

GIULIANO SAVIOLI DELIBERADOR

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA COOPERAÇÃO
FEDERATIVA EM MATÉRIA DE RECURSOS
HÍDRICOS**

Tese de Doutorado

Orientadora: Profa. Associada Dra. Monica Herman Salem Caggiano

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2016

GIULIANO SAVIOLI DELIBERADOR

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA COOPERAÇÃO
FEDERATIVA EM MATÉRIA DE RECURSOS
HÍDRICOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob orientação da Profa. Associada Doutora Monica Herman Salem Caggiano.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2016

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Deliberador, Giuliano Savioli

Fundamentos jurídicos da cooperação federativa em
matéria de recursos hídricos / Giuliano Savioli

Deliberador ; orientadora Monica Herman Salem

Caggiano -- São Paulo, 2016.

152

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2016.

1. Federalismo. 2. Recursos hídricos. 3. Direito
de águas. I. Caggiano, Monica Herman Salem, orient.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

Qualquer trabalho de conclusão de curso, como o próprio nome já evidencia, representa o final de um ciclo. Porém, nenhum outro o faz como uma tese de doutorado. Ela é o ápice de uma trajetória que começa, na minha visão, com a alfabetização. Ter chegado até aqui é um privilégio, e definitivamente isso não teria sido possível sem ajuda de muita gente. Impossível será lembrar de todos, e pelos esquecimentos peço antecipadas desculpas. Em todo caso, vamos lá.

Em primeiro lugar, à minha família, minha verdadeira fortaleza. Meus avós, sempre amorosos; meu pai, forte e ponderado; minha mãe, afetuosa e generosa; minha irmã, o tempo todo me lembrando do real significado das coisas; e meu cunhado, que sempre sabe se a carne está no ponto, porque não há angústia acadêmica que não se resolva num churrasco. À Isabel, que mineiramente chegou na minha vida e mudou completamente o significado de tudo, apresentando um mundo de sensações que eu julgava não existirem fora da ficção e da arte. Amo vocês todos.

Aos professores que tive na vida, que me apresentaram ao mundo do conhecimento. Citando a primeira, a Professora Marisa Cândido Paulino, responsável pela minha alfabetização. Desde 1989, a cada palavra que escrevo ou leio, devo a ela um sincero agradecimento, pelo afeto e sensibilidade que marcaram minha vida. E, é claro, à minha diletta orientadora, Profa. Associada Doutora Monica Herman Salem Caggiano, intelectual extraordinária, cujo legado acadêmico perdurará por décadas no estudo dos mais espinhosos do direito constitucional brasileiro. Acompanhando-a desde que fui seu aluno de graduação, em 2005, não encontrei ainda questão para a qual não tivesse uma resposta tão simples quanto brilhante. É e sempre será a referência acadêmica mais significativa da minha vida. Privilegiados somos os seus discípulos.

Por fim, aos amigos que a Faculdade de Direito me proporcionou, mostrando que é realmente no Largo São Francisco, na Velha Academia, que moram a amizade e a alegria. Ana Paula Fuliaro, pessoa incrível que faz você se sentir bem e confortável em qualquer situação; Ana Luiza Cipriano, parceira de infinitas monitorias; Vivian Grégori, cujo afeto não tem limites; Daniel Falcão, cujo brilhantismo só encontra parâmetro na sua generosidade. À Ana Carolina Albuquerque, minha anfitriã em Brasília, mais uma fantástica professora que o Largo São Francisco produziu. Emanuel Pessoa, com seu eterno bom humor, que não eclipsa seu refinamento intelectual. Ao Zé Antônio Aparecido, pelas memoráveis discussões que misturam futebol e direito urbanístico com total naturalidade, sob o amálgama da cerveja. Ao Fernando Couto, dono de um papo bom como um pão de queijo. Ao Alexandre Jorge, à Ana Rita Nery, à Isabela Meloncini, grandes pessoas, amigos fraternos. E a todos os Inquilinos, em particular ao Luiz Dellore, brilhante professor, amigo gregário, alguém que sabe como poucos reunir pessoas sob a luz da amizade.

Definitivamente, sou um privilegiado.

Este trabalho é dedicado a Sérgio,
Dilma, Hélio, Márcia, Marcella,
André e mais alguém que qualquer
hora aparece por aqui. E, em especial,
à minha amada Bel.

*“O rio de Piracicaba
vai jogar água pra fora
quando chegar a água
dos olhos de alguém que chora.”*

Rio de Lágrimas

Lourival dos Santos (letra)

Tião Carreiro e Piraci (música)

1970

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade investigar a incidência do dever de cooperação derivado do princípio da lealdade federativa, conhecido no direito alemão como *bundestreue*, à gestão dos recursos hídricos. Para isso, examina as principais características do federalismo, os diferentes modelos através dos quais se apresentou ao longo do tempo no Brasil e no direito comparado (federalismo clássico- dual-, de integração e cooperativo). A partir disso, busca compreender o surgimento, os fundamentos e o âmbito de aplicação do princípio da lealdade federativa no direito alemão e brasileiro, concluindo pela incorporação de referida norma pelo Constituinte originário de 1988. Em seguida, passa a examinar o regramento jurídico do uso da água, analisando os principais sistemas existentes no direito comparado. Chega então ao estudo da maneira como o tema foi tratado nas Constituições brasileiras desde o Império até os dias atuais, com especial destaque para a Constituição Federal de 1988, para então perquirir o regime infraconstitucional do direito de águas no Brasil. Por fim, conclui tratar-se a gestão de recursos hídricos de uma competência comum a todos os entes federados, devendo ser exercida sob os parâmetros de cooperação desenvolvidos sob a guarda do princípio do *bundestreue*.

Palavras chave: Federalismo, gerenciamento de recursos hídricos, lealdade federativa

DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Fundamentos da cooperação federativa em matéria de recursos hídricos. 2016. 152 p. Doutorado em Direito- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

SUMMARY

The purpose of this dissertation is to analyze the water resources management in light of the cooperation duty derived from the principle of federative loyalty (known in German law as *bundestreue* principle). First, it will examine the main characteristics of federalism and the different models that it has appeared over time in Brazil and abroad (classical/dual, integration and cooperative federalism). After that, it will present the reasons concerning the creation and the main scopes of the federative loyalty principle both in German and Brazilian law, including the adoption of this principle by the Brazilian Constitution enacted in 1988. Then, it goes on to examine legislation concerning the use of water resources around the world, investigating the main systems developed in this area, including prior appropriation and riparianism. Subsequently, it will present a study on how this field was treated historically in Brazilian Constitutions from the Empire times to the present day, with special emphasis on the Federal Constitution of 1988. It will also assess the legal regime of water statues in Brazil. Finally, it concludes that water resources management is a common responsibility of all federal entities and should be carried out under the parameters of cooperation developed under the *bundestreue* principle.

Keywords: federalism, water resources management, federal loyalty.

DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Legal basis for federative cooperation in the field of water resources. 2016. 152 p. Doctorate in Law- Faculty of Law, University of São Paulo, 2016.

RÉSUMÉ

Cette étude vise à étudier l'incidence du devoir de coopération secondaire du principe de loyauté fédérale, connue dans le droit allemand en tant *bundestreue*, la gestion des ressources en eau. Pour cela, il examine les principales caractéristiques du fédéralisme, les différents modèles qui sont apparus au fil du temps au Brésil et en droit comparé (fédéralisme duale, d'intégration et de coopération). De là, cherche à comprendre l'apparence, les motifs et la portée du principe de loyauté fédérale en droit allemand et brésilien, complétant avec l'incorporation de cette norme par la Constitution Brésilien de 1988. Il passe ensuite à examiner les principaux systèmes du droit de l'eau existants en droit comparé. Il étudie la façon dont le droit de l'eau a été traité dans les constitutions brésiliennes, de l'Empire à nos jours, avec un accent particulier sur la Constitution Fédérale de 1988 et cherche le régime infra-constitutionnelle du droit de l'eau au Brésil. Enfin, il conclut qu'il la gestion des l'eau est une responsabilité commune à tous les organismes fédéraux, doit être exercé dans les paramètres de coopération développés sous le principe de la *bundestreue*.

Mots-clés: fédéralisme, gestion des ressources en eau, loyauté fédérale.

DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Fondements juridiques de la coopération fédératif dans le domaine des ressources en eau. 2016. 152 p. Doctorate en Droit-Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2016.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1: Vazões de retirada totais (captada e consumida) no Brasil (m³/s)

FIGURA 2: Outorgas de recursos hídricos para uso industrial

FIGURA 3: Matriz energética brasileira (Dez. 2014)

FIGURA 4: Vazões médias e disponibilidade hídrica anual por habitante nas macrobacias brasileiras

FIGURA 5: Estados Unidos: modelos de regulação do uso de recursos hídricos

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
1.1. Pressupostos metodológicos.....	1
1.2. Os recursos hídricos e o Brasil atual: considerações introdutórias.....	2
2. Formas de Estado: Federalismo e outras Tipologias Estatais.....	14
2.1. Tipologias Estatais: O Estado Unitário e a antítese do federalismo.....	14
2.2. Tipologias Estatais: o Estado Autonômico Espanhol.....	15
2.3. Tipologias Estatais: O Estado Regional Italiano.....	18
2.4. O Estado Federal: fundamentos e principais elementos.....	22
2.4.1. Os elementos da autonomia dos entes federados e o regime federalista.....	27
2.5. Modelos de federalismo	41
2.6. A cooperação no federalismo cooperativo.....	51
2.7. O Princípio da Lealdade Federativa (<i>Bundestreue</i>): origens, fundamentos e implicações.....	53
3. O tratamento jurídico da água no Brasil e no estrangeiro.....	66
3.1. Modelos de regulação: a doutrina da apropriação primária..	71
3.2. Modelos de regulação: a doutrina do “riparianismo”.....	83
3.3. O direito de águas e o constitucionalismo brasileiro.....	90
3.4. O regramento infraconstitucional do direito de águas.....	100
3.5. O exercício da função administrativa e o controle do uso dos recursos hídricos no direito brasileiro	112
4. Cooperação federativa e gestão de recursos hídricos.....	125
5. Considerações Finais.....	137
6. Bibliografia.....	145

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA COOPERAÇÃO FEDERATIVA EM MATÉRIA DE RECURSOS HÍDRICOS

1. INTRODUÇÃO

1.1 Pressupostos metodológicos

Ao se executar um projeto de pesquisa, faz-se necessária uma reflexão fundamental: quais serão as bases metodológicas que darão sustentação ao trabalho? As alternativas são sempre muitas, ainda que se trate, como é o caso aqui, de um trabalho afeito a uma ciência social aplicada, como é o Direito. Em outras palavras, temos que, se o tema escolhido e o objetivo estabelecido representam o destino a que se quer chegar, e a pesquisa é o caminho a ser percorrido, a metodologia empregada é o meio de transporte empregado para tanto.

