão decorrente do antagonismo de interesses dos estados envolvidos, mormente em situações de escassez.

De fato, o desenho geográfico das bacias hidrográficas impede que os limites territoriais dos entes federados e os perímetros hidrológicos sejam compatibilizados. Disto decorre a importância de um regime institucional harmônico, com efetiva interlocução entre seus componentes e com instrumentos capazes de estimular a resolução de conflitos.

Em situações de escassez hídrica, dissonâncias entre entes federados são esperadas. O embate pela regularidade de abastecimento das respectivas populações é, até mesmo, justificável. Contudo, o diferencial de um sistema bem estruturado é justamente os instrumentos de que dispõe para dirimir tais conflitos com a agilidade esperada, especialmente em momentos de crise. Isso que se deve esperar da governança dos recursos hídricos no Brasil.

No entanto, como o próprio SINGREH não está equipado com o ferramental adequado para este fim e as competências exercidas pelos órgãos que o compõem não são condizentes com seus desígnios, impedindo a adoção de medidas que minimizem a crise, as autoridades públicas consentem a judicialização dos conflitos, transferindo para o Judiciário a tarefa de solucionar aquilo que o sistema não foi capaz de resolver.

Assim, para encarar este cenário e aperfeiçoar a articulação interna, entre os diversos níveis do SINGREH, e externa, entre os diferentes setores da economia, tal

qual exige a Lei 9.433/1997, é imprescindível uma estrutura institucional vigorosa e que detenha concretos mecanismos de interlocução.

Destarte, no capítulo seguinte, serão apresentadas as propostas para o aprimoramento da governança dos recursos hídricos e para o enfrentamento da crise hídrica.

Capítulo 3: Medidas para o aprimoramento da governança das águas brasileiras e para o enfrentamento da crise hídrica

3.1. Premência pelo rearranjo das funções institucionais:

A governança das águas brasileiras nunca esteve tão em voga quanto após as alterações hidrológicas registradas a partir de 2013. As falhas e lacunas do sistema de gestão de recursos hídricos se evidenciaram quando o estresse hídrico entre os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo necessitou da intervenção do Judiciário para compelir que as partes acordassem uma solução técnica que impedisse a interrupção do abastecimento de água no Estado de São Paulo e, simultaneamente, não causasse o desabastecimento dos estados vizinhos.

Conforme aludido no capítulo anterior, a gestão das águas brasileiras carece de reestruturação. As inúmeras questões que surgiram com a escassez hídrica da região Sudeste escancaram dificuldades no gerenciamento deste recurso natural, notadamente no que tange à integração dos órgãos que exercem algum tipo de controle e regulação sobre os usos que a elas se podem atribuir, bem como quanto às funções e interlocução entre os órgãos que compõem o SINGREH.

Indubitavelmente, a necessidade de mudanças é premente, sobretudo diante das incertezas quanto ao futuro da disponibilidade hídrica não só na região Sudeste brasileira, mas em todo o território nacional. O aprimoramento da governança dos recursos hídricos visa robustecer o sistema para suportar as adversidades hidrológicas que afetam o país e atribuir, com a segurança jurídica desejada, celeridade na tomada de decisão.

Dentre as ações propostas para o aperfeiçoamento da governança dos recursos hídricos estão: (i) o rearranjo das atribuições dos órgãos que compõem o SINGREH, de modo que cada ator desempenhe seu verdadeiro desígnio no modelo institucional vigente; (ii) a implementação do instituto da conferência de serviços, procedimento destinado a otimizar a interlocução entre órgãos e propiciar agilidade na tomada de decisão; (iii) o estabelecimento de marco regulatório para o reuso da água, visando possibilitar seu emprego, ainda que em qualidade inferior, em determinados usos, bem como a utilização de esgoto tratado, inclusive para o consumo humano, com vistas a reduzir a demanda nos mananciais; e, por fim, (iv) o

abrandamento da lei de saneamento básico, para permitir, em situações de escassez hídrica, o acesso a poços artesianos, de forma a promover o direito de acesso à água.

No tocante ao rearranjo regulatório, torna-se cogente remeter ao que fora exposto no capítulo anterior. A reorganização das funções dos órgãos e entidades integrantes do SINGREH é fundamental para o fortalecimento das funções da agência reguladora, cuja criação ocorreu após a instituição e funcionamento do sistema de gerenciamento de recursos hídricos.

Nestes termos, a ANA necessita, de fato, assumir a função de coordenação do SINGREH e da formulação e implementação dos instrumentos da PNRH, tal qual pretendeu o legislador pátrio quando da sua criação¹⁵⁷. De outro ângulo, a definição, pelo CNRH, de diretrizes complementares no estabelecimento da política de recursos hídricos, bem como na aplicação dos seus instrumentos, nos termos do art. 35, VI, da Lei 9.433/1997, não merece persistir.

A função normativa do CNRH, órgão consultivo e deliberativo da estrutura do SINGREH, à luz do Decreto 4.613/2003, necessita estar adstrita às definições afetas ao seu próprio funcionamento¹⁵⁸, sob pena de configurar verdadeira sobreposição¹⁵⁹ às atribuições da ANA.

Portanto, o redesenho da estrutura organizacional do SINGREH deve abarcar a atividade normativa dos órgãos que a integram, de maneira a definir com exatidão a pertinência temática de cada ator, afastando possíveis sobreposições e direcionando a atuação legislativa.

É elementar, ainda, que a ANA exerça plenamente sua atividade regulatória. Para tanto, não deve se submeter ao CNRH, principalmente no efetivo exercício desta função, como ocorre nos casos de prorrogação de outorga de direito de uso de água para início e conclusão de empreendimentos, segundo estabelece o art. 5º, § 2º, da Lei 9.984/2000.

¹⁵⁷ Mensagem 1270 do Projeto de Lei 1.617/1999.

¹⁵⁸ Inúmeras resoluções do CNRH demonstram com exatidão quais as matérias podem ser deliberadas, tais como: Resolução 169/2015 (estabelece a composição da Comissão Permanente de Ética do Conselho Nacional de Recursos Hídricos para o mandato em curso do Colegiado), Resolução 158/2014 (Estabelece procedimentos para a escolha de membros pertencentes à Comissão Permanente de Ética do Conselho Nacional de Recursos Hídricos), e Resolução 151/2012 (aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Recursos Hídricos).

¹⁵⁹ Assim o faz a Resolução 153/2013, que estabelece critérios e diretrizes para implantação de Recarga Artificial de Aquíferos no território brasileiro, a Resolução 22/2002, que estabelece diretrizes para inserção das águas subterrâneas no instrumento Planos de Recursos Hídricos, a Resolução 15/2001, que estabelece diretrizes gerais para a gestão de águas subterrâneas, dentre outras.

Vale lembrar que, como já se pontuou, a doutrina especializada¹⁶⁰ sustenta que a ANA deve obedecer fielmente às resoluções do CNRH na área de sua competência. No entanto, esta assertiva confronta com a *mens legis* da Lei 9.984/2000, na qual a ANA, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, não possui qualquer relação de subordinação com CNRH, mas tão somente de colaboração.

A relação entre a ANA e o CNRH, portanto, deve ser de mútua cooperação e não de subordinação. Logo, não se justifica a distinção prevista em lei para os casos de dilação temporal das outorgas, sendo forçoso concluir que esta é uma falha na distribuição de competências incorrida pelo legislador quando da criação da agência reguladora.

Desse modo, não se pode admitir que a ANA, como reguladora do setor que é, seja preterida no exercício de suas funções. Neste sentido, não deve a agência reguladora elaborar estudos para subsidiar o CNRH¹⁶¹ na fixação dos valores pelo uso de recursos hídricos de domínio da União¹⁶². Cabe a ela sim, como órgão técnico do sistema, definir tais valores e, inclusive, os mecanismos de cobrança, o que atualmente está a cargo dos CBH, conforme redação do art. 38, VI, da Lei 9.433/1997.

De outro ângulo, o arbitramento de conflitos entre agentes de um mesmo setor, o que atualmente se revela uma das competências do CNRH¹⁶³, constitui uma atividade inerente e tradicional das agências reguladoras¹⁶⁴, justamente pela imparcialidade e independência no exercício dessa atividade, como requer a própria lei de arbitragem brasileira¹⁶⁵. Desse modo, compete à ANA atuar para dirimir tais conflitos e, neste aspecto, a referida legislação setorial merece reparo.

¹⁶⁰ Vide nota 117.

¹⁶¹ Na visão de Maria Luiza Machado Granziera, “considera-se que as decisões emanadas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos possuem necessariamente um caráter político, mesmo quando este trate de questões de cunho técnico ou jurídico. O mesmo ocorre com a atribuição de *definir os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos*, de acordo com o disposto no inciso IV do art. 4º da Lei 9.984, de 17-7-2000.” GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina das águas doces*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 157.

¹⁶² Art. 4º, VI, da Lei 9.984/2000.

¹⁶³ Art. 35, II, da Lei 9.433/1997.

¹⁶⁴ Para ilustrar, cita-se outros setores regulados: Agência Nacional de Telecomunicações (art. 153, § 2º, da Lei 9.472), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (art. 20, da Lei 9.478/1997), Agência Nacional de Transportes Terrestres e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (art. 20, II, b, da Lei 10.233/2001).

¹⁶⁵ A Lei 9.307/1996 exige que o árbitro, no desempenho de sua função, proceda com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Vale lembrar, como já mencionado no capítulo anterior, que o CNRH é composto por representantes das partes em conflito, ou seja, dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos. Portanto, a isenção desejada para o arbitramento de conflitos pode, ao menos em tese, restar prejudicada.