Uma vez mais, a escolha da metodologia é quase uma decorrência do tema eleito para o trabalho: a análise documental. Isso porque as fontes disponíveis para este tipo de estudo são exclusivamente documentais. Portanto, esta pesquisa englobará a análise de duas classes de fontes: as primárias, ou seja, aqueles dados originais, isentos de qualquer análise anterior, e as secundárias, que são aquelas que já foram objeto de algum tipo de pesquisa, incorporadas, portanto, ao domínio científico. Importante anotar que por fonte primária aqui se entende o texto bruto tanto de normas, quer sejam extraídas da Constituição ou da Legislação Infra-Constitucional, e de julgados, principalmente dos Tribunais Superiores, em particular do Supremo Tribunal Federal.

Fundamental assinalar também que, dada a atual condição de interdependência entre os diversos países do mundo, não pode qualquer estudo sério se furtar de empreender um estudo de direito comparado. O estudo do tratamento dado ao tema no direito estrangeiro é de fundamental importância, pois oferece elementos muito úteis ao cientista, já que vivemos hoje um movimento de franca expansão do direito comparado, até pelas exigências de harmonização do direito entre os diferentes ordenamentos, que obriga o analista a não descuidar da busca e análise do tratamento dado ao seu objeto de estudo pelo direito em outros países. Nesse sentido, aliás, caminha a lição da Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares¹.

¹ TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito Brasileiro. *Prisma*

1.2. Os recursos hídricos e o Brasil atual: considerações introdutórias

A República Federativa do Brasil, como o próprio nome mostra, organiza-se sob a forma federativa de Estado. É formada, nos termos do art. 1º da Constituição Federal, pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Assim, no Brasil o poder político é exercido através da divisão de uma série de encargos, rendas e atribuições entre pessoas políticas distribuídas entre três níveis de governo, em nível local (Municípios), regional (Estados e Distrito Federal) e nacional (União).

Dentre essas atribuições e encargos, destacam-se aquelas relacionadas à gestão do recurso natural mais precioso: a água. A água é condição para a própria vida, e fator de produção obrigatório em qualquer cadeia produtiva. Isso passa a exigir do Estado um cuidado extraordinário na gestão desse bem finito e fundamental para a vida digna e saudável, para o crescimento econômico e para um meio ambiente equilibrado.

Nesse contexto assume particular relevo a discussão sobre a forma como se dividem as competências em matéria de recursos hídricos² sob o marco da Constituição Federal. E mais do que isso, a forma como os três níveis de governo cooperam (ou pelo menos deveriam cooperar) para promover uma gestão racional da água, que permita a todos o acesso a ela ao mesmo tempo em que seja garantida a sua preservação para as futuras gerações.

Os dilemas federativos atuais no Brasil se exacerbam quando o assunto é a gestão dos recursos hídricos. A crise porque recentemente passaram diversas unidades da federação no que toca a oferta de água para abastecimento público, irrigação, uso industrial, produção de energia, particularmente grave na região Sudeste, ensejou conflitos diversos entre os diversos atores do Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos, quer seja entre bacias hidrográficas cujas águas são transpostas para atendimento da demanda de outras bacias, como ocorre no Estado de São Paulo através do Sistema Cantareira, quer seja entre áreas a montante e a jusante de determinados corpos d'água,

² A literatura técnica aponta que a expressão “recurso hídrico” significa água vista sob a perspectiva do reconhecimento de seu valor econômico, em oposição à sua condição natural. Nesse estudo, pode-se tomar água e recursos hídricos como expressões sinônimas.

muitas vezes envolvendo acirradas discussões entre Estados distintos, como aconteceu na Ação Cível Originária (ACO) 2536, que entre 2014 e 2016 tramitou junto ao Excelso Pretório, na qual litigaram o Ministério Público Federal contra os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, mais a União Federal, o IBAMA e a Agência Nacional de Águas (ANA), tendo por objeto a transposição de águas da bacia hidrográfica do Paraíba do Sul para as bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí.

Um dado relevante a ser levantado é que este conflito não foi, em momento algum, levado aos órgãos do Sistema Nacional de Gestão dos Recursos Hídricos, em particular o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, tendo sido imediatamente judicializado, o que levanta questionamentos importantes acerca da eficácia dos meios extrajudiciais de composição de conflitos entre os entes federativos em matéria hídrica. Na nossa visão, isso é sintoma de um desenvolvimento incompleto dos mecanismos de cooperação federativa, mesmo porque entendemos que esse conflito não tem, pelo menos primordialmente, conteúdo jurídico, o que afastaria a competência originária do STF (art. 102, I, “f” da Constituição Federal), e mesmo do Poder Judiciário como um todo (se o conflito não tem caráter jurídico, não há lesão potencial ou efetiva a direito, inaplicável o inc. XXXV do art. 5º da Carta Política)³.

Estivessem os referidos mecanismos operando à altura de sua potencialidade, essas “guerras” por vazões outorgáveis certamente não seriam trazidas à atenção do Poder Judiciário, já açodado por verdadeiras avalanches de demandas. Tanto é assim que o conflito foi resolvido através de técnicas de mediação utilizadas pelo Exmo. Senhor Ministro Luiz Fux, que funcionou como Relator da Ação Cível, que poderiam perfeitamente ter sido aplicadas com o mesmo sucesso fora dos muros do Judiciário.

O cotidiano da gestão dos recursos hídricos no Brasil mostra, portanto, a extrema necessidade de cooperação entre União, Estados e Municípios. No entanto, é forçoso reconhecer que os mecanismos utilizados para isso são frágeis, instáveis e mesmo eletivos, no sentido de que acabam ficando reféns de conveniências político-administrativas que

³ O pano de fundo que sustenta tal afirmação é que, na realidade, esse conflito versa sobre a alocação de uma determinada vazão, estimada em 5m³/s, para o mesmo uso (abastecimento público), mas em diferentes bacias hidrográficas. O conteúdo jurídico do conflito se esgota na exata medida em que os usos em questão são iguais, afastando as regras de priorização da Lei 9.433/97, bem como no fato de que a captação ocorreria em curso d'água de domínio do Estado de São Paulo (rio Jaguari), ainda que tal recurso hídrico deságue, e portanto seja tributário de rio de domínio federal (Paraíba do Sul). Assim, seria juridicamente correto supor que, sendo o rio de domínio estadual paulista, não caberia ao Rio de Janeiro qualquer direito sobre ele, e portanto, sobre suas vazões.

muitas vezes paralisam medidas de suma importância na preservação das águas (a praga das ocupações irregulares de áreas de proteção de mananciais talvez seja o maior exemplo disso, com as suas repercussões locais, regionais e até nacionais em alguns casos).

Diante de um quadro como esse é fundamental que a Academia se debruce sobre o tema. Se a gestão de recursos hídricos é tema comum em Escolas de Geologia, Engenharia e Geografia, lamentavelmente não se pode dizer o mesmo do Direito. São poucos, para não dizer nenhum, os estudos que analisam a gestão da água sob o viés federativo. É o momento de se aprofundar o estudo do direito de águas e, principalmente, de estudar as possibilidades de cooperação federativa em matéria de recursos hídricos. É esse um passo obrigatório para a ciência do Direito, sem o qual ela não estará cumprindo a contento a sua função social, e também para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em nome da preservação de sua tradição bandeirante de contribuir ativamente para a inovação e para o avanço da ciência jurídica brasileira.

Esse quadro de relativo alheamento da Ciência Jurídica ao estudo sobre o tema se torna ainda mais grave quando se percebe a importância da água (e, por consequência, dos recursos hídricos) como condicionante inafastável da dignidade humana. Já tivemos, em ocasião anterior, oportunidade para discutir o caráter transcendental da dignidade humana e sua qualidade de elemento caracterizador de uma prerrogativa de tal importância que possa ser chamada de Direito Fundamental⁴. Com relação ao direito à água, Luiz Alberto David Araújo traz interessante discussão:

“A água faz parte do conteúdo mínimo de dignidade de alguém. Não se pode imaginar o ser humano vivendo sem água. E, sendo assim, o direito à água faz parte de um conteúdo mínimo do direito à dignidade humana, princípio importantíssimo do nosso sistema, escolhido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo primeiro, inciso III). Não se pode falar em dignidade da pessoa humana se não está assegurada a utilização da água, quer para beber, quer para sua higiene pessoal. Água, portanto, com utilização regular, é necessária para que se chegue,

⁴ DELIBERADOR, Giuliano Savioli. **Confiança legítima**: anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. 2013. 80 f. Dissertação (Mestrado em Ciências: área Direito do Estado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 46.

minimamente, a um conceito de dignidade humana. Não se pode imaginar o conceito de dignidade humana respeitado sem a utilização do ser humano de um pouco de água.”⁵

Essa visão, que enxerga o acesso à água como elemento componente da noção de direito fundamental, em nível internacional, não é nova, já fazendo parte da agenda da Organização das Nações Unidas (ONU) desde a década de 1960. Usando a pesquisa de Aith e Rothbarth⁶, podemos dizer que o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que somente viria a ser incorporado pelo Brasil em 1992, já encampava essa visão. Com o passar do tempo, foi sendo aprofundada, tendo ocupado espaços cada vez mais nobres na arena da referida organização internacional, tendo sido a década de 1981 a 1990 declarada como a “Década da Água Potável”. Logo em seguida, foi realizada, em Dublin, a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, preparatória para a Rio 92, da qual foram retiradas as bases para o chamado Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos, base das melhores práticas contemporâneas de gestão dos recursos hídricos, que já antes analisamos com maior vagar em obra coletiva sobre o tema, à qual nos reportamos para eventuais aprofundamentos⁷. No mesmo ano, durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92), surgiu a Agenda 21, conjunto de normas atinentes à construção de modelos sustentáveis de desenvolvimento econômico, cujo Capítulo 18 bebe das fontes da Conferência de Dublin para elencar normas protetivas.

Retomando o papel do direito de acesso à água como direito fundamental, destaque-se que a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou a água e o saneamento como direitos humanos, condições essenciais para o pleno gozo dos demais direitos tidos como fundamentais (Resolução A/RES/64/292), o que completa, sem sombra de dúvida, o trajeto do direito à água rumo ao nobre rol dos direitos fundamentais.

Diante desse quadro normativo extraído do panorama dos organismos internacionais, a doutrina, mesmo que ainda pouco desenvolvida, vislumbra, sem maiores dificuldades, a

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A função social da água. In: _____ (coord). **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: ITE, 2002, p.32.

⁶ AITH, Fernando Mussa Abujamra e ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS. **Estudos Avançados**, Vol. 29, n. 84, maio/agosto de 2015, p. 164.

⁷ DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Aprender para não repetir: o gerenciamento integrado de recursos hídricos visto como uma saída da crise. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; NERY, Ana Rita de Figueiredo e OLIVEIRA, André Tito da Motta (orgs). **A crise hídrica e o direito**. Racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, págs. 181-196.

relação entre água e dignidade humana. Ademais, a água guarda um importante aspecto simbólico-cultural, que remonta às mais antigas civilizações, como as mesopotâmicas (localizadas entre os rios Tigre e Eufrates, no Oriente Próximo) e a civilização egípcia, contexto em que é comumente referida como “a dádiva do Nilo”. Sobre o tema, bem posta a doutrina de Amorim⁸.

De todo modo, não fosse isso suficiente, a água ainda tem repercussões tamanhas na questão da sustentabilidade de qualquer modelo de desenvolvimento que a ciência do Direito não pode deixar de se debruçar sobre ela. A água é elemento fundamental tanto na conservação de ecossistemas naturais, como nas mais diversas cadeias produtivas, quer seja na agricultura, indústria ou serviços. Daí porque Salati, Lemos e Salati anotam que *“Qualquer modificação na oferta natural de água (...) poderá trazer profundas oscilações tanto no equilíbrio dinâmico dos ecossistemas naturais como na produtividade agrícola, com sérias consequências econômicas e sociais”*⁹.

A literatura técnica parece apontar para um consenso no sentido de que um dos maiores desafios para a sustentabilidade da vida humana no planeta Terra é a escassez de água de boa qualidade para suprir as diversas demandas postas pela antropização. Para os autores citados acima, *“Sem dúvida nenhuma, entre os fatores que limitam o desenvolvimento sustentável, está a substância fundamental para os processos vitais: a água”*¹⁰.

Outro elemento fundamental a relacionar a água com o princípio da dignidade humana é a sua íntima e óbvia relação com a saúde. Para além dos sabidos fatos de que todos necessitamos consumir certa quantidade de água todos os dias para sobreviver (fala-se entre 2 e 3 l/dia) e que nosso corpo é formado por aproximadamente 70% de água, temos que a relação entre ela e a saúde ultrapassa enormemente essas primeiras constatações. E, nesse sentido, a água encarna como nenhuma outra substância a dualidade remédio-veneno formulada por Paracelso, feliz recordação de Samuel Murgel Branco,

⁸ AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das Águas**: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 43 e ss.

⁹ SALATI, Eneas; LEMOS, Haroldo Mattos de e SALATI, Eneida. Água e o desenvolvimento sustentável. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

¹⁰ SALATI, Eneas; LEMOS, Haroldo Mattos de e SALATI, Eneida. *Op cit*, p. 45.

Sandra Azevedo e José Galizia Tundisi¹¹. Até por sua condição de solvente universal, a água é ferramenta essencial de limpeza e assepsia ambiental, ao mesmo tempo em que funciona como o vetor ideal para a disseminação de toda forma de impureza ou agente patogênico. Reconstituindo capítulo fundamental da própria história da ciência, os citados autores afirmam que, embora desde as civilizações mesopotâmicas já se vissem suspeitas nesse sentido, foi apenas a partir de 1876 que os cientistas passaram a enxergar na água o veículo de microrganismos causadores de doenças muitas vezes de alta letalidade. Entretanto, foi apenas a partir do Séc. XX que foram documentados e provados os impactos favoráveis do tratamento das águas distribuídas pelos sistemas públicos de abastecimento. Tanto é assim que, atualmente, há um sólido arcabouço normativo, que remonta à Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977, regulação essa hoje consubstanciada na Portaria MS 2.914, de 12 de dezembro de 2011, que dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Com relação às patologias associadas de alguma forma à água, Branco, Azevedo e Tundisi as classificam em quatro classes:

- a) Doenças com origem na água: cólera, febre tifoide e disenteria;
- b) Doenças produzidas por água contaminada a partir de organismos que não se desenvolvem na água: tracoma e leishmaniose;
- c) Doenças relacionadas a organismos cujos vetores se desenvolvem na água: malária, fileriose, febre amarela e dengue (aqui ousamos, à luz das recentes epidemias, adicionar as febres zyka e chikungunya);
- d) Doenças dispersadas pela água.

Além disso, os autores anotam relatos de correlação entre aumentos de precipitações (chuvas) e epidemias de cólera em países como Congo, Quênia, Bolívia, Honduras e Nicarágua. Da mesma forma, o fenômeno meteorológico El Niño foi relacionado a epidemias de malária na Bolívia, Colômbia, Peru, Equador, Venezuela, Paquistão e Sri Lanka, o que evidencia cabalmente a relação entre o ciclo da água e a saúde humana¹². No Brasil, em todos os verões, cujas altas temperaturas trazem os maiores índices pluviométricos nas porções territoriais mais populosas do país, assistimos estupefatos a surtos e epidemias de dengue, e agora também

¹¹ BRANCO, Samuel Murgel; AZEVEDO, Sandra M. F. O.; TUNDISI, José Galizia. Água e saúde humana. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 248.

¹² BRANCO, Samuel Murgel; AZEVEDO, Sandra M. F. O.; TUNDISI, José Galizia. *Op cit*, p. 252.

chikungunya e zyka, inclusive levando a Organização Mundial de Saúde a decretar emergência sanitária mundial no início de 2016, seguindo a declaração de mesma natureza feita, em âmbito nacional, pelo Ministério da Saúde em novembro de 2015.

E, por fim, para além da questão da veiculação de doenças, fenômenos naturais associados à água impactam a vida humana de forma absolutamente dramática. Sax, Thompson Jr, Leshy e Abrams relatam que inundações matam 10 vezes mais pessoas nos Estados Unidos que qualquer outra espécie de desastre natural, trazendo também prejuízos materiais da ordem de bilhões de dólares todos os anos¹³.

Outro uso absolutamente fundamental da água (e aqui se destaca a sua “mutação” em recurso hídrico, por incorporar a noção de aproveitamento econômico da água) é a agropecuária. Em primeiro lugar, fundamental anotar que segundo dados do Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA) da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ) da Universidade de São Paulo, o agronegócio respondeu em 2013 por aproximadamente 22,5% do Produto Interno Bruto brasileiro¹⁴. O Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos da Agência Nacional de Águas para 2013, sustentado em dados da FAO (ONU), apresenta o Brasil como o quarto país do mundo em potencial para irrigação, estimando, para 2012, a área brasileira irrigada em 5,8 milhões de hectares, anotando que, em relação à área plantada total, o peso das áreas irrigadas quadruplicou desde 1970¹⁵. Entre os usos múltiplos possíveis dos recursos hídricos, o setor agropecuário tem se mantido como o maior consumidor de recursos hídricos no Brasil, como se vê no gráfico abaixo, extraída do citado relatório conjuntural da ANA, que calcula em 84% a participação do setor no consumo de recursos hídricos em 2013/14¹⁶:

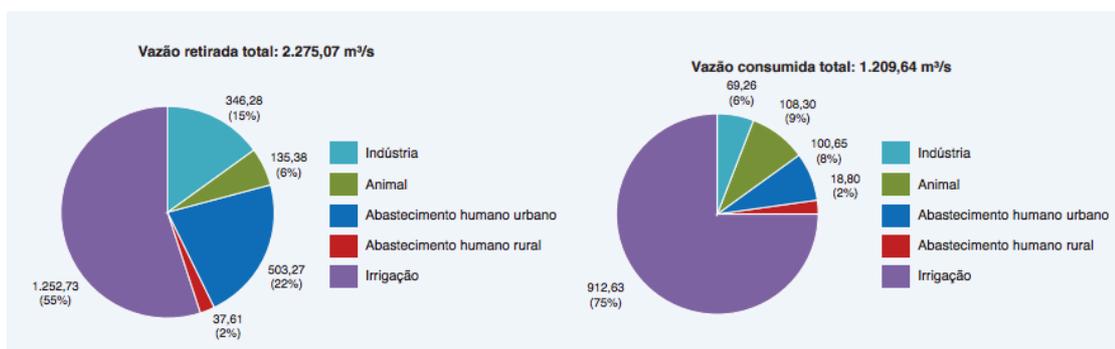


Figura 1: Vazões de retirada totais (captada e consumida) no Brasil (m³/s)

¹³ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, JOHN D. e ABRAMS, Robert H. **Legal Control of Water Resources: Cases and Materials**. Saint Paul, MN: Thomson West, 2006, p. 10.

¹⁴ CEPEA-USP. **PIB do agronegócio**. Disponível em <<http://cepea.esalq.usp.br/pib/>>. Acesso em 4 de junho de 2015.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Conjuntura dos recursos hídricos: informe 2015 / Agência Nacional de Águas**. - Brasília: ANA, 2015, p. 36.

¹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Op cit*, p. 89.

São muitas as razões para se irrigar uma cultura, todas redundando no aumento da produtividade. Telles e Domingues enumeram, ao lado de razões próprias a determinadas culturas, a possibilidade de produção em áreas de déficit hídrico, na entressafra e com incremento na qualidade do produto¹⁷. Com relação à pecuária, por evidente o recurso hídrico é fundamental para a dessedentação de animais (uso, aliás, no mesmo patamar de prioridade do abastecimento público à luz da Lei 9.433/97), demanda essa que se exacerba no contexto da produção intensiva. Nesse diapasão, não apenas a dessedentação consome o recurso hídrico, mas também chuveiros e outros mecanismos de limpeza e controle sanitário, além de instrumentos de controle de temperatura, com demandas totais apresentadas por Telles e Domingues entre 50 L/dia para bovinos e outros animais de grande porte, como bubalinos e equinos, a 10 L/dia para ovinos e caprinos. Tudo isso leva a totalizar, para 2010, conforme a tabela acima, 6% da retirada e 11% do consumo total de recursos hídricos no Brasil. A garantia de vazões perenes, na qualidade e quantidade necessárias, para atendimento das demandas do agronegócio é, assim, medida de dramática importância para o crescimento econômico brasileiro.

Mas não é apenas no setor primário da economia que a água assume enorme valor econômico e se transmuta em recurso hídrico. Se esse recurso é fundamental no setor agropecuário, não é menos importante no setor industrial. Conforme a figura já apresentada, o uso industrial se apresenta como o terceiro mais intenso no Brasil, perdendo apenas para o setor primário (agropecuária) e para o uso urbano.