Mas as alterações indicadas não se limitam ao âmbito do SINGREH. Na esfera do SISNAMA, no entanto, a proposta deste estudo caminha por outra vertente. O SISNAMA, como aludido no capítulo anterior, mesmo com a criação da ANA e a especificidade do SINGREH em matéria de recursos hídricos, editou atos normativos sobre o enquadramento dos corpos de água em classes (Resolução CONAMA 357/2005) e permitiu que órgãos alheios ao SINGREH¹⁶⁶ fiscalizassem a alocação de recursos hídricos (art. 45 da Resolução CONAMA 357/2005).

Cumprido lembrar, no entanto, que o enquadramento dos corpos hídricos em classes constitui instrumento da PNRH, cuja instituição, operacionalização, controle e avaliação são atribuições da ANA (art. 4º, II, da Lei 9.984/2000). A competência do CONAMA para “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”, na forma do art. 8º, VII, da Lei 6.938/1981, deve ceder espaço para a atuação da ANA, à luz do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil.

A especificidade da Lei 9.433/1997, que instituiu o SINGREH, e da Lei 9.984/2000, que criou a ANA, sobre a Lei 6.038/1981, que constituiu o SISNAMA, é flagrante. Por conseguinte, há que se considerar revogadas a competência do SISNAMA e do CONAMA em matéria de águas.

Portanto, é ilegal admitir que órgão estranho à estrutura do gerenciamento de recursos hídricos exerça atribuições típicas do sistema de gestão de águas, especialmente da agência reguladora que integra a estrutura de governança dos recursos hídricos. Esta é mais uma evidência de que o ordenamento jurídico vigente, na ocasião da criação da ANA, não se adequou para recepcioná-la.

Dito isto, o aprimoramento da governança dos recursos hídricos deve, inicialmente, advir de modificações substanciais nas atribuições dos órgãos que compõem sua estrutura, de modo a permitir que o órgão regulador exerça na sua plenitude a atividade reguladora pretendida quando da sua criação.

A alteração legislativa proposta deve, ainda, vir acompanhada da aplicação do preceito do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil quanto às regras sobre águas oriundas do SISNAMA, de forma que o SINGREH, especializado no tema de

¹⁶⁶ Como o IBAMA e órgãos ou entidades estaduais e municipais responsáveis pela fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental.

recursos hídricos, não concorra com qualquer outro órgão ambiental na execução de seu desígnio.

E, dessa maneira, espera-se que, com a conformação das funções dos atores que integram a estrutura da gestão dos recursos hídricos, a eliminação das falhas e excessos atualmente existentes se traduza na otimização do SINGREH e, assim, impacte positivamente na governança das águas brasileiras.

Com efeito, as alterações legislativas sugeridas não têm qualquer relação com o movimento de concentração da gestão dos recursos hídricos. O sistema hoje existente, descentralizado e que estimula a participação popular, é a tendência para a democratização da administração pública¹⁶⁷. Contudo, é fundamental que cada órgão exerça a competência apropriada ao seu mandato e, desse modo, contribua para alcançar os princípios e objetivos propostos na Lei 9.433/1997.

3.2. Iniciativas da ANA e da OCDE:

Nesta linha e com o intuito de estimular a gestão de recursos hídricos junto aos estados e ao Distrito Federal, a ANA lançou, em 2013, o Pacto Nacional pela Gestão das Águas¹⁶⁸. O Pacto visa estabelecer compromissos entre os entes federados, objetivando superar desafios comuns e promover o uso múltiplo e sustentável dos recursos hídricos. Dessa forma, mais especificamente, busca-se aprimorar a articulação entre o SINGREH e os Sistemas Estaduais de Gerenciamento de Recursos Hídricos (“SEGREH”), com o propósito de fortalecer o modelo brasileiro de governança das águas.

O Pacto funciona, na verdade, como um programa de recompensa. O ente que cumprir as metas fixadas e aprovadas pelos seus respectivos conselhos estaduais de

¹⁶⁷ Neste sentido, aduz Vanice Regina Lírio do Valle: “Influir verdadeiramente no processo decisório, de forma controlável, se apresenta como um passo importante no sentido de reconquistar a cidadania à participação. Têm-se aqui, portanto, mais um ponto de agenda para a construção da governança: a explicitação dos termos em que possa se dar a intervenção dos novos atores, e dos deveres da administração no que toca ao *feedback* a essas mesmas contribuições. Integrar à cidadania ativa no processo de formulação das escolhas, já se disse, constitui o desafio da gestão no século XXI, que deve alcançar resultados no campo das políticas públicas bem como no desenvolvimento da cidadania ativa (BOURGON, 2009b), assegurando, a um só tempo, credibilidade e legitimidade, promovendo o incremento da confiança no governo. Eficiência passa a envolver não só a dimensão objetiva de resultado, mas também aquela que reabriga a ética pela necessária incorporação da visão da sociedade civil organizada em relação às escolhas em construção.” *Ibidem*, p. 139/140.

¹⁶⁸ Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/pactonacional.aspx>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

recursos hídricos receberá aportes financeiros¹⁶⁹ oriundos da ANA. Assim sendo, a agência reguladora busca incentivar o fortalecimento dos SINGREH e o SEGREH por meio de ações que aprimorem a implantação dos instrumentos de gestão previstos pela PNRH e pelas políticas estaduais.

A iniciativa da agência reguladora em criar meios para estabelecer novos ajustes entre os órgãos que compõem o SINGREH e o SEGREH, em conformidade com o art. 31 da Lei 9.433/1997¹⁷⁰, denota a ânsia por mudanças. No entanto, nem mesmo o Pacto Nacional pela Gestão das Águas oferece garantias sólidas para seu êxito. A OCDE, ao analisar os contornos do Pacto, expôs alguns desafios que devem ser considerados pela ANA, são eles¹⁷¹:

- “• o processo implica em custos de transação importantes, em termos de negociação e implementação (consulta, verificação de detalhes, etc.) com os quais a ANA tem como arcar, mas os estados talvez não
- o Pacto não prevê nenhum mecanismo de sanção no caso de não cumprimento (ausência do “chicote”), o que levanta a questão dos “incentivos” para os estados que realmente cumprem as metas, em particular os estados mais ricos, que podem não se motivar pelas recompensas financeiras oferecidas
- o Pacto possui limitados mecanismos de transparência e responsabilização dos beneficiários (estados) diante das partes interessadas; por exemplo, a ausência de normas de relato sobre como os fundos do Progestão são desembolsados pelas instituições estaduais
- há um risco de que a metodologia para definir metas tão sofisticadas que venham a ofuscar a importância do processo em si
- pouca orientação é fornecida para garantir a adesão das múltiplas partes interessadas à aprovação das metas, para além das obrigações de reportar dos órgãos gestores estaduais e dos conselhos estaduais de recursos hídricos
- existem desafios para avaliar o impacto das metas de governança nos resultados da gestão dos recursos hídricos, devido a questões de complexidade, causalidade e incerteza
- o diálogo bilateral entre os níveis federal e estadual pode excluir outros níveis (comitês de bacias hidrográficas, municípios)
- não há disposições específicas para as bacias compartilhadas (entre estados).” (sic)

¹⁶⁹ Os recursos financeiros de iniciativa da ANA são liberados através do Programa de Consolidação do Pacto Nacional pela Gestão das Águas (“PROGESTÃO”). O regulamento de consolidação do PROGESTÃO foi aprovado por meio da Resolução ANA 379/2013.

¹⁷⁰ Art. 31. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos.

¹⁷¹ OECD. *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*, OECD Publishing, Paris, 2015. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238169-pt>>. p. 26.

Assim, com a finalidade de superar os desafios citados, a OCDE elaborou as seguintes recomendações¹⁷² para que o Pacto apresente, de fato, os resultados previstos a médio prazo:

- “• assegurar as capacidades de recursos humanos e financeiros em nível estadual para que os resultados do Pacto se traduzam em ação pública (sustentabilidade financeira, equipe de profissionais para cuidar da água, continuidade entre as administrações)
- fortalecer o arcabouço de monitoramento e avaliar o impacto do Pacto sobre a governança da água, para uma maior responsabilização (proposta coletiva de indicadores e de matriz de avaliação)
- promover a transparência e a troca regular de informações sobre o avanço da implementação, para consolidar a confiança (campanhas de divulgação, *síte* exclusivo, fóruns de discussão, consenso sobre a utilização de recursos e sobre as ações previstas)
- promover a interação com os municípios para uma melhor coordenação entre as políticas de recursos hídricos e políticas urbanas (considerar “contratos” entre estados e municípios; incentivos para fóruns participativos)
- apoiar uma governança de bacia orientada para resultados, engajando, ao mesmo tempo, os comitês de bacias hidrográficas na implementação e definindo com clareza os seus papéis e contribuições esperados para a tomada de decisões
- criar oportunidades para a troca de experiências entre estados e bacias hidrográficas para aprender, uns com os outros, sobre os resultados, progressos e desafios relacionados ao Pacto (considerar agrupamentos por tipologia, usar as reuniões anuais de comitês de bacias hidrográficas e de conselhos estaduais de recursos hídricos)
- definir mecanismos para incentivar a continuidade colher todos os benefícios após os cinco anos (por exemplo câmara técnica para acompanhar o Pacto nos conselhos estaduais de recursos hídricos, planos plurianuais de orçamento e investimento, discussão sobre a próxima geração do Pacto).”