Na indústria, o uso do recurso hídrico se mostra altamente plural. Seja como reagente, matéria prima, solvente de todo tipo de substância, para lavagem de gases e sólidos ou como agente de controle de temperatura, a água se mostra presente nos processos produtivos de qualquer cadeia industrial¹⁸. O relatório conjuntural da ANA, ao mostrar o predomínio das outorgas concedidas para uso industrial nas regiões hidrográficas do Paraná, do Atlântico Sudeste e do São Francisco, em particular na sua porção meridional (cabeceiras), acaba traçando um retrato da industrialização brasileira, atribuindo esse predomínio ao fato de que nas mesmas regiões se concentram a disponibilidade de mão de obra qualificada, de infraestrutura de transporte a viabilizar o

¹⁷ TELLES, Dirceu d'Alkmin e DOMINGUES, Antônio Félix. Água na agricultura e na pecuária. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 326.

¹⁸ SILVA, Gil Anderi e KULAY, Luiz Alexandre. Água na indústria. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 367.

escoamento da produção e o mercado consumidor dessa produção. A figura abaixo, extraída da peça conjuntural da agência reguladora¹⁹, ilustra essa concentração:

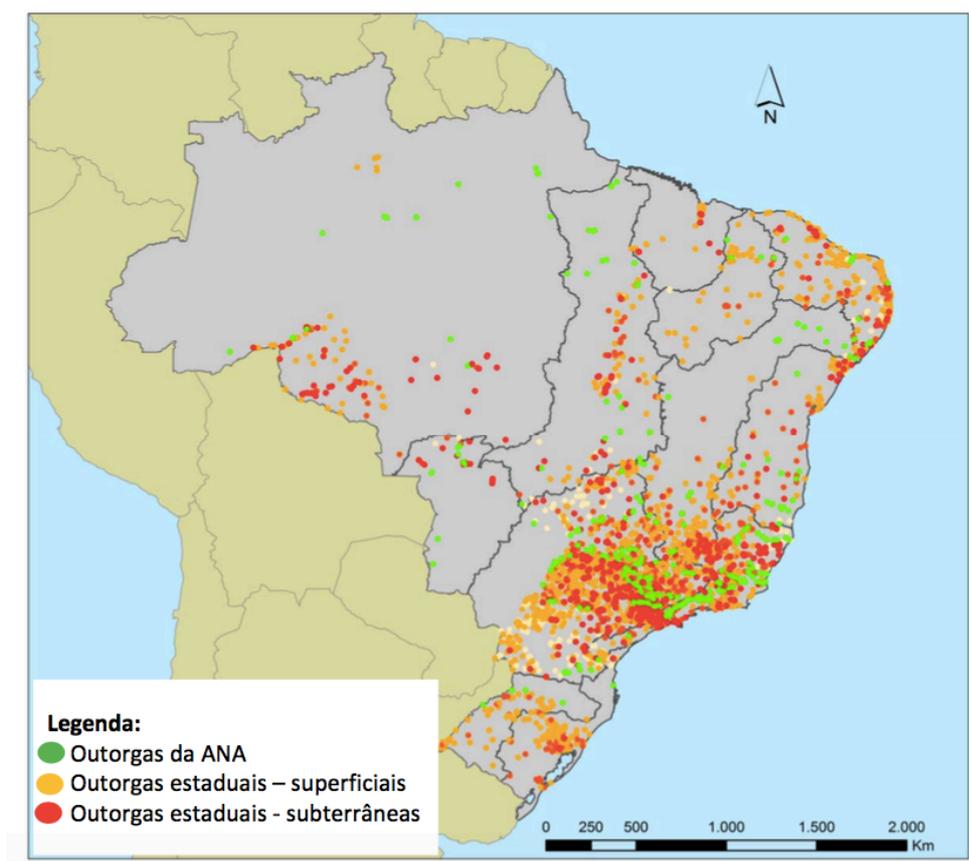


Figura 2: Outorgas de recursos hídricos para uso industrial

O ponto mais interessante em relação ao uso industrial é que este se mostra extremamente sensível a variações na qualidade da água. Muitas cadeias produtivas chegam a exigir padrões qualitativos superiores àqueles exigidos pelo abastecimento público e o consumo humano, impondo a necessidade de diversos tratamentos antes de sua utilização na produção²⁰.

Uma vez finda a sua utilização no ambiente industrial, a questão passa a ser o subproduto desse processo. Nos termos colocados por Silva e Kulay,

“O segmento industrial gera, em todo o mundo, milhões de toneladas de rejeitos na forma de efluentes líquidos a cada ano. A procedência desses despejos é decorrente de perdas inerentes ao processamento de insumos, da geração de rejeitos indesejáveis, de ações de manutenção, da fabricação de produtos fora da especificação e eventualmente até de incidentes industriais.

¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Op cit*, p. 118.

²⁰ SILVA, Gil Anderi e KULAY, Luiz Alexandre. *Op cit*, p. 373.

A disposição desses contaminantes provoca alterações diversas nos corpos receptores desses despejos, todas elas resultando em impactos ambientais significativos. Além disso, a presença de impurezas em fontes potenciais de fornecimento de água impõe custos adicionais de tratamento para que esse bem possa ser reaproveitado em quaisquer atividades”. (grifo nosso)

Assim, o uso industrial é sem dúvida um dos que exige maior atenção do sistema jurídico, na medida em que é fundamental que se garanta a sustentabilidade do uso, o que naturalmente impõe a necessidade do estabelecimento de padrões rigorosos a garantir a prevenção da poluição dos cursos d'água por rejeitos industriais, mormente porque, nos dizeres de Dione Mari Morita,

“Em se tratando de águas residuárias contendo poluentes perigosos, o impacto negativo não se limita à área onde está instalada a indústria, fonte desses efluentes, mas pode abranger o sistema de coleta e transporte de esgoto sanitário e a estação de tratamento, patrimônios da sociedade, se a concessionária de saneamento os receber. Os poluentes podem, ainda, exigir um tratamento adicional nas fases líquida e sólida, porém é injusto que este custo recaia sobre toda a sociedade. Da mesma forma, não é correto que a população arque com os custos da reabilitação de áreas contaminadas abandonadas pelas indústrias geradoras de tais contaminantes”.²¹

Outro uso potencial da água é a produção de energia elétrica- a chamada hidroeletricidade. Trata-se de uso da mais alta relevância para o caso brasileiro, apontado consensualmente por autores como Cid Tomanik Pompeu²² como a linha mestra da normatividade brasileira do direito de águas na primeira metade do Séc. XX, é a produção de energia elétrica, a chamada hidroeletricidade. Se Kelman *et al* afirmam que, no mundo, a hidroeletricidade responde por 25% da geração total de energia elétrica²³, a Agência

²¹ MORITA, Dione Mari. **Prevenção e controle da poluição da água e do solo causadas por resíduos industriais perigosos**. 527 f. Tese (Livre Docência em Engenharia Hidráulica e Sanitária)- Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2010, p. 1.

²² POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

²³ KELMAN, Jerson *at al*. Hidroeletricidade. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 508.

Nacional de Energia Elétrica apresentava a hidroeletricidade como responsável pela geração de dois terços da energia elétrica brasileira, conforme se vê na figura abaixo²⁴:

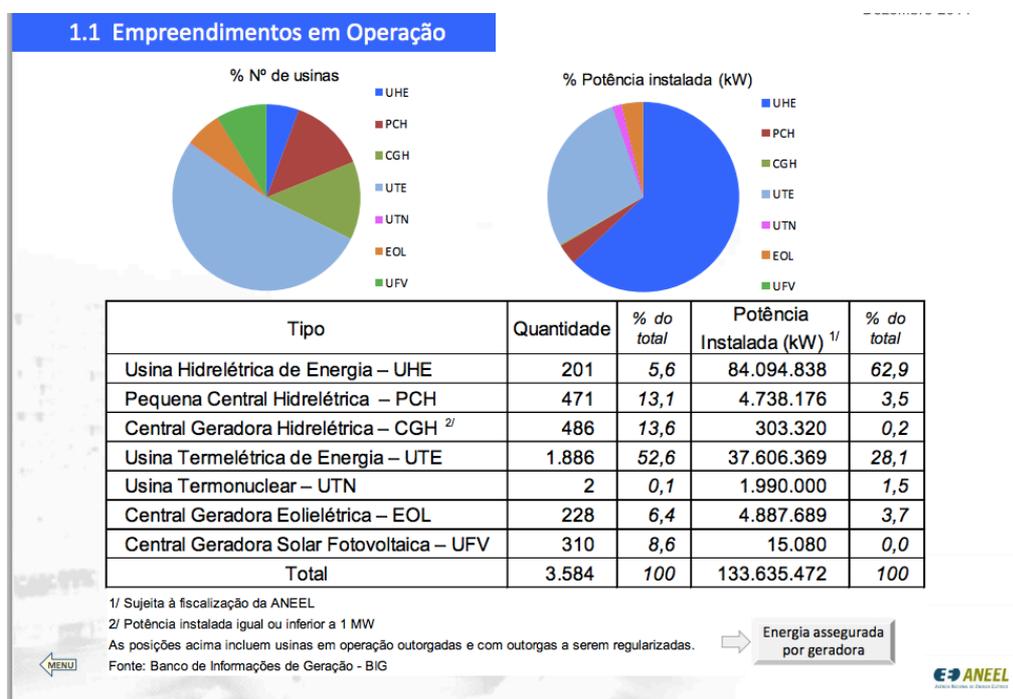


Figura 3: Matriz energética brasileira (Dez. 2014)

Essa modalidade de geração de energia apresenta como grande vantagem o fato de que se trata de energia renovável, não tendo seu estoque global deplecionado pelo uso, como ocorre com as fontes minerais de energia. Ademais, não gera gases com efeito estufa, como ocorre, por exemplo, com termoelétricas abastecidas a carvão ou óleo diesel, estando isenta de contribuição ao aquecimento global²⁵. Pela mesma razão, tem custo de geração mais baixo do que a alternativa termoelétrica, pois não necessita de “combustível”, conforme a lição de Kelman *et al.*

Se a crise de abastecimento de água pela qual passaram, muito recentemente, os estados do sul-sudeste do Brasil fez todos se lembrarem de que é quase impossível viver sem água nas torneiras, a ideia de um desabastecimento de tamanha dimensão no setor elétrico não parece apresentar perspectivas mais animadoras. Não é necessário aqui discutir com maior vagar a essencialidade do serviço de energia elétrica no contexto atual.

²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Informações Gerenciais**: Dezembro 2014. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Z_IG_Dez_2014_v3.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2015.

²⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas da Energia Elétrica no Brasil**. Brasília: ANEEL, 2008, p. 53.

Os diversos problemas e questões colocados ao setor hídrico pelo amplo uso dos potenciais hidroelétricos para gerar a energia de que o país precisa estão entre os mais intensos dilemas enfrentados na gestão de recursos hídricos no Brasil. Para lembrar alguns desses problemas e questões, destacam-se o uso múltiplo e a garantia de disponibilidade hídrica para geração de energia, a cobrança pelo uso da água a segurança das barragens, a viabilidade ambiental de grandes reservatórios e a transposição de bacias para atendimento às demandas do setor elétrico. A prática inclusive mostra que a convivência entre ambos os setores (elétrico e hídrico) não é das mais harmoniosas. Nesse sentido, outra obra de Kelman traz relatos muito interessantes dos conflitos travados cotidianamente nessa arena²⁶.

Enfim, feitas essas considerações, percebemos que o tema aqui tratado nada tem de simples ou pouco importante. Ao contrário, trata-se de um tema transversal, da mais alta complexidade, presente no cotidiano de toda a população brasileira e mundial, demandando atenção da ciência jurídica, especialmente a nacional, a merecer um enfoque interdisciplinar, o que se pretendeu contemplar por meio de ampla consulta a literatura acadêmica não jurídica neste trabalho.

²⁶ KELMAN, Jerson. **Desafios do Regulador**. Rio de Janeiro: Synergia/CEE-FGV, 2009.

2. FORMAS DE ESTADO: FEDERALISMO E OUTRAS TIPOLOGIAS ESTATAIS

A despeito da enorme diversidade que o exercício do Poder Político assumiu ao longo da história, há um traço comum que se destacou ao longo da história: a existência do Estado como órgão de governo soberano e responsável pela organização da sociedade, através do monopólio do uso legítimo da força.

Interessante notar que, se o Estado é onipresente nas sociedades dotadas de algum grau de evolução política, isso não quer dizer, de forma alguma, que sempre apresentou (e apresente) as mesmas configurações. Foram, ao contrário, diversas as formas de Estado que as sociedades foram capazes de desenhar. Não cabe, neste trabalho, buscar um maior aprofundamento das tipologias estatais que a Teoria Geral do Estado identificou, nem mesmo dissertar com maior vagar sobre seus principais elementos, como o povo, o território e a soberania. Entretanto, podemos afirmar, com absoluto respaldo da literatura, que na contemporaneidade há, essencialmente, duas grandes formas de Estado: o Estado Unitário e o Estado Federal, com algumas poucas variações entre um e outro. Em que pese ser o segundo o que mais interessa ao desenvolvimento deste trabalho, temos que, para a sua melhor compreensão, é fundamental uma abordagem, ainda que diagonal, das principais características do Estado Unitário, até para contrapô-las às do Estado Federal, bem como dos Estados Autônomo Espanhol e Regional Italiano.

2.1. O Estado Unitário e a antítese do federalismo

O Estado Unitário tem por característica mais importante a centralização política, administrativa e jurídica. Historicamente muito anterior ao Estado Federal, teve no contexto absolutista a sua era de ouro. Aqui, todo o poder emanado do Soberano (seja ele um monarca ou o povo) é exercido por um único órgão, diretamente ou por delegação daquele. Assim, temos uma ordem jurídica monodimensional, emanada de um único núcleo de exercício do poder. Nos termos da lição de Canotilho, no Estado Unitário há um suporte único para a estatalidade²⁷, o que mostra a diferença visceral entre essa forma de Estado e o seu grande contraponto, qual seja, o Estado Federal.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

Isso não impede, contudo, que o Poder Central promova algum grau de desconcentração face à complexidade da sociedade, à extensão de seu território ou a diversidade de sua população. Através desse processo, parcelas do poder decisório do Órgão Central são transferidas para agentes do Estado que ficam incumbidos de impor a Ordem estabelecida. Porém, como bem anota Dircêo Torrecillas Ramos, nessa espécie de Estado, a descentralização é absolutamente dependente do Poder Central, remanescendo ao seu inteiro critério a ampliação, manutenção ou restrição da descentralização. Os órgãos descentralizados são, a rigor, procuradores do Poder Central²⁸.

Sobre o assunto, ensinam Hamon, Troper e Burdeau: “Esses agentes integram uma hierarquia e estão submetidos ao controle de seus superiores, de modo que os sujeitos não participam em nada da criação das normas”²⁹. Exemplo dessa forma de Estado pode ser encontrada no passado imperial brasileiro³⁰; entretanto, é a França o seu berço e caso paradigmático.

Nos dias de hoje, porém, temos observado que o Estado Unitário tem assumido variações mais profundas, assumindo formas que, a rigor, se situam entre o Unitarismo e o Estado Federal. Entre elas, destacam-se duas vertentes: o Estado Regional Italiano e o Estado Autonômico Espanhol.

2.2. O Estado Autonômico Espanhol

O Estado Autonômico é uma criação genuinamente espanhola. Produto de um momento histórico muito particular, no qual aquele país se via livre de um sanguinário regime autoritário liderado pelo ditador Franco, falecido em 1975 e sucedido, na chefia do Estado Espanhol, pelo Rei Juan Carlos I, foi promulgada, em 1978, uma nova Constituição.

Note-se que o documento é fruto de uma complexa concertação política, que envolveu toda sorte de atores, prestigiando o caldo de diversidade cultural espanhola ao reconhecer o valor das culturas sub-nacionais daquele país, a ponto que a referida

²⁸ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 29.

²⁹ HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2005, p. 76.

³⁰ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Op cit*, p.30.

Constituição consagrou, no art. 3º de seu Título Preliminar, as quatro línguas espanholas como oficiais daquele Estado³¹.

Solozabál Etchevarría³² apresenta uma interessante discussão acerca das razões de adoção dessa forma inovadora de Estado em detrimento do Estado Unitário ou do Estado Federal. Em primeiro lugar, aponta para a inexorável crise vivida pelo modelo até então vigente, ou seja, o Unitarismo extremado de Franco. Isso fez com que, de alguma forma, a descentralização fosse vista como um instrumento da liberdade. Ademais, a Espanha tinha uma tradição confederativa que remonta ao período monárquico de sua história, e que amalgamou, na sociedade dos diferentes Reinos que formavam a grande Espanha imperialista, os genes da identidade. As diferentes iniciativas centralizadoras, inclusive a franquista, não lograram anular essas identidades, principalmente nas comunidades bascas e catalãs.

Porém, se havia todo um clima favorável à descentralização, também existiam forças que operavam contra a adoção do modelo federativo. Em primeiro lugar, em alguns contextos, ao federalismo era associada a ideia de bagunça, de desordem. Tal ideia, que floresceu como produto da primeira experiência republicana espanhola (curta experiência conduzida entre 1873 e 1874, marcada pela instabilidade, que, em apenas 11 meses, contou com 4 presidentes e 3 guerras), acabava por tornar impossível a adesão ao modelo Federal de grupos importantes do espectro político espanhol, tais como setores mais conservadores ou as Forças Armadas.

Além disso, não era homogêneo o sentimento autonomista entre as diferentes comunidades espanholas. Conviviam regiões que, em que pese conservassem algum grau de identidade própria, enxergavam como muitíssimo natural a sua adesão ao Poder Central Espanhol. Isso tornava muito difícil a construção de um Estatuto que conservasse todas as

³¹ É o texto do referido artigo:

Artículo 3

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

Assim, temos que é incorreta a cultura de se referir ao Castelhanos como “Espanhol”. As demais línguas oficiais da Espanha (Galego, Basco e Catalão) são tão espanholas quanto o Castelhanos.

³² SOLOZÁBAL ETCHEVARRÍA, José Juan. Sobre el Estado Autonomico Español. In: **Revista de estudios políticos**, N° 78, 1992, págs. 105-130.

Comunidades em pé de igualdade. Ademais, os serviços públicos prestados pelo Poder Central gozavam de certa reputação, e exista um temor de que a criação de burocracias totalmente novas poderia comprometer a eficiência demonstrada até então. Tudo isso junto acabava por deixar a carta do federalismo fora do jogo político-institucional espanhol.

Assim, esse quadro produziu uma forma de Estado própria, descentralizada, em que convivem uma organização político-jurídica central, com jurisdição sobre todo o território espanhol, convivendo com outras 17 ordens jurídicas de aplicação limitada, com governos e parlamentos próprios (as Comunidades Autônomas espanholas não dispõem de Poder Judiciário), sob o marco estruturante e integrador da Constituição Espanhola. Assim, afasta-se a Espanha do modelo unitário, uma vez que a descentralização assume contornos políticos, já que as Comunidades Autônomas gozam inclusive de autonomia legislativa, e não meramente administrativos, como ocorre no Estado Unitário.

Porém, essa distância do unitarismo não é suficiente para tornar a Espanha um Estado Federal. Uma das razões para tanto é que as Comunidades Autônomas não dispõem de um Poder Constituinte, ainda que derivado (ou, mais precisamente, decorrente), como ocorre com os Estados membros de um Estado Federal. Assim, não existem Constituições Autônomicas, mas sim Estatutos da Autonomia. E, mais importante, esses Estatutos não são aprovados por um Parlamento Regional, mas sim pelo Parlamento Central espanhol. Além disso, temos que o Senado Espanhol não exerce, a rigor, as funções de uma Câmara Alta, típicas de Estados Federais.

Analisando brevemente o quadro de configuração das competências sob o marco constitucional espanhol, constatamos que a Constituição Espanhola elenca, em seu art. 148, matérias que podem ser assumidas como competências privativas das Comunidades Autônomas. São, portanto, matérias que o Poder Central permite que as Regiões assumam, nos termos de seus Estatutos. Entre elas, temos a capacidade de autogoverno, a promoção do bem estar econômico e a garantia de sua identidade cultural. Já o art. 148 elenca as competências do Poder Central, entre elas aquelas típicas matérias relativas ao exercício da soberania (defesa, relações internacionais, aduana, etc), liberdades públicas, política econômica, direito civil, penal e processual, entre outras.

2.3. O Estado Regional Italiano

Como é sabido, o Estado italiano é resultado de uma fusão de diversos entes estatais independentes ocorrida no Séc. XIX. Antes disso, o “território da bota”, como é conhecido o atual território italiano, abrigava uma coleção de reinos, ducados, Estados Papais e outras estatalidades sem que houvesse um sentido de unidade.