Segundo avaliação do OCDE, o Pacto Nacional pela Gestão das Águas é um importante instrumento para agregar valor aos órgãos de recursos hídricos estaduais e fomentar a coordenação entre os diferentes níveis de governo, de forma a estimular o cumprimento das metas fixadas. No entanto, o Pacto possui lacunas cujo preenchimento ultrapassa as atribuições da ANA e orbita nos assuntos orçamentários de cada ente federativo.

As metas fixadas pelos estados dependem de recursos financeiros para que sejam implementadas e consolidadas. De fato, o aporte financeiro inicial da ANA é fundamental para o início da execução. Mas, posteriormente, compete a cada ente o

¹⁷² *Ibidem*, p. 26/27.

dispêndio de recursos próprios, com a finalidade de permitir o prosseguimento das ações assumidas.

Esta é, então, a parte mais vulnerável do Pacto. Não se pode garantir que todos os entes que aderiram ao Pacto possuam em seus orçamentos recursos disponíveis para este fim. Apesar do compromisso assumido pelos pactuantes, inviável adentrar na seara discricionária de cada estado e influenciar na destinação dos recursos públicos, mormente em vista das particularidades orçamentárias de cada ente federativo.

Além disso, uma das grandes dificuldades do SINGREH é a interface com os comitês de bacias hidrográficas. E, de acordo com o referido levantamento da OCDE, o Pacto prima pelo diálogo bilateral entre os níveis federal e estadual, esquecendo, no entanto, de incluir os outros níveis, ou seja, os municípios e os próprios comitês de bacias hidrográficas.

Os CBH, como já se disse, necessitam exercer, de fato, suas atribuições e não mais atuarem como defensores de suas respectivas bacias. Da mesma forma, os inúmeros planos de recursos hídricos nos três níveis da federação carecem de coordenação para que sejam implementados. Portanto, ao restringir o diálogo entre os níveis federal e estadual, deixa o Pacto de suprir algumas importantes deficiências do SINGREH e de propiciar a plena comunicação entre todos os atores do sistema.

Com isto, apesar da respeitável iniciativa da ANA em oferecer meios para aperfeiçoar a governança das águas, algumas questões, como as aqui comentadas, podem impedir que a finalidade do Pacto seja alcançada. E, com isto, a gestão dos recursos hídricos permanecerá com os entraves já comentados (exercício de funções incompatíveis com o mister dos órgãos, dificuldade de cooperação entre os membros do SINGREH, falhas na articulação com órgãos externos à estrutura de gestão das águas, precária coordenação dos planos de recursos hídricos, entre outros), não obstante as preocupantes indefinições futuras relativas à segurança e à certeza da oferta de recursos hídricos.

A própria OCDE, no já comentado documento intitulado Governança dos Recursos Hídricos no Brasil, elaborou algumas recomendações¹⁷³ para superar as

¹⁷³ “• aumentar a visibilidade do setor de recursos hídricos na agenda política nacional como uma prioridade estratégica, com benefícios econômicos, sociais e ambientais mais amplos
• promover o poder, a influência e a efetividade do Conselho Nacional de Recursos Hídricos e dos conselhos estaduais de recursos hídricos em orientar as decisões estratégicas no mais alto nível

lacunas de governança hoje existentes e fortalecer a integração e a coordenação entre os órgãos que compõem o SINGREH.

Em que pese destacar a necessidade de fortalecimento do CNRH e dos CERH, de robustecimento da capacidade técnica e financeira das instituições estaduais e da promoção de uma cultura de continuidade de políticas públicas estaduais, o ponto nodal das sugestões da OCDE para aprimorar a governança das águas é o reforço da interlocução entre os órgãos que gerem os recursos hídricos no Brasil, o que guarda identidade com as críticas já efetuadas neste estudo.

Todavia, não obstante as valiosas sugestões da OCDE, não houve indicação da forma como este diálogo deve ser implementado. A interlocução é elementar, vale dizer, não apenas entre os órgãos que integram o SINGREH, mas também entre outros sistemas que, de alguma maneira, se relacionam com a temática dos recursos hídricos, como o SISNAMA e o setor elétrico.

Diante disso, de maneira propositiva, o próximo tópico irá tratar de um instrumento jurídico que poderá auxiliar nesta dinâmica, com vistas à diminuição das barreiras que impedem maior interlocução entre todos os órgãos e ao aperfeiçoamento da governança dos recursos hídricos.

3.3. A influência do federalismo cooperativo na governança das águas:

A articulação e a integração entre os órgãos que compõem o SINGREH é fundamental para o bom funcionamento dessa estrutura organizacional e constituem diretrizes gerais de ação para implementação da PNRH¹⁷⁴. A própria CF fornece subsídios para facilitar a coordenação e a otimização das atribuições de interesse comum dos entes.

-
- fortalecer e reformular as instituições de bacias para tornar o engajamento dos agentes envolvidos mais e efetivo e orientado para resultados
 - promover uma maior coordenação do Ministério do Meio Ambiente com o Ministério das Cidades; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e Ministério da Integração Nacional, e seus equivalentes em nível estadual
 - fortalecer a capacidade técnica e financeira das instituições estaduais, por meio de mecanismos de empoderamento, como o Pacto Nacional pela Gestão das Águas, e aumentar a implementação da cobrança pelo uso da água como instrumento de política, onde relevante e necessária
 - fomentar uma cultura de continuidade nas políticas públicas estaduais com uma visão de longo prazo apoiada politicamente, um recrutamento mais qualificado dos profissionais que trabalham com recursos hídricos, bem como mandatos baseados em estratégias consensuais de médio e longo prazos
 - aperfeiçoar a troca de experiências, comunicação e aprendizado em rede em todos os níveis, para extrair lições das histórias de sucesso e dos desafios comuns." (sic.) *Ibidem*, p. 21/22.

¹⁷⁴ Art. 3º da Lei 9.433/1997.

Como é sabido, o texto constitucional da nossa República Federativa estruturou um sistema complexo de competências. Dentre elas, importa para este estudo a competência comum dos entes federados, oriunda da repartição vertical, assim disposta no art. 23 da CF, pela qual a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios devem atuar em conjunto para a promoção das atribuições definidas no mencionado dispositivo¹⁷⁵.

A competência comum enseja a criação de regras que definam a formatação desta administração colaborativa e o harmonioso relacionamento entre os entes¹⁷⁶. A ausência de um regramento que introduza uma coordenação para a execução destas tarefas dificulta a gestão associada dos serviços públicos de interesse comum e impede que os reais destinatários destes serviços sejam, de fato, beneficiados.

Não se pode olvidar, porém, que esta modelagem de governança cooperativa é uma realidade do regime federalista. Nestes termos, dispõe José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁷, *verbis*:

“A realidade do regime federativo, entretanto, não pode abdicar do regime de cooperação e parceria entre seus componentes. Não se trata de mera escolha do Constituinte federal, mas de fator inerente à própria forma federativa e à descentralização do poder que a caracteriza. Se as entidades federativas ostentam poderes definidos na Constituição – poderes a serem respeitados pelos demais entes, diga-se de passagem -, daí resulta a notória possibilidade do surgimento de conflitos entre elas, dado que inúmeros são os interesses em jogo, frequentemente conflitantes. Assim, a única forma de evolução política e social do Estado federal é aquela através da qual as pessoas federativas se associam para um fim comum: a evolução do próprio Estado e o bem-estar da sociedade. Conflitos e desarmonias significam sempre dar um passo à frente e vários para trás. Na cooperação, ao contrário, todos se desenvolvem nos mesmos objetivos e buscam a satisfação de todos os interesses.”

O federalismo cooperativo¹⁷⁸, relacionado à gestão associada dos serviços públicos, ganhou o devido realce com a Emenda Constitucional 19/1998, que

¹⁷⁵ No mesmo sentido: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 74/75.

¹⁷⁶ O parágrafo único do art. 23 da CF exige que leis complementares fixem tais normas de cooperação entre os entes federados.

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios Públicos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

¹⁷⁸ Sobre o termo “federalismo cooperativo”, Ricardo Marcondes Martins, através de um apanhado histórico, explica o surgimento do modelo adotado pela Constituição Federal de 1988: “Resta um último esclarecimento sobre o federalismo brasileiro. O constituinte de 1988 adotou um modelo cooperativo. O chamado federalismo cooperativo surgiu com o governo de Roosevelt, que intensificou a ajuda federal aos Estados, sob a forma de programas e convênios. Nos Estados Unidos, o federalismo

implantou a chamada “reforma administrativa”. O art. 241 da CF, com nova redação, passou a dispor o que segue:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Desse modo, consoante mandamento constitucional, os instrumentos apropriados para formalizar o liame entre os entes por meio da gestão associada¹⁷⁹ são os consórcios públicos e os convênios de cooperação.

Para os convênios de cooperação, invoca-se o art. 116 da Lei Federal 8.666/93, que disciplina que as regras atinentes às licitações e contratos administrativos sejam aplicadas, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

O consórcio público, por seu turno, cuja instituição se deu com o advento da Lei Federal 11.107/2005, poderá adquirir personalidade jurídica de direito público, se através de associação pública, ou de direito privado, na forma da legislação civil. Assim, de acordo com a redação do art. 2º, I, do Decreto 6.017/2007, que regulamentou o mencionado diploma legal, considera-se consórcio público:

“(...) pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;”

cooperativo não foi concebido como princípio jurídico, mas como método pragmático, destinado a resolver problemas concretos. Diferentemente, ocorreu com a Alemanha, onde a doutrina e jurisprudência vislumbram como princípio não inscrito o princípio da conduta amistosa federativa, pelo qual a ordem constitucional está fundada sobre a colaboração recíproca entre federação e Estados. Passou a ser um dos traços do chamado novo federalismo a ampla cooperação entre as entidades federativas: a divisão de competências não é considerada estanque, exigindo-se que um ente coopere com o outro no cumprimento dos deveres constitucionais.” MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. *In. Revista de Direito Administrativo*, vol. 249, set/dez 2008, p. 176.