Nos primeiros anos do Séc. XIX, Napoleão fatiou a Itália em diversas unidades. Com o ocaso do Generalíssimo Francês, o Congresso de Viena, de 1815, procurou restaurar o *status quo ante*. Assim, boa parte do país ficou nas mãos do Império Austríaco. Outra expressiva parcela foi incorporada aos domínios papais, inclusive Roma. Por fim, os Bourbons e a Casa de Savóia governavam o sul da Itália e a região de Gênova, respectivamente.

Entretanto, apesar da restauração da monarquia, os ventos do absolutismo não mais prosperavam. O *Ancien Régime* não conseguiria se impor aos ventos liberais que sopravam desde a Revolução Francesa. Com o progresso da indústria têxtil, das comunicações e dos transportes, somado ao caldo de agitação que sacudia a Europa, a unidade cultural italiana foi sendo enaltecida até que tropas lideradas pela Casa de Savóia, com apoio das potências europeias como a França e a Prússia, derrotaram os austríacos ao norte e os exércitos papais no centro da Itália, enquanto Garibaldi e seus camisas-vermelhas derrubaram a casa dos Bourbons na Itália Meridional. Em 1861, Vittorio Emmanuelle foi proclamado Rei da Itália, finalizando o processo de unificação em 1870 com a tomada de Roma.

Já nesse momento, como informa Andres Ribas Maura³³, houve pressões pela adoção do federalismo na Itália, prevalecendo, entretanto, a tendência ao unitarismo, muito por força da chamada Lei Rattazzi, de 1859. Essa tendência ao centralismo se reforçou com a adoção do fascismo, que a levou ao extremo, posto que, como regime autoritário que era, se mostrava um regime totalmente hostil a qualquer modalidade de dissenso ou descentralização.

De todo modo, superado o regime fascista, a tendência à descentralização renasceu, sendo prestigiada pelo constituinte italiano, que fez constar no art. 5º da Constituição Italiana o princípio da autonomia local e da descentralização. De todo modo, a

³³ RIBAS MAURA, Andres. Notas sobre el Estado Regional de la Constitucion Italiana de 1947. In: **Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears**, Palma de Mallorca, num. 16, 1987-1988, p. 198.

configuração atual do Estado Italiano se afasta daquela desenhada pelo constituinte do pós-guerra. Isso porque, desde os anos 1970, tem se intensificado a tendência à descentralização (um dos elementos do que tem sido chamado de “espetáculo da federalização”, ou “revolução federalista”, como veremos adiante), culminando na reforma constitucional de 2001, que colocou a Itália na trilha do federalismo. Como nos lembra Sérgio Rezende de Barros, desde essa reforma, a República Italiana é formada por Comunas, Províncias, Cidades metropolitanas, Regiões e pelo Estado, ente central, cujo estatuto básico é a Constituição. Já os demais entes, nos termos ainda do referido art. 114, “*são entes autônomos com estatutos próprios, poderes e funções segundo os princípios fixados pela Constituição*”³⁴. Entretanto, é importante anotar que apenas os dois níveis mais altos dispõem de prerrogativas legislativas.

As Regiões, que teriam características semelhantes às de Estados federados num contexto de adoção plena do federalismo, foram, inicialmente, divididas em dois grupos.

De um lado, estariam as Regiões de Estatuto Especial, enumeradas no art. 116, que ganharam este status diferenciado em função de particularidades históricas, geográficas, linguísticas, étnicas ou culturais. São elas Sicília, Sardenha (ambas territórios insulares), Vale d’Aosta, onde se fala um dialeto originário da língua francesa, e Trentino-Alto Ádige (também chamado de Südtirol), onde existe uma forte minoria de origem germânica. Somente 15 anos depois da Constituição, em 1963, foi agregada, uma vez resolvida a questão de Trieste, a região do Friul-Veneza Giulia, que tem também uma significativa minoria de origem eslava e estava muito próxima dos limites da fortalecida Cortina de Ferro. Sérgio Rezende de Barros lembra ainda que, conforme o art. 116, existem duas províncias dotadas de autonomia especial desde 1972, Trento e Bolzano³⁵, que concentram as competências naturalmente atribuídas ao governo regional, no caso, a Região do Trentino-Alto Ádige, com seus poderes absolutamente desidratados.

De outro lado, estariam as Regiões de Estatuto Ordinário, num total de 15. Embora tivessem sua autonomia prevista desde a redação original da Constituição, somente na década de 1970 foram instalados os seus respectivos Conselhos Regionais (órgãos responsáveis pelo exercício da função legislativa). Ribas Maura atribui essa demora a falta

³⁴ BARROS, Sérgio Rezende de. Variantes do federalismo na Europa: o Estado Regional Italiano. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina Beatriz Stocco (orgs). **As Novas Fontes do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008, p. 57.

³⁵ BARROS, Sérgio Rezende de. *Op cit*, p. 58.

de vontade política de ver esse órgãos efetivamente em funcionamento³⁶. De todo modo, são esses órgãos que estatuem as leis fundamentais da Região, restando ao ente central apenas a faculdade de, no prazo de 30 dias, discutir, perante a Corte Constitucional, a constitucionalidade dos Estatutos. Sobre o tema, novamente vamos a Sérgio Rezende de Barros.³⁷

“Desse modo, pela reforma de 2001, as regiões ordinárias receberam poderes tão abrangentes, que as deixam equiparadas às regiões especiais. Além disso, a Constituição garante a autonomia em verdade, mais administrativa do que política- de entes interiores às Regiões, a saber, a Província e a Comuna, ambas compreendidas pela locução ‘entes locais’”.

Assim, restam divididas, nos termos da Constituição, as competências de cada ente, tal qual ocorre nos Estados genuinamente federais. Do ponto de vista material, vigora a regra de que o serviço público incumbe ao ente mais próximo do cidadão. Assim, competências administrativas são outorgadas, a princípio, para as Comunas, salvo quando houver necessidade de prestação uniformizada, o que poderá deslocar a competência para o ente superior, desde a Província até o Estado central, consoante a abrangência da necessidade de uniformidade, nos estritos termos do art. 118.

Em relação às competências legislativas, as matérias atribuídas ao ente central, tal como ocorre no Brasil, estão taxativamente enumeradas na Constituição. A diferença é que o elenco do art. 117 da Constituição Italiana é substancialmente menos numeroso que aquele do art. 20 da Constituição Brasileira. Entre essas competências estão as relações com a Igreja Católica, a seguridade social, legislação eleitoral e aduana, entre muitos outros.

O mesmo artigo elenca um rol bem maior de matérias sujeitas a competência concorrente. Nessas matérias, ao Estado central cabe editar princípios fundamentais, e às Regiões descer às minúcias, exaurindo a matéria. Entre as matérias sujeitas a essa regra de competência estão transporte, previdência complementar, comércio inter-Regiões, ordenamento das comunicações, energia, finanças públicas e saúde.

³⁶ RIBAS MAURA, Andres. *Op cit*, p. 199.

³⁷ BARROS, Sérgio Rezende de. *Op cit*, p. 58.

Albert Breton e Angela Frascini³⁸ apresentam elementos muito interessantes sobre o exercício conjunto de competências pelos entes estatais italianos. Os autores mostram que hoje impera um arranjo, implementado em 1983, que permite genuína coordenação no exercício do poder político entre o ente central e os diversos entes subnacionais.

Esse arranjo se sustenta, para os citados autores, num Sistema de Conferências composto de três esferas paralelas:

a) *A Conferenza permanente tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano;*

Neste ente, temos reunidos o governo central e os governos regionais. São 22 membros, quais sejam: 19 presidentes de Regiões, excluindo a Região do Trentino-Alto Ádige, que é representada pelos presidentes das Províncias especiais de Trento e Bolzano, mais o Ministro de Assuntos Regionais. É interessante a anotação de Breton e Frascini, no sentido de que qualquer medida do Estado que trate de matéria regional deva ser discutida nessa conferência antes de seguir ao Parlamento.

b) *A Conferenza Stato-Città ed Autonomie Locali;*

Aqui tanto se reúnem o governo central e os governos locais quanto os governos locais entre si;

c) *A Conferenza Unificata*

Conferência que congrega os membros das duas anteriores para a discussão e deliberação em matérias de interesse comum.

O sentido da existência dessas conferências é justamente permitir a coordenação entre entes de diferentes esferas de governo, estimulando o debate e a deliberação comum, gerando compromissos em matérias que requerem uma ação coordenada entre cada uma das entidades que as compõem.

De todo o exposto, como dito anteriormente, é inegável que o Estado Italiano hoje apresenta características típicas de Estados Federais. Porém, isso não significa que a

³⁸ BRETON, Albert e FRASCHINI, Angela. Is Italy a Federal or even a Quasi-Federal State? In: **POLIS Working Papers**, Università del Piemonte Orientale “Amedeu Avogadro”, Alessandria, n. 234, Março de 2016, p. 3.

transição esteja completa. Breton e Frascini³⁹ colecionam farta doutrina a anotar que a Itália, em que pese ainda não ser um Estado federalista, adotou diversos instrumentos típicos desse modelo, a autorizar, na visão dos autores, o uso do termo *Estado quase-federalista*. Já Sérgio Rezende de Barros encerra relevante trabalho usando os seguintes termos:

*“Após a reforma de 2001, na Itália o novo critério de repartição de competências e tarefas entre Estado e Regiões tem sido dito ‘federalismo administrativo’, como informam autores italianos, entre eles Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella (...). Mas, a mim, me parece que- podendo as Regiões constituir seus próprios estatutos sem interferência do Poder central, obedecidos apenas princípios fixados na Constituição da República- as autonomias italianas, com a Reforma de 2001, ingressaram numa fase que chamo proto-federalismo.”*⁴⁰

2.4. O Estado Federal: fundamentos e principais elementos

A primeira providência num estudo como o presente seria, talvez, a busca de um conceito de federalismo. Porém, não é esse um esforço fácil. Em artigo dedicado exclusivamente ao tema, Carlos Vasconcelos Rocha expõe a complexidade de se conceituar um fenômeno multifacetado e diverso como o federalismo. Nas palavras do autor:

“Um consenso fácil pode ser obtido sobre o seu significado mais abstrato, que concebe o federalismo como uma aliança que busca compatibilizar a existência de um centro de poder com a autonomia das partes. No entanto, ao se tentar definir as instituições que caracterizariam um sistema federal os problemas começam a aparecer. Dois conjuntos de problemas podem ser apontados: em primeiro lugar,

³⁹ BRETON, Albert e FRASCHINI, Angela. *Op cit*, p. 2.

⁴⁰ BARROS, Sérgio Rezende de. *Op cit*, p. 61.