¹⁷⁹ Para José dos Santos Carvalho Filho, gestão associada é uma “modalidade do regime de parceria pública, dentro do qual pactuantes são as pessoas integrantes da federação, todas obviamente pessoas jurídicas de direito público.” *Ibidem*, p.7.

Os consórcios públicos, vale dizer, são relevantes para a consecução de diversos preceitos constitucionais. Como exemplo, José dos Santos Carvalho Filho¹⁸⁰ menciona a adequação deste instrumento jurídico à gestão de recursos hídricos, consoante redação do art. 3º, VII, do Decreto 6.017/2007. O autor lembra que, apesar da competência legislativa privativa da União¹⁸¹ em matéria de águas, o domínio hídrico foi partilhado entre a União e os estados, na forma do art. 20, III e VI e do art. 26, I, ambos da CF, e que seu uso se difunde entre todas as entidades federativas. Em continuidade, acrescenta o autor:

“O uso hídrico, todavia, se difunde entre todas as entidades federativas. Por tal motivo, foi editada a Lei nº 9.433, de 8.1. 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, constituído por órgãos das esferas federal, estadual e municipal, cuja atuação deve desenvolver-se pela gestão associada. Destarte, o consórcio público é realmente o instrumento adequado para tal propósito.”

Com efeito, conforme já pontuado, as bacias hidrográficas não respeitam necessariamente os limites territoriais dos entes da Federação, de modo que os consórcios públicos podem ser um instrumento salutar para a universalização do serviço público de distribuição de água e tratamento de esgoto.

A gestão associada viabilizada pela figura dos consórcios públicos representa, em verdade, um regime de parceria, uma convergência de interesses, uma conjugação de esforços para a consecução de interesses comuns. Na visão de José dos Santos Carvalho Filho¹⁸², a gestão associada visa:

“estabelecer mecanismos de vinculação entre elas (pessoas federativas), de modo que os serviços públicos, sejam eles privativos, sejam concorrentes, possam ser executados com maior celeridade e eficiência em prol da coletividade, em coerência com o princípio reitor da colaboração recíproca, que deve nortear o moderno federalismo de cooperação.”

Contudo, se os consórcios podem ser interessantes para a execução dos serviços públicos mencionados, o mesmo não se pode dizer no que tange ao

¹⁸⁰ Op. Cit., p. 55.

¹⁸¹ Art. 22, IV, da CF.

¹⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 355.

aprimoramento da governança das águas. Como preconizado pelo Decreto 6.017/2007, os consórcios públicos são compostos exclusivamente por entes da Federação, inviabilizando, assim, a presença de pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso das Agências de Águas e das organizações civis¹⁸³, que atuam na falta de tais agências.

Desse modo, parece incabível a formação de consórcio público para aperfeiçoar o diálogo entre os integrantes deste sistema, especialmente porque o SINGREH não é composto apenas por órgãos representantes dos entes federados e da União.

Dessa forma, considerando todas as preocupações já expostas sobre a governança das águas e tendo em vista que um dos pontos mais criticados, inclusive pela OCDE, foi a necessidade de aprimoramento da interlocução entre os órgãos integrantes do SINGREH, o tópico seguinte detalhará como esta questão pode ser superada.

3.4. Solução Procedimental: Conferência de Serviços

Diante de todos os contornos observáveis durante a crise hídrica que castiga a região Sudeste brasileira, o que mais se evidenciou no início da crise foi o pouco entrosamento entre os órgãos responsáveis pela tomada de decisões. Como exposto, a gestão dos recursos hídricos merece um aprimoramento na comunicação entre seus órgãos estruturantes, de forma a possibilitar uma interlocução mais intensa entre estes atores e, até mesmo, entre outros sistemas.

Nesta linha, a conferência de serviços, instituto há muito utilizado na Europa, pode ser empregada no Brasil para auxiliar na harmonização da atuação dos entes da Federação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁸⁴ assim discorre a respeito da

¹⁸³ Na forma do art. 47 da Lei 9.433/1997, consideram-se organizações civis de recursos hídricos:

Art. 47. São consideradas, para os efeitos desta Lei, organizações civis de recursos hídricos:

I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas;

II - associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos;

III - organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos;

IV - organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade;

V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

¹⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73-74.

conferência de serviços, espécie dos chamados “acordos administrativos de coordenação”, na modalidade “execução associada não-contratual por cooperação”, veja-se:

“[e]ssa nova percepção de democracia se manifesta na multiplicação de institutos consensuais no Brasil, tais como os contratos administrativos de parceria e os acordos administrativos de coordenação, ambas destacadas modalidades de execução associada do interesse público, por sua notável característica sinérgico-sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços, sobrevivendo em acréscimo às modalidades de execução tradicionais, a direta e a indireta, antes praticadas, de modo que a gestão dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada diretamente – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; - indiretamente – pelos entes públicos por eles criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e, de modo inovativo, associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público. [...] A esse elenco se soma o da execução associada não-contratual por coordenação, também com sua especial sinergia, encontrada em várias modalidades, tais como convênios, acordos de programa, joint ventures públicas e conferências de serviços.”

A conferência de serviços, oriunda de legislação comparada, encontra paralelo em países como Portugal, Espanha, Alemanha, Áustria, Itália e Suíça. Fruto da cooperação entre diferentes níveis de governo quando da consecução de ações comuns, este instituto tem se mostrado uma bem-sucedida experiência de governança cooperativa por permitir a tomada de decisões sob o influxo da consensualidade¹⁸⁵. Neste sentido, comenta Santiago Muñoz Machado¹⁸⁶:

“En el campo de las acciones gubernamentales y administrativas, que es donde recientemente, a partir de los años sesenta, se ha producido una gran expansión del fenómeno cooperativo, ha tenido un gran

¹⁸⁵ Na visão de Juiana Bonacorsi de Palma, no ordenamento jurídico brasileiro, “a consensualidade também tem sido entendida como *acordo de vontades* entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado manifestado quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais. Esse é o critério mais recorrente, conforme o qual a Administração Pública, dotada de personalidade jurídica, satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualidade é, via de regra, apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados pela Administração para satisfação do interesse público, sendo a *contratualização*, sua forma mais evidente.” PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 241/242.

¹⁸⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. *La Organización Territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2009, p. 241-242.

predicamento la fórmula de las conferencias de responsables políticos y administrativos. [...] La fórmula [...] es importante porque consigue combinar adecuadamente el necesario respeto a la separación de competencias y responsabilidades con la coordinación y cooperación en pro de acciones comunes. En este sentido, las conferencias ni sustituyen las decisiones de los órganos propios de cada esfera, central y territorial, ni adoptan resoluciones, por lo común, directamente aplicables. La técnica que se suele utilizar es más simples, aunque sutil; en el seno de las Conferencias se alcanzan acuerdos que luego se comprometen a ejecutar cada una de las partes en el territorio a que alcanza su responsabilidad.”¹⁸⁷

Com vistas a contribuir para a elucidação do instituto, explica Marta Portocarrero¹⁸⁸:

“a conferência de serviços não é mais do que o próprio nome indica: uma *conferência*, isto é, uma *reunião*, de todas as administrações interessadas na situação concreta. A conferência tem particular valia no contexto de procedimentos complexos, procedimentos onde seja necessária a colaboração inter (ou intra) administrativa, evitando que cada uma das autoridades envolvidas prolongue ou mesmo paralise o decurso procedimental pela demora da sua pronúncia e, por outro lado, favorecendo o entendimento entre as eventuais posições divergentes pela promoção do diálogo entre todos os envolvidos.”

Na Itália, a conferência de serviços, ou *conferenze di servizi*, que possui amparo na lei de procedimento administrativo daquele País¹⁸⁹, apresenta duas modalidades: a conferência instrutória e a conferência deliberativa.

Pela conferência instrutória, ocorre o exame contextual dos interesses envolvidos. Assim, os agentes que possuam ingerência ou legítimo interesse sobre a matéria são convocados para auxiliar na ampla instrução do tema, com o oferecimento de opinamento, documentos e o que mais importar.

Finalizada a instrução, é ainda possível a ponderação presencial dos interesses outrora manifestados. Após reunidos e analisados todos os dados obtidos, a

¹⁸⁷ Tradução livre: “No campo das ações governamentais e administrativas, que recentemente, a partir dos anos sessenta, foi expandido o fenômeno cooperativo, tendo grande destaque a fórmula das conferências de responsáveis políticos e administrativos. [...] A fórmula [...] é importante pois consegue combinar adequadamente o necessário respeito à separação de competências e responsabilidade com a coordenação e cooperação em prol de ações comuns. Neste sentido, as conferências nem substituem as decisões de seus órgãos próprios de cada esfera, central e territorial, nem adotam resoluções, pelo comum, diretamente aplicáveis. A técnica que é frequentemente utilizada é mais simples, embora sutil; no âmbito das conferências se alcançam acordos que logo se comprometem a executar cada uma das partes no território de sua responsabilidade”.

¹⁸⁸ PORTOCARRERO, Marta. Op. cit. p. 51.

¹⁸⁹ Art. 14 da Lei 241/1990.

autoridade competente profere sua decisão. Contudo, certo é que não só as provas produzidas importam para a decisão final, mas também o esforço para harmonizar preventivamente posições divergentes. Neste sentido, salienta Marta Portocarrero¹⁹⁰:

“É possível que pela discussão de ideias, seja alcançado o consenso necessário sobre o conteúdo do acto a praticar a final, designadamente através de cedências recíprocas entre os participantes, consenso esse que poderá evitar ou, pelo menos, diminuir a conflitualidade *a posteriori*.”