*há uma substancial variação no desenho das instituições definidas como características do federalismo; em segundo lugar, as intenções de resultados pretendidas com a adoção de determinados mecanismos institucionais nem sempre se cumprem, pois as instituições interagem com outras características das national polities. O tipo de federalismo existente em um caso específico depende de como suas instituições imbricam com contextos políticos particulares. Assim, os tipos particulares de instituições federativas combinam com outras variáveis políticas, redundando em resultados diversificados”.*⁴¹

Entretanto, mesmo diante de tamanha dificuldade, os autores em geral acabam usando as características da forma federalista de Estado para conceituá-la. Isso quer dizer que, à luz da literatura especializada, federalismo é a forma de Estado que assume as características que serão discutidas a seguir. De todo modo, interessante é a fala de Daniel Elazar de que *“federalismo é como a democracia ou o república, termos clássicos que evocam muitas nuances e provocam muitas discussões entre acadêmicos porque eles são difíceis de definir, mas cujo significado fundamental pode ser tranquilamente estabelecido no contexto apropriado, apesar de suas muitas variações, evitando o uso incorreto”*⁴². Resolvendo a questão, em obra clássica do federalismo no Brasil, Osvaldo Aranha Bandeira de Melo ensina:

“Naturalmente, entre os países classificados como Estado federal existem grandes diferenças de organização, mas pelo fato de possuírem aqueles característicos comuns fica o jurista autorizado a separá-los como formando um regime especial e diverso do de

⁴¹ ROCHA, Carlos Vasconcelos. Federalismo: dilemas de uma definição conceitual. In: **Civitas**, Porto Alegre, v.11, n. 2, p.323-338, maio/ago. 2011.

⁴² ELAZAR, Daniel J. *Op cit*, p. 15. No original:

“federalism is like democracy or republicanism, classic terms that evoke many nuances and provoke many arguments among undergraduates because they are difficult to define but whose core meaning can be fairly well established within appropriate contexts despite many variations, barring simply incorrect usage”

*outros países, que se enquadram dentro do chamado Estado unitário”.*⁴³

A doutrina ensina que os primórdios do federalismo apontam para os tempos bíblicos. Daniel Elazar⁴⁴, em sua clássica lição, afirma que o primeiro uso que se fez do termo se referia a uma parceria entre a divindade e o homem. Foi com o tempo que se abandonou o uso teológico do termo para então dar a ele o significado político que assume hoje.

Embora, desde então, a história registre alguns episódios que podem ser vistos como antecedentes diretos ou indiretos do modelo federal, o federalismo tem sua certidão de nascimento associada ao processo de independência dos Estados Unidos. Quando da consolidação da independência daquele país, em fins do Séc. XVIII, em particular na Convenção da Filadélfia, em 1787, pensava-se que a democracia (aliás, a república, já que os “país” do federalismo faziam questão de diferenciar os dois conceitos. Na realidade, a crítica se dirigia à democracia direta) era incompatível com países de grande extensão territorial. O ponto central ali era mostrar que era possível, mantendo-se à distância da metrópole, conciliar ordem e república, garantindo que o governo, ainda que por um lado forte, tivesse claros limites a condicionar o exercício do Poder.

Federação, aliás, como aponta o Prof. Dalmo Dallari, remete, por sua própria identidade etimológica, à ideia de pacto, aliança⁴⁵. No mesmo sentido, temos a lição de Afonso Arinos de Melo Franco, que afirma que o federalismo tem por princípio a coordenação de interesses⁴⁶, assim como Daniel Elazar⁴⁷. Não é, porém, uma aliança comum, como tantas a história testemunhou. É uma aliança muito mais profunda, muito mais estável e ousada por ser, a princípio, eterna e não se ver restrita a determinadas matérias, como defesa ou aduana. Aqui temos um grupo de Estados que renuncia à soberania, delegando-a a um novo ente que é criado a partir da união deles.

Conservam, porém, uma parcela de autonomia política, ainda que limitada, consagrada por uma Constituição, que funciona como documento fundamental da

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 124.

⁴⁴ ELAZAR, Daniel J. *Op cit*, p. 5.

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 225.

⁴⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. I. São Paulo: Revista Forense, 1968, p. 137.

⁴⁷ ELAZAR, Daniel J. *Op cit*, p. 5.

federação. Aliás, eis um traço característico da federação: é impossível pensar em federalismo sem uma Constituição escrita e estável, que fixe as características essenciais e os fundamentos do relacionamento entre cada ente federado

Assim, a ideia de autonomia é de importância visceral no federalismo, como anota Luiz Alberto David Araújo⁴⁸. Como regra, a federação não admite o direito à secessão. A autonomia, aliás, é tão importante na ideia do federalismo que merece tratamento prioritário neste estudo.

Aloysio Vilarino dos Santos⁴⁹, aliás, traça relato bastante interessante, desde logo se valendo da lição de Araújo e Nunes Júnior, que afirmam que “*talvez seja esse seu característico mais marcante, ou seja, a autonomia assegurada às partes parciais – chamadas de Províncias, Estados, Cantões etc. – e o poder central*”⁵⁰, autonomia essa que se consubstancia na capacidade de legislar, editando um direito que desfruta da mesma força que o direito criado pelo Poder Central, mas restrito no que se refere ao âmbito territorial de sua aplicação.

Importa, porém, anotar que a referida autonomia não se confunde com a soberania, que, como dito, fica legada ao Estado Federal pelo Estado Federado. Nos dizeres de Fernanda Dias Menezes de Almeida:

*“Desfrutam os Estados-Membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União”.*⁵¹

⁴⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Características comuns do Federalismo**. In: BASTOS, Celso (coord). Por uma nova Federação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

⁴⁹ SANTOS, Aloysio Vilarino. **Federalismo do Séc. XXI: Paradigmas e Desafios**. O redesenho do Estado Brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009.

⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 271.

⁵¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1998**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

Diante disso, hoje, é inegável o sucesso da fórmula federalista. A verdade é que vivemos um período de muito prestígio dessa forma de organização do Estado. Falando sobre esse processo, enquanto Caggiano adverte estarmos vivendo o “*espetáculo da federalização*”⁵², dado o elevado número (a autora fala em dezenas) de Estados soberanos que adotaram o modelo federalista desde o fim da Segunda Guerra Mundial, Daniel Elazar chama o mesmo fenômeno de “*federalist revolution*”⁵³. Will Kymlicka, por sua vez, relaciona esse processo de “federalização” à aptidão dessa forma de Estado em acomodar a diversidade étnico-cultural, permitindo que minorias e populações indígenas pudessem exercer o autogoverno, considerando que os méritos dessa capacidade chegam a ser subestimados⁵⁴. Em arguta observação, Virgílio Afonso da Silva diz:

*“(...) a adoção do federalismo é sempre uma resposta àquilo que se chama de ‘situação federalista’. Essa ‘situação federalista’ pode ter as mais diversas origens e decorrer, por exemplo, de heterogeneidades socioeconômicas, políticas, étnicas, linguísticas, culturais, dentre outras”.*⁵⁵

Essa “situação federalista” se explicaria, como dito, por diversos fatores. Esses fatores, porém, são agregados por Kubliskas⁵⁶ em dois grupos: geográficos e culturais. O primeiro se destaca na frequente adesão de Estados de grande extensão territorial ao federalismo (Estados Unidos, Brasil, Rússia, entre outros), já que esse regime permite a descentralização das decisões governamentais, e favorece o exercício do poder local, mais próximo dos seus destinatários.

Já quanto aos fatores culturais, o ponto aqui é a existência de diferentes grupos étnicos sob a bandeira de um mesmo Estado. Ao permitir a existência de múltiplos polos de poder, o federalismo comporta um maior respeito às particularidades culturais de cada

⁵² CAGGIANO, Monica Herman Salem. O Princípio Federativo e a Segurança Jurídica. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina (orgs). **As Novas Fronteiras do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 141.

⁵³ ELAZAR, Daniel. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa and London: The University of Alabama Press, 1991, p. 6.

⁵⁴ KYMLICKA, Will. Federalism and Secession: At Home and Abroad. In: **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, Ontario, Vol. 13, No. 2, jul de 2000, p. 207.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon (org). **Administração Pública**. São Paulo: EdUnesp, 2010, p. 552.

⁵⁶ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação Federativa**: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 23-24.

grupo, sem que seja preciso abdicar das claras vantagens da unidade. Isso explica a opção federalista de países como a Bélgica, a Suíça e o Canadá.

Sobre as razões que levam um Estado a adotar a forma federalista, de nossa parte, entendemos que é a flexibilidade do modelo que explica o seu sucesso no mundo atual. Ele oferece uma ampla gama de possibilidades de acordo em torno da divisão do poder político, servindo assim como um importantíssimo instrumento de limitação do exercício desse poder e, nesse sentido serve perfeitamente ao postulado democrático. Como diz Daniel Elazar, “*O federalismo, entendido em seus próprios termos, oferece uma alternativa ao modelo centro-periferia, tanto para a integração quanto para outras questões políticas. A matriz do federalismo é policêntrica por design*”.⁵⁷

Vistas essas questões iniciais, fundamental aqui destrinchar os elementos da Autonomia, posto serem os elementos mais essenciais do Estado Federal, a ponto de a Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz destacar que a ausência de qualquer elemento entre os abaixo citados descaracteriza a forma federativa do Estado.

2.4.1. Os elementos da autonomia dos entes federados e o regime federalista

2.4.1.a. Capacidade de auto-organização

Cuida-se aqui da capacidade de uma unidade federativa (em particular, de um Estado-Membro de uma Federação) de organizar seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) a partir de uma Constituição Estadual. Esses documentos são, na realidade, manifestações do Poder Constituinte Decorrente, na realidade uma espécie do gênero Poder Constituinte Derivado, como mostram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵⁸. Importantíssimo anotar que, como tal, trata-se de um Poder Constituinte limitado, tendo o seu campo de ação definido de forma expressa pela Constituição Federal, manifestação do Poder Constituinte Originário, devendo-se sempre observar os princípios por ela consagrados.

⁵⁷ ELAZAR, Daniel. *Op cit*, p.13. No original:

“*Federalism, understood on its own terms, offers an alternative to the center-periphery model, for political integration as for other things political. The matrix model of federalism is polycentric by design*”.

⁵⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op cit*, p. 12.

2.4.1.b Capacidade de autogoverno

Tratamos aqui da capacidade de um Estado-Membro eleger seus governantes, sem vinculação com a eventual orientação política vigente no plano federal. Não se pode conceber um ente político dotado de autonomia se este tiver a obrigação de se coadunar com as diretrizes políticas de um ente superior.

Isso obriga, portanto, que as eleições dos governantes se deem de maneira independente. A eleição de um determinado candidato à Presidência da República não significa que um Governador alinhado politicamente a ele tenha de assumir a chefia do Executivo estadual.