A conferência instrutória se encerra com a elaboração de atas das reuniões realizadas, nas quais todo o trabalho efetivado é registrado. O resultado, portanto, vislumbrando-se ou não o consenso, não possui força vinculante em relação à decisão constitutiva a ser prolatada pela autoridade competente. No entanto, mesmo nas hipóteses em que o consenso não é alcançado, a importância da conferência instrutória permanece, já que, sem ela, a decisão final dificilmente conteria elementos suficientes para uma vigorosa fundamentação.

De outro ângulo, a conferência deliberativa busca viabilizar a produção, em uma única oportunidade, dos atos intrínsecos a uma determinada atividade, de forma que todas as autoridades administrativas possam praticar o ato de sua respectiva competência de forma coordenada.

Assim, na existência de divergências entre as autoridades participantes, será possível a apresentação de sugestões de modificação do ato praticado pela parte dissonante à outra parte, objetivando a proteção do interesse público tutelado.

A conferência de serviços, por conseguinte, procura estimular a ponderação na tomada de decisões e o respeito mútuo no tocante às competências constitucionais de cada ente da federação, ou mesmo no exercício das atribuições legais de órgãos que integram a mesma estrutura, auxiliando na produção de decisões consensuais. Além disso, a delimitação de um procedimento a ser seguido garante maior segurança aos agentes públicos envolvidos, facilitando a implementação desse instrumento de governança.

Já no âmbito nacional, o instituto conferência de serviços, notadamente na modalidade instrutória, é compatível com os princípios informadores da ordem jurídica brasileira. Isso porque, por invocar a cooperação dos entes federados e o consenso

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 79.

na tomada de decisões, a conferência de serviços encontra guarida nos princípios federativo¹⁹¹ e da consensualidade¹⁹². Ademais, como efeito do acordo das partes nas deliberações, o princípio da eficiência¹⁹³ pode prestar seu auxílio, já que a promoção de funções públicas de interesse comum num ambiente propício ao entendimento das partes se torna um grande facilitador para a consecução destas atribuições e na redução de questionamentos judiciais.

De outro ângulo, por incentivar a presença de particulares nas discussões promovidas entre os entes, a conferência de serviços está em sintonia também com o princípio da participação¹⁹⁴. E, finalmente, o estímulo à produção de provas e ao debate dos envolvidos permite, simultaneamente, invocar os princípios da publicidade¹⁹⁵, em sua vertente de transparência, e da motivação das decisões¹⁹⁶.

De maneira bastante inovadora e confirmando a compatibilidade do mencionado instituto com o ordenamento jurídico vigente, o Estado de Minas Gerais, por meio da Lei Delegada 180/2011¹⁹⁷, que dispõe sobre a estrutura orgânica da

¹⁹¹ Art. 1º da CF.

¹⁹² Trata-se de princípio implícito que, conforme a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, decorre do princípio da eficiência, com guarida no art. 37, *caput*, da CF. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

¹⁹³ A eficiência administrativa, na visão de José Afonso da Silva, “se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 671-672. Já para Wladimir da Rocha França, “há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos, por vias lícitas”. FRANÇA, Wladimir da Rocha. *Eficiência administrativa na constituição federal*. vol. 220, abr/jun. 2000. Rio de Janeiro: Renovar, p. 168.

¹⁹⁴ Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da participação é referenciado ao longo do texto da CF, “notadamente no *caput* do art. 1º, que redefine o Brasil como Estado *Democrático de Direito*; no parágrafo único do mesmo artigo em que declara a *origem do poder político no povo* e seu exercício, tanto pela representação quanto pela participação, e, ainda, no art. 14 do Capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer, vestibularmente as formas de *participação direta e semi-direta*, extensíveis ao âmbito da Administração Pública.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁹⁵ Art. 37, *caput*, da CF.

¹⁹⁶ De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “em âmbito federal, a motivação ganhou *status* de princípio no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, da Lei 9.784/1999.” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 276.

¹⁹⁷ Art. 5º São instrumentos do modelo de Administração Transversal de Desenvolvimento, além dos tratados nos arts. 3º e 4º desta Lei Delegada:

- I - Comitês Temáticos;
- II - Fóruns Especializados de Políticas Públicas;
- III - Conferências Participativas de Políticas Públicas;
- IV - Audiências Públicas;
- V - Consulta Pública;
- VI - Conselhos de Políticas Setoriais;
- VII - Portais Institucionais, integrantes de sistemas oficiais, sistemas de informações e base de indicadores da governança;
- VIII - Agenda de Melhorias;
- IX - Câmaras Multissetoriais de Políticas Públicas;

Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, introduziu pela primeira vez o instituto da conferência de serviços no País, propiciando, assim, a tomada de decisão compartilhada de forma célere em situação relevante ou de emergência, simplificando os processos burocráticos e a participação simultânea de todos os agentes decisórios e responsáveis pela instrução técnico-jurídica, no âmbito daquele estado.

A conferência de serviços instituída na administração pública mineira foi regulamentada pelo Decreto 45.757/2011. De acordo com o art. 4º do Decreto 45.757/2011, a convocação desse instituto deve ser requerida diretamente ao Governador do Estado nas seguintes hipóteses:

“Art. 4º O pedido para convocação de Conferência de Serviços será feito ao Governador por titular de Secretaria de Estado, de órgão autônomo ou de entidade, e encaminhado à Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais - SECCRI - para convocação, agendamento e instrução, nos termos do art. 8º, tendo como objeto matéria ou questão pertinente à atribuição, competência ou interesse de dois ou mais daqueles órgãos ou entidades, nas seguintes hipóteses:

I - de existência de discordância ou impasse em questão que requeira coordenação ou atuação de diferentes órgãos ou entidades e que ocasione atraso ou óbice à progressão da pauta governamental; e
II - de ocorrência de questões de relevância, conforme previsto no inciso I, que, embora envolvam matéria de estrita atribuição ou competência de Secretaria, órgão autônomo ou entidade, possam ter efeitos que extrapolem os seus limites internos.”

A convocação pode, ainda, ser sugerida por concessionárias ou outros delegatários diretamente ao órgão regulador, e este avaliará a conveniência e a necessidade do requerimento¹⁹⁸. Os delegatários estão autorizados a participar da conferência de serviços prestando assistência ao órgão ao qual estão vinculados¹⁹⁹.

X - Unidades Administrativas Regionais; e

XI - outros instrumentos correlatos, desde que oficializados ou integrados por processos colaborativos formais.

§ 1º São também instrumentos a que se refere o caput deste artigo a Desconcentração do Monitoramento da Estratégia Governamental, sob coordenação, e a Conferência de Serviços, convocadas nos termos de regulamento.

§ 2º A Conferência de Serviços, para os fins desta Lei Delegada, é a instância de decisão compartilhada de caráter interinstitucional ou intersetorial que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

¹⁹⁸ Art. 5º, §§ 1º e 2º, do Decreto 45.757/2011.

¹⁹⁹ Art. 5º, § 3º, do Decreto 45.757/2011.

O decreto prevê também a convocação de conferência de serviços preliminar. Sua convocação, no entanto, que será feita por titular da Secretaria de Estado, órgão autônomo ou entidade interessada, na hipótese de projetos ou planos pertinentes à sua atribuição ou competência, desde que sejam de especial complexidade ou difícil execução²⁰⁰.

Nesta conferência preliminar há o compromisso de se realizar um estudo técnico de viabilidade de proposta²⁰¹ ou um anteprojeto²⁰² que será submetido ao crivo da conferência de serviços. A lógica, portanto, é justamente atribuir celeridade ao procedimento e otimizar os debates entre os participantes da conferência de serviços.

Ademais, é possível que haja dissonância na solução do objeto da conferência de serviços. No entanto, nesse caso, a parte discordante deve fundamentar sua manifestação e apresentar propostas de solução para equacionar a questão²⁰³. Isso significa dizer que o participante da conferência de serviços não pode simplesmente discordar das propostas que forem apresentadas e, com isto, impedir ou procrastinar a conclusão do procedimento. As obrigações de justificar o ponto divergente e de contribuir com sugestões para que se atinja o consenso são diferenciais deste procedimento.

Findada a conferência de serviços, é elaborado um documento único, equivalente a um acordo formal, denominado ata da conferência de serviços²⁰⁴, cujo teor é vinculante entre os participantes²⁰⁵ e sua execução é fiscalizada por Secretarias de Estado²⁰⁶.

Dito isto, vê-se que a conferência de serviços, utilizada no Estado de Minas Gerais como um procedimento capaz de resolver, com a celeridade esperada,

²⁰⁰ Art. 7º do Decreto 45.757/2011.

²⁰¹ De acordo com a redação do inciso I, § 2º, art. 7º, do Decreto 45.757/2011, entende-se por estudo de viabilidade: “aquele elaborado com base em pesquisas e análises para avaliação da adequação técnica e legal dos projetos ou planos objetos da Conferência de Serviços.”

²⁰² Na forma do inciso II, § 2º, art. 7º, do Decreto 45.757/2011, anteprojeto é “o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado à caracterização e planejamento do objeto da Conferência de Serviços, inclusive com a definição dos métodos e cronograma.”

²⁰³ Art. 14 do Decreto 45.757/2011.

²⁰⁴ Na ata constará a totalidade dos trabalhos realizados, incluindo o registro de orientações, diretrizes, soluções ou propostas de atos governamentais relacionados ao objeto da conferência, bem como o posicionamento dos participantes para subsidiar futura ação governamental sobre o assunto tratado.

²⁰⁵ Justamente por emanar de decisões vinculantes, as partes integrantes da conferência de serviços devem ser representadas por agentes legitimados a estabelecer acordos e tomar decisões, seja por competência legal ou delegação expressa e específica.

²⁰⁶ Art. 15 do Decreto 45.757/2011.

situações relevantes ou de emergência, se alinha com o modelo de federalismo cooperativo instituído pela Constituição Federal.

O instituto se amolda também à sistemas complexos, típico de gestão descentralizada, nos quais o diálogo efetivo entre os atores que os compõem é fundamental para o seu funcionamento, como ocorre no SINGREH. O gerenciamento de recursos hídricos possui, ainda, uma peculiaridade, que é a necessidade de interlocução com outros sistemas, como o setor elétrico e o SISNAMA, fruto dos múltiplos usos da água. E, com esta particularidade, a conferência de serviços se mostra um ferramental útil para instrumentalizar a reunião de distintos órgãos e entidades de modo que, juntos, decidam questões que neles se interseccionem.

Esta multiplicidade de usos que se pode atribuir à água, traço distintivo deste recurso natural, reflete na atuação de diferentes órgãos que sobre ela exercem controle e regulação. Assim, não raro, esses órgãos necessitam adotar medidas em conjunto, em prol da coletividade. No entanto, os aparatos institucional e regulatório atuais não fornecem subsídios que imponham celeridade a essa tomada de decisão, vide a crise hídrica da região Sudeste.

E é por este motivo que se propõe a aplicação, no gerenciamento de recursos hídricos, de mecanismo como a conferência de serviços, que permita, por meio de um procedimento previamente definido, atingir o consenso com a brevidade esperada. Dessa maneira, o estresse hídrico vivenciado no Sudeste brasileiro, muito possivelmente, não teria tido o Judiciário como o grande mediador do conflito.

Na hipótese da crise hídrica da região Sudeste, vale dizer, a conferência de serviços não seria apenas um importante facilitador entre os estados atingidos pela baixa disponibilidade hídrica. O mencionado procedimento seria, ao mesmo tempo, de grande valia para a interlocução com outras esferas, como o setor elétrico. Desse modo, decidir, por exemplo, sobre a redução ou não da vazão de determinado reservatório, avaliando os impactos da diminuição da geração de energia elétrica e a probabilidade de interrupção do abastecimento público, não seria tão burocrático e, portanto, custoso para a Administração Pública.

Indubitavelmente, se todas as partes interessadas estivessem juntas, numa grande mesa de negociação, para atingir o consenso de forma motivada, o processo para a tomada de decisão seria mais célere, reduziria o excesso de formalidades atualmente existente e não estaria sujeito ao risco da judicialização.

De outro ângulo, a conferência de serviços pode ainda funcionar em questões internas do sistema de gestão dos recursos hídricos. Os conflitos entre CERH, por exemplo, podem ser solucionados mediante acordo entre os próprios conselhos envolvidos, sem que seja necessário o arbitramento do caso pelo CNRH²⁰⁷, na forma do art. 35, II, da Lei 9.433/1997.

Neste caso, a conferência de serviços teria um duplo desígnio: propiciar soluções mais condizentes com a vontade das partes, já que o resultado do procedimento seria consequência de um acordo entre os envolvidos; e contornar a questão da parcialidade²⁰⁸ do CNRH no arbitramento destes entraves entre os conselhos estaduais.

O instituto da conferência de serviços, por conseguinte, teria o condão de otimizar o SINGREH e conferir agilidade na tomada de decisões, mormente em situações relevantes e de emergência, quando se espera maior empenho das autoridades públicas para diminuir a insegurança da população sentida nessas ocasiões.

Na hipótese da crise hídrica detalhada no primeiro capítulo, a conferência de serviços poderia ter evitado a judicialização do caso. De certo, a reunião de representantes dos estados afetados pela crise hídrica e do SINGREH, abalizada por regras procedimentais bem definidas, teria o condão de promover debates técnicos sobre as possíveis medidas para minimizar os efeitos da escassez e, com a anuência de todos os participantes e a agilidade esperada, optar pela medida que seria adotada.

²⁰⁷ Cumpre observar que no dia 29/06/2015 foi publicada a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O referido diploma legal, prestes a entrar em vigor, autoriza que os órgãos ou entidades da administração pública criem câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. Além disso, permite que o objeto da mediação verse, inclusive, sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Embora trate de mediação para solução de conflitos entre administração pública e particulares, e, portanto, não seja aplicável ao dissídio entre órgãos da administração pública, como se refere a Lei 9.433/1997 ao mencionar os entraves entre os CERH, a mencionada Lei denota a tendência de adoção de mecanismos consensuais para a solução destes conflitos. Corroborando com este movimento do Poder Legislativo é que se propõe a aplicação da conferência de serviços como forma de resolver possíveis tensões entre os CERH.

²⁰⁸ Conforme mencionado no capítulo anterior, é atribuição do CNRH o arbitramento dos conflitos entre os conselhos estaduais, na forma do art. 35, II, da Lei 9.433/1997. No entanto, como sua composição inclui membros dos conselhos estaduais, fica fragilidade a imparcialidade da decisão do CNRH no julgamento destes casos.

3.5. Soluções Regulatórias:

No item anterior foi apresentada a proposta de aprimoramento para a interlocução dos órgãos no âmbito institucional do gerenciamento de recursos hídricos. No entanto, a crise hídrica da região Sudeste, que serviu como um alerta em vista das incertezas quanto à disponibilidade hídrica nas próximas décadas, fez surgir questões sobre as quais o Congresso Nacional ainda não se debruçou, mas que merecem ser consideradas.

É mister que as alterações ultrapassem o campo institucional e alcancem a seara regulatória, de forma a permitir que as estruturas de regulação hoje existentes sejam mais flexíveis em momentos de crise ou, até mesmo, que abarquem temas ainda não regulados.

Dito isto, conforme se verá adiante, para minimizar os efeitos da escassez hídrica, propõe-se a regulação das águas residuárias e o abrandamento da Lei 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, no que tange à perfuração de poços artesianos em centros urbanos.

3.5.1. Regulação de águas residuárias:

A utilização de água de reuso deve ser encarada como uma alternativa viável para o enfrentamento da escassez hídrica. A própria Lei 9.433/1997 estabelece, dentre os objetivos da PNRH²⁰⁹, a necessidade de “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.”

É bem verdade que, no Brasil, as águas residuárias já são utilizadas na agricultura, embora não haja qualquer tipo de regulação, planejamento e controle ambiental e sanitário, podendo, inclusive, gerar riscos à saúde pública. Por outro lado, também é possível encontrar experiências isoladas de reuso industrial, mas fruto de tímidas iniciativas privadas.

As águas residuárias, vale dizer, é uma tendência mundial. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (“PNUMA”), em parceria com a organização *WaterLex*, lançou um livro eletrônico intitulado “Boas Práticas para a regulação do

²⁰⁹ Art. 20, I, da Lei 9.433/1997.

tratamento de águas residuais: legislação, políticas e normas”²¹⁰, no qual apresenta casos de reuso bem-sucedidos em todo mundo, como na Argentina, Austrália, Finlândia, Jordânia, Singapura e África do Sul.

Imbuída desta iniciativa global, a ANA lançou diversos chamamentos públicos para selecionar propostas que visam ao desenvolvimento de inúmeras ações de gestão de recursos hídricos²¹¹. Dentre as propostas eleitas consta: ações de reuso agrícola de efluentes tratados no Semiárido, reuso de água em municípios de pequeno porte e gestão e uso de água em edifícios públicos.

No âmbito do SINGREH, o CNRH, por meio da Resolução 54/2005, estabeleceu modalidades, diretrizes e critérios gerais para a prática de reuso direto não potável de água. No entanto, o estabelecimento de critérios e parâmetros específicos para as modalidades de reuso definidas no art. 3º da Resolução 54/2005 ficou a cargo dos órgãos competentes.

Nesta mesma linha, ações estaduais e municipais têm sido frequentes. No Rio de Janeiro, o Projeto de Lei 166/2015, de iniciativa do Deputado Carlos Minc, pretende tornar obrigatória a utilização de água de reuso pelo Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro. Na cidade de São Paulo foi sancionada a Lei 16.174/2015 para obrigar a água de reuso em obras públicas. Em Belo Horizonte foi promulgada a Lei 10.840/2015 que determina a adoção de mecanismos de reuso da água em edificações prediais, residenciais, comerciais e industriais, públicas e privadas.

Contudo, no plano federal não há nada de concreto em relação ao tema. A única notícia que se tem é que o governo está elaborando desde 2014 o Plano Nacional de Segurança Hídrica e nele se pretende regulamentar a água de reuso²¹². Mas, enquanto não há normatização técnica específica para os sistemas de reuso da água²¹³, normas esparsas e oriundas de diferentes níveis da federação buscam, ainda que localmente, reduzir a utilização de água potável.

²¹⁰ Good Practices for Regulating Wastewater Treatment: Legislation, Policies and Standards Copyright © United Nations Environment Programme, 2015.

²¹¹ Informação disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/projetos/Editais.aspx>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

²¹² Informação disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/governo-quer-estabelecer-norma-nacional-para-agua-de-reuso> (último acesso em 25/11/2015).

²¹³ Vale lembrar, contudo, que a regulação nacional da água residuária deve observar as normas técnicas definidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (“ABNT”) sobre o tema, quais sejam: ABNT NBR 15527:2007 (traça diretrizes de projeto e dimensionamento dos sistemas de aproveitamento da água de chuva), ABNT NBR 13696:1997 (especifica usos para a água residuária).