Evidentemente que, quando se fala de autonomia, tem-se em mente que essa autonomia é limitada. Portanto, há um limite na divergência, no sentido de que não se concebe, por exemplo, um Estado adotando o regime parlamentarista no plano federal e presidencialista no plano estadual. Isso porque admitir essa possibilidade significaria a adoção de uma flexibilidade excessiva, apta até a descaracterizar a essência do modelo, mesmo numa forma de Estado flexível e adaptável como o Federalismo.

2.4.1.c. Capacidade de autoadministração

Cuida-se aqui da capacidade de o Estado membro de cuidar de seus próprios negócios, sem a interferência ou intromissão do poder central. Dessa forma, o Estado membro fica livre, como lembra José Roberto Anselmo, para promover o cumprimento de suas próprias diretrizes⁵⁹.

2.4.1.d. Capacidade de autolegislação

O Estado Federal é, por definição, um Estado dotado de Ordem jurídica multidimensional. Assim, existe o direito federal, aplicado indistintamente em todo o território do país, e existem as ordens jurídicas subnacionais, que têm sua aplicação restrita à parcela territorial correspondente ao ente “editor” da norma.

⁵⁹ ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2006, p. 91.

Essa capacidade é exercida nos termos dos limites impostos pela Constituição Federal, que delimita as competências políticas e legislativas de cada ente federado, conforme descrito abaixo. Vale ressaltar que o direito do poder central e o direito local não guardam relação hierárquica. Cada um deles opera em uma órbita, sendo dotados da mesma força, da mesma efetividade. Não há um direito mais relevante que o outro: ambos são igualmente válidos.

2.4.1.e. Repartição de Rendas

Evidentemente que o exercício de todas as capacidades acima descritas está condicionado à disposição de meios para isso. Nas exatas palavras de José Roberto Anselmo, *“Não há como se falar em autonomia sem que exista, também, capacidade financeira. Assim, o ente federado deverá ter condições de arrecadar e gerenciar suas próprias receitas com vistas a implementar as competências que lhe foram atribuídas”*⁶⁰. No mesmo sentido, a doutrina de Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma que *“atribuir competências significa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento é imprescindível a existência de recursos financeiros suficientes”*⁶¹. É absolutamente fundamental que haja um alinhamento entre as competências materiais atribuídas a cada ente federado e as rendas que eles possam auferir no exercício de suas competências tributárias, sob pena de se tornar impraticável, por absoluta inviabilidade econômico-financeira, a prestação de serviços essenciais ao cidadão.

Assim, deve a Constituição Federal estabelecer quais as rendas cabíveis a cada ente federado dentro do Sistema Tributário do país. Os entes federados devem ter a capacidade de obter rendas por seus próprios meios, no exercício de suas competências. Tanto mais equilibrada será a Federação quanto mais for equilibrada a divisão de rendas entre os seus entes. Evidentemente que tanto maior será a autonomia do Estado membro quanto mais ele auferir rendas por seu próprio esforço. Desse modo, é uma fórmula muito mais afinada à dinâmica federalista que Estados e, no caso brasileiro, também os municípios tenham receitas próprias do que forçá-los a depender de transferências do ente central.

⁶⁰ ANSELMO, José Roberto. *Op cit*, p. 130.

⁶¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, p. 15.

Uma das críticas mais frequentes à Federação brasileira é focada justamente neste ponto. O federalismo fiscal brasileiro padece de um seríssimo desequilíbrio que concentra na União parcela excessivamente alta das rendas tributárias, sem que este ente se envolva tão diretamente na prestação de serviços ao cidadão quanto o fazem Estados, e em particular, os Municípios. Dados da própria Receita Federal nos mostram uma realidade bastante preocupante: para o ano de 2014, impressionantes 68,47% da carga tributária total, perfazendo o estonteante total de aproximadamente R\$ 1,3 trilhões, foram arrecadados pela União. Aos Estados, coube menos da metade disso, num total de R\$ 470 bilhões, ou 25,35% do total arrecadado. Por fim, aos Municípios, coube apenas 6,19% do total dos tributos pagos pelos brasileiros (R\$ 114,4 bilhões)⁶².

Por conta disso, são frequentes os casos de municípios (para não falar de Estados) que não conseguem se manter de forma financeiramente sustentável e adequada. Na imprensa, são comuns notícias de atrasos de salários do funcionalismo e, principalmente, de absoluto imobilismo em termos de investimentos em serviços públicos. Apenas para dar um exemplo, basta pensar na diminuta quantidade de municípios que conseguiram, passados mais de 15 anos da virada do século XXI, universalizar os serviços de saneamento. Em premiada monografia em que estuda a viabilidade econômica de municípios do belo Estado de Sergipe, André Luiz Dantas Melo concluiu que dos 70 municípios daquela Unidade da Federação, 48 seriam inviáveis⁶³.

2.4.1.f. Indissolubilidade da Federação

Como dito brevemente em momento anterior, não existe direito à secessão no Estado Federal. A adesão à Federação é irrevogável, uma vez que admitir a possibilidade de secessão levaria a um contexto de enorme insegurança jurídico-institucional. Dalmo de Abreu Dallari⁶⁴, em arguta observação, afirma que o ato de aderir a uma Federação, pelo menos que concerne a Federações centrípetas, é um ato soberano, porém é o último ato soberano do Estado Federado, já que ele abdica de sua soberania ao fazê-lo.

⁶² MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil – 2014** (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Brasília: MF/SRFB, 2015, p. 4.

⁶³ MELO, André Luiz Dantas. **A Reestruturação dos Municípios Sergipanos com Base na sua Viabilidade Econômico-Financeira**. Disponível em < <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios-2015/xx-premio-tesouro-nacional-2015-pagina-principal/monografias-premiadas-xx-premio-tesouro-nacional-2015/tema-2-2o-lugar-andre-luis-d-melo>>. Acesso em 22 de mar de 2016, p. 9.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986, p. 17.

Entretanto, a verdade é que no contexto de sucesso do modelo federalista, em muitos Estados multinacionais, como é o caso da Suíça, da Bélgica e do Canadá, a título de exemplos, o tema da secessão não foi ainda superado na arena política, e talvez jamais venha a ser. Como resultado da adoção do regime democrático, candidaturas e partidos secessionistas têm se apresentado aos eleitores membros de comunidades subnacionais como o Quebec, obtendo considerável sucesso. Nas palavras de Will Kymlicka,

“Mesmo que o federalismo reduza a probabilidade de secessão, ele não a remove da agenda política. Secessionistas estão na TV, nos jornais, e competem livremente a cargos eletivos. E partidos secessionistas às vezes obtêm votações expressivas nas eleições, por exemplo, 40% no Québec; 30% na Escócia; 15% na Bélgica ou no País Basco; 10% na Catalunha, 5% em Porto Rico. Isso significa que secessionistas estão presentes nos parlamentos e nos governos, e eles usam essas plataformas para articular suas opiniões. Então, enquanto o federalismo multinacional diminuiu a probabilidade de secessão, ele não a removeu do dia a dia político. O problema secessionista não foi resolvido.”⁶⁵

O mesmo autor, porém, relata que, se no passado havia um grave temor em relação à possibilidade de secessão, que inclusive levou a uma série de medidas tidas como profundamente antidemocráticas (vigilância, tortura, prisões, por exemplo), hoje isso não é mais verdade. O aprimoramento democrático amainou os ânimos e a convivência das Federações com ímpetus secessionistas tem sido mais tranquila. Isso porque, ainda para Kymlicka, democracias lidam melhor com o dissenso, e o risco de secessão é maior quanto mais intensa for a repressão à ideia de secessão. Ademais, mantendo um regime de maior tolerância a grupos étnicos subnacionais, o benefício que a secessão a eles oferece se torna tão menor quanto maior for a autonomia por eles desfrutada no Estado Federal. Diz-se isso passando ao largo de questões fundamentais como a viabilidade dos Estados nacionais que resultariam da secessão.

⁶⁵ KYMLICKA, Will. *Op cit*, p. 214. No original:

“But even if federalism reduces the likelihood of secession, it does not remove secession from the political agenda. Secessionists are on TV, in newspapers, and compete freely for elected office. And secessionist political parties often get substantial support in elections: e.g., 40% in Quebec; 30% in Scotland; 15% in Belgium or the Basque country; 10% in Catalonia; 5% in Puerto Rico. This means that secessionists are present in parliament and on government commissions, and they use these platforms to articulate their views. So while multination federalism may have reduced the actual likelihood of secession, it has not removed it from everyday political life, or taken it off the political agenda. It hasn't ‘solved the problem of secession”.

De todo modo, é difícil conceber que a secessão não seja um direito de um povo no seio do qual haja uma seríssima maioria a defendê-la com consistência, amplamente demonstrada através de referendos. Estaríamos, nesse caso, a falar de processos assemelhados aos de libertação nacional que varreram a África no Séc. XX, cuja legitimidade comporta poucos questionamentos, ainda que muitos dos Estados resultantes tenham se revelado verdadeiras tragédias políticas.

Ressalte-se que, apesar das recentes realizações de consultas populares nesse sentido, não foi encontrada uma única ordem jurídica federalista que admita ainda hoje um direito à secessão e discipline o seu exercício. O único exemplo contrário encontrado é a Constituição da finada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que, na sua versão de 1977, garantia, em seu art. 72, a qualquer das repúblicas integrantes da União o direito à secessão⁶⁶. Fernanda Dias Menezes de Almeida, porém, anota que “*a prática constitucional, porém, não confirmava a possibilidade de sua utilização, como demonstrou a reação vigorosa do poder central contra a proclamação de independência por parte de algumas Repúblicas integrantes da Federação*”⁶⁷.

A defender a inexistência de previsão do direito à secessão nas constituições contemporâneas, temos por relevante a festejada doutrina de Cass R. Sunstein que afirma⁶⁸:

“Colocar este direito num documento fundante aumentaria os riscos de tensões étnicas e separatistas; reduziria os incentivos ao compromisso e à deliberação no governo; aumentaria dramaticamente as dificuldades de decisões políticas cotidianas; introduziria considerações irrelevantes e ilegítimas nessas decisões, criaria riscos de chantagens, comportamento estratégico e exploração; e, genericamente, aumentar os riscos ao autogoverno no longo prazo”.

⁶⁶ Aqui foi utilizada a tradução para o inglês encontrada em <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons01.html>.

⁶⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, p. 12.

⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism and Secession. In: **University of Chicago Law Review**, Chicago, Vol. 58, No. 2, p. 634, primavera de 1991. No original:

“To place such a right in a founding document would increase