Embora desejável essas iniciativas locais, a regulação em âmbito nacional da água residuária é indispensável para assegurar o uso sustentável dos recursos hídricos. Considerando a crescente demanda por água, estimular o reuso significa atribuir o uso racional aos recursos hídricos, controlando perdas e desperdícios e minimizando a produção de efluentes e o consumo de água.

O padrão e a qualidade da água disponibilizada devem ser adequados ao uso pretendido, como estabelece o art. 20, I, da Lei 9.433/1997. Neste sentido, o tratamento do esgoto e águas poluídas tem sua importância neste cenário de reduzida disponibilidade hídrica. A utilização de esgoto tratado na agricultura, dentre outros setores nos quais é possível empregá-lo, como indústrias²¹⁴ e até mesmo para o consumo humano²¹⁵, reduz o consumo de água potável, permitindo que as fontes de água de boa qualidade sejam exclusivas para o abastecimento público e outros usos prioritários.

A lógica do reuso se pauta na redução dos impactos sobre os mananciais de água potável. E, dessa forma, utilizando água de qualidade inferior em usos que não necessitam desse recurso dentro dos padrões de potabilidade, ou mesmo transformando a água de reuso em potável para alcançar os usos que somente a utilizam em altíssima qualidade, grandes volumes de água originalmente potável podem ser poupadas.

Não obstante a viabilidade do uso da água de baixa qualidade, a destinação da água tratada deve observar as regras técnicas específicas, o que reforça a necessidade de regulação, planejamento, controle ambiental e sanitário, de forma a evitar distorções desta atividade, cujo principal objetivo é criar alternativas para reduzir a dependência do consumo de água potável.

Dessa forma, o aprimoramento da governança dos recursos hídricos deve estar associado a inovações no plano legislativo. A regulação de águas residuárias, já empregada em diversos países, é basilar tanto para o enfrentamento da escassez hídrica quanto para a preservação dos mananciais em vista da previsão de aumento da demanda por água.

²¹⁴ Em São Paulo, o público alvo para a destinação de esgoto tratado são as indústrias que utilizam água de altíssima qualidade para limpeza e refrigeração de equipamentos, produção de vapor, irrigação de jardins, dentre outros.

²¹⁵ A SABESP, conforme já noticiado, construirá duas estações para captação de esgoto com a finalidade de transformá-lo em água de reuso para consumo humano. Disponível em: <<http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaold=66&id=6335>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

A considerar a economia que a utilização de águas residuárias pode gerar, a regulamentação e implementação de uma política de reuso, notadamente na região mais industrializada e de maior densidade demográfica do País, na qual a necessidade de desoneração do principal sistema de abastecimento já havia sido alertada pelo órgão concedente há mais de uma década²¹⁶, poderia ter evitado a criticidade dos níveis dos reservatórios da RMSP e minorado os impactos das alterações hidrológicas dos últimos dois anos.

É imperiosa uma mudança paradigmática. Frear a utilização desmedida de água potável e investir em mecanismos que ofereçam alternativas para o suprimento regular da população deve ser o cerne no planejamento de políticas de recursos hídricos no Brasil.

3.5.2. Águas subterrâneas:

Como dito anteriormente, as soluções para minimizar os efeitos da escassez hídrica devem englobar o campo regulatório. O marco regulatório para as águas residuárias é de extrema importância para desonerar os mananciais, mas não é o bastante. O ordenamento jurídico vigente contém restrição relativa ao acesso particular à água que, em tempos de baixa disponibilidade hídrica, não se justificam e, por tal motivo, devem ser flexibilizados.

Neste sentido, torna-se cogente o exame da Lei 11.445/2007, que disciplina as diretrizes nacionais para o saneamento básico, notadamente seu art. 45, que assim estabelece:

“Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, **toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis** e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

§ 1º **Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários**, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

²¹⁶ Portaria DAEE 1.213/2004.

§ 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.” (grifou-se)

De acordo com o texto legal, as edificações urbanas ligadas às redes públicas de abastecimento de água não poderão ser alimentadas por outras fontes. Em outros termos, é vedada a captação de água através de qualquer outro meio, como poços artesianos, estando aquelas edificações restritas ao serviço público realizado pelo concessionário.

É bem verdade que o serviço público de saneamento básico deve ser prestado com fulcro nos princípios informadores²¹⁷ ditados pelo referido diploma legal. Desse modo, a distribuição de água e a coleta e tratamento do esgoto devem ser oferecidos na sua integralidade²¹⁸, com segurança, qualidade e regularidade.

No entanto, em momentos de carência de recursos hídricos, a implementação desses postulados não depende do concessionário. Diferentemente do setor elétrico, onde os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia e potência para garantir a integralidade de seus contratos²¹⁹, no setor de saneamento básico não é viável tal exigência.

Isto porque, no setor energético, se o concessionário ou permissionário não conseguir gerar a quantidade de energia estipulada em contrato, poderá comprar aquela produzida além da garantia física por outros geradores, tudo para fazer frente às suas obrigações contratuais²²⁰.

Já no setor de saneamento básico, na hipótese de redução da disponibilidade hídrica, impedindo a captação de água para posterior fornecimento à população, o abastecimento será prejudicado, já que não haverá meios para o concessionário suprir tal deficiência.

Diante destas considerações e tendo em vista que a água é um bem de domínio público²²¹, de uso comum do povo²²², caracterizada pela possibilidade de utilização por todos e em igualdade de condições, a vedação de acesso à fonte alternativa de

²¹⁷ Art. 2º da Lei 11.445/2007.

²¹⁸ Conforme redação do inciso II, do art. 2º da Lei 11.445/2007, integralidade deve ser entendida como “o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.”

²¹⁹ Art. 2º, I, Decreto 5.163/2004.

²²⁰ Conforme regras de comercialização da CCEE.

²²¹ Art. 1º, I, da Lei 9.433/1997.

²²² Art. 225 da CF c/c art. 99, I do Código Civil.

captação de recursos hídricos, mormente em momentos de carência desse recurso parece, minimamente, incompatível com a letra da lei.

Superando essa restrição legal, há decisões monocráticas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com interpretação inovadora em relação ao art. 45 da Lei 11.445/2007²²³. De acordo com estes entendimentos, a lei de saneamento básico, na verdade, não impede a captação em áreas abrangidas pelo serviço público de abastecimento de água, mas veda, tão somente, a utilização da rede pública para que as águas procedentes do sistema alternativo de captação cheguem à edificação. Dessa forma, faculta-se ao usuário obter água por fonte própria desde que não utilize a tubulação da rede pública.

Não obstante a importância destes julgados, estas decisões são oponíveis, apenas, *inter partes*, não gerando efeito *erga omnes*. Portanto, estes entendimentos isolados do indigitado dispositivo legal não são suficientes para alterar a *mens legis* já consolidada na seara jurídica.

Contudo, em situações de escassez hídrica, onde a criticidade dos reservatórios pode inviabilizar o abastecimento público, o usuário, com a restrição legal do art. 45 da Lei 11.445/2007, fica impedido de acessar por seus próprios meios um bem essencial à vida.

Por conseguinte, o que se sugere é que o referido dispositivo seja abrandado em momentos de carência do recurso natural. A outorga para a captação de água em poços artesianos, conseqüentemente, deve ser concedida em período idêntico ao da impossibilidade de fornecimento de água pelo concessionário. Desse modo, resguarda-se o acesso à água em momentos de escassez e a outorga individual resta compatibilizada com a restrição de oferta do serviço público, não se tornando uma concorrente.

²²³ “Reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte a constitucionalidade do **parágrafo 2º, do art. 45, da Lei 11.445 de 2007**, nos termos do art. 209 do Regimento Interno, forçoso dar parcial provimento ao agravo interno para, reformando-se a sentença, julgar procedente, em parte, o pedido autoral, **facultando ao apelado a utilização da água proveniente da fonte alternativa, a qual deverá, obrigatoriamente, percorrer instalação hidráulica distinta da água oriunda da rede pública.**” (Proc. 0008832-42.2010.8.19.0042 APELAÇÃO DES. ADEMIR PIMENTEL – Julgamento 06/06/2012 – DECIMA TERCEIRA CAMARA CÍVEL)

“**Proibição da alimentação por outras fontes, da instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água**, instituída pelo **art. 45, parágrafo 2º, da Lei 11.445/2007**. Constitucionalidade reconhecida pelo E. Órgão Especial.” (Proc. 0041687-57.2008.8.19.0042 TJRJ – APELAÇÃO DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO – Julgamento: 06/02/2013 – DECIMA PRIMEIRA CAMARA CÍVEL)

Destarte, a reinterpretação da legislação em vigor, imprescindível para garantir o exercício do direito de acesso à água²²⁴, permitirá a adoção de medidas individuais para o suprimento deste recurso natural enquanto a concessionária de serviço público estiver impedida de prestá-lo. No entanto, para tornar a abertura de poços artesianos uma atividade sustentável, a medida deve vir necessariamente acompanhada do ônus de correta destinação dos respectivos dejetos.

3.6. Conclusões Parciais:

A crise hídrica do Sudeste brasileiro suscitou falhas no funcionamento do SINGREH e na interlocução com órgãos afetos à regulação dos recursos hídricos. À medida que a carência de água atingiu outros entes federativos, além do Estado de São Paulo, o aparelhamento estatal não se mostrou suficiente para lidar com o impasse criado e o Judiciário foi instado a decidir o imbróglio.

A partir de então, houve a preocupação em rever toda estrutura de governança das águas ou, ao menos, em incrementar a já existente para se alcançar o objetivo proposto pela PNRH. A ANA estabeleceu pactos no nível estadual que buscam incentivar o cumprimento de metas pelos Estados, abriu chamamentos públicos para aprovação de projetos que utilizem águas residuárias, encomendou uma avaliação de todo o sistema de gestão de recursos hídricos à OCDE para identificar os problemas existentes no modelo em vigor.

Enfim, inúmeras ações foram adotadas para otimizar o SINGREH e tornar todo o sistema mais célere, principalmente em momentos de crise, quando a agilidade na tomada de decisão é essencial para o enfrentamento das adversidades provocadas pela baixa disponibilidade hídrica.

²²⁴ Zulmar Fachin e Deise Marcelino Silva propõem a elevação do direito de acesso à água potável ao patamar de direito fundamental da sexta dimensão. A sugestão dos autores tem por objetivo permitir que o direito de acesso à água receba tratamento adequado para que se permita preservar o recurso natural para as presentes e futuras gerações. Dessa forma, assim aduz os autos: “O Estado legislador fica comprometido a elaborar leis que priorizem a proteção e a promoção do direito fundamental, exigindo-se que sua atuação esteja vinculada à juridicidade desse direito. No que tange ao Estado administrador, este deve estabelecer políticas públicas, levando em consideração que se está diante de um direito fundamental. Já o Estado prestador de serviços jurisdicionais, ao apreciar os conflitos sociais levados à sua apreciação, deve decidir de modo a concretizar o direito fundamental.” FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 19/12/2015.

No presente estudo foram apresentadas propostas para, ao menos, reduzir as deficiências detectadas nos últimos anos com a eclosão da crise hídrica. Dessa forma, recomendou-se o rearranjo de funções dos órgãos que integram o SINGREH para que a agência reguladora exerça as atribuições próprias de um ente regulador. Além disso, foi indicado o instituto da conferência de serviços, como forma de aprimorar o diálogo entre órgãos que necessitem adotar medidas em conjunto. E, finalmente, sugeriu-se inovações no campo regulatório, de modo a propiciar a regulamentação da água residuária e a permitir a abertura de poços artesianos, mesmo para as edificações com acesso à rede pública, evitando, assim, que o usuário fique desabastecido durante a impossibilidade de suprimento de água pela concessionária de serviço público.

Assim sendo, espera-se que, com o estabelecimento destas medidas, o gerenciamento de recursos hídricos possua subsídios para o enfrentamento da crise hídrica, tornando a atividade regulatória mais coesa e atribuindo efetividade à interlocução entre os atores vinculados à gestão dos recursos hídricos.

Conclusão

Os desafios postos com a eclosão da crise hídrica da região Sudeste do Brasil deixaram clara a necessidade de revisão do aparato institucional e regulatório das águas nacionais, de modo a propiciar o aprimoramento da governança dos recursos hídricos e, com isso, viabilizar a otimização de todo o sistema para o enfrentamento de novos percalços que podem surgir diante da incerteza quanto ao futuro das reservas de água potável do País.

Os entraves que impediram a adoção de medidas céleres para a mitigação dos impactos gerados pelo abastecimento deficiente da população serviram, ao menos, para confirmar que o gerenciamento nacional dos recursos hídricos em vigor, com as ferramentas que possui, não é capaz de amortecer os conflitos gerados pela disputa de águas.

O regime de competências constitucionais em matéria de águas e de meio ambiente, para que seja implementado satisfatoriamente, depende de uma estrutura jurídico-regulatória sólida, com atribuições bem definidas e competências condizentes com as características de cada ator, haja vista sua complexidade e importância.

Os limites geográficos das bacias hidrográficas, que não necessariamente condizem com os perímetros dos entes federados, impõem uma articulação vigorosa, colaborativa, com a finalidade de promover a coexistência harmoniosa dos interesses dos diferentes entes federativos que por elas são abrangidos e as necessidades de suas populações.

A interlocução almejada precisa ultrapassar a estrutura da gestão de águas e alcançar outros sistemas, notadamente aqueles que dependam dos recursos hídricos para a consecução dos seus fins, como o setor elétrico, ou que possuam a incumbência de protegê-los, como o SISNAMA.

É neste contexto que se propõe a adoção de medidas com o fito de aperfeiçoar a governança das águas e oferecer mecanismos que auxiliem no enfrentamento da crise hídrica.

Assim, no que tange ao aparelhamento institucional, sugere-se o rearranjo das atribuições dos órgãos que compõem o SINGREH, especificamente para que a ANA exerça, de fato, sua atividade regulatória. Para tanto, sugere-se que passem a compor o rol de atribuições da agência reguladora: (i) a decisão sobre todas as hipóteses de

prorrogação do prazo de outorga do direito de uso de recursos hídricos; (ii) o arbitramento de conflitos entre os conselhos estaduais de recursos hídricos; e (iii) a definição dos valores pela cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

No que concerne à atividade normativa da ANA, é importante que o CNRH se limite a normatizar assuntos pertinentes ao seu funcionamento interno, sendo recomendável, portanto, a alteração legislativa no tocante ao estabelecimento de diretrizes complementares para a implementação da PNRH, aplicação dos seus instrumentos e atuação do SINGREH, vez que tais temas constituem, hoje, verdadeira sobreposição à atuação da agência reguladora.

Ainda no campo da atividade normativa, as resoluções oriundas do SISNAMA que possuam pertinência temática com esta mesma função desempenhada pelos órgãos inseridos na estrutura do gerenciamento de águas devem ser obstadas, sob pena das sobreposições ultrapassarem as barreiras do SINGREH e permitirem que órgãos externos à estrutura de recursos hídricos atuem nesta seara.

Com vistas, ainda, ao aprimoramento da governança dos recursos hídricos, especialmente no que se refere à articulação dentro e fora do SINGREH, propõe-se a adoção do instrumento da conferência de serviços como uma solução procedimental para estimular o diálogo entre os órgãos que lidam com as águas. O instituto, que tem o condão de fomentar a comunicação entre os atores e promover debates técnicos, mediante regras bem definidas, propicia agilidade na tomada de decisões em benefício da coletividade, com incremento de legitimidade, mediante a ampla participação, e baixo risco de judicialização.

Finalmente, como solução regulatória para o enfrentamento da crise hídrica, propõe-se a instituição do marco regulatório de águas residuárias, que objetiva reduzir a utilização dos mananciais com o emprego de água de reuso, de qualidade inferior, em setores nos quais há viabilidade para sua aplicação, e com a utilização de esgoto tratado, inclusive para consumo humano.

Compõe ainda o rol de soluções regulatórias a reinterpretar o art. 45 da Lei 11.445/2007, de molde a permitir a captação alternativa de água de poços artesianos por edificações urbanas ligadas à rede de abastecimento público, permitindo-se compatibilizar a garantia do direito de acesso à água em momentos de escassez com a restrição de oferta do serviço público de suprimento de água, verificada na ocasião de insuficiência de recursos hídricos nos reservatórios.

Desta maneira, com o acolhimento das sugestões apontadas neste trabalho, vislumbra-se a coesão do SINGREH com os propósitos delineados pela Lei 9.433/19897, munindo-o de subsídios capazes de promover a esperada interlocução entre os atores que o compõe e a almejada articulação com outros setores, sobretudo aqueles cuja temática dos recursos hídricos seja igualmente importante.

A partir da implementação das presentes proposições, a estrutura jurídico-regulatória de governança das águas brasileiras estará, possivelmente, mais preparada para o enfrentamento exitoso de outras crises hídricas, sem que se dependa da intervenção do Judiciário para a solução destes conflitos.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, João Theotônio Mendes de. **A regulação da água: o papel da Agência Nacional de Águas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: **Revista de Direito Público da Economia**. vol. 2, n. 6, Belo Horizonte, abr/jun, 2004.

_____. **Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito dos serviços públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **Revista de Direito Administrativo**. nº 229, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, set. 2003. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso: em 27 jul. 2015.

BRASIL. **Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial. Brasília, set. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios Públicos**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. In: **Revista de Direito Público da Economia**. n. 12, Belo Horizonte, out/dez, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

FRARE, Irineu Rodrigues. **A gestão dos recursos hídricos no Brasil entre o modelo burocrático e o pós-burocrático: evolução, características e dilemas**. VIII Congreso Internacional Del CLAD sobre La Reforma Del Estado y de La Administración Pública. Anais, Panamá, out., 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina das águas doces**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. Tomo III. *La Organización Territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 249, set/dez 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINIO, Alberto. PASSOS Bruno. SILVEIRA, Maria Beatriz. Conflito de Geração – Energia e Judicialização Socioambiental no Brasil. **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Tomo II. Coordenação Fábio Amorim da Rocha. 1 ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

OECD. **Governança dos recursos hídricos no Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238169-pt>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. In: **RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. N 22, jun./jul./ago. 2010, Salvador (BA).

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PECI, Alketa. Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento. In: **Revista de Administração Contemporânea**. vol. 11, n. 1, Curitiba, jan/mar, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1415-65552007000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jun. 2015.

PNUMA. **Good Practices for Regulating Wastewater Treatment: Legislation, Policies and Standards Copyright @ United Nations Environment Programme, 2015.**

PORTOCARRERO, Marta. **Modelos de simplificação administrativa: a conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no Direito Administrativo.** Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **Princípio da imparcialidade da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental.** vol. 18, n. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TUNDISI, José Galizia. **Água no século XXI: enfrentando a escassez.** 3a. ed. São Carlos: Rima, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WALTENBERG, David A. M.. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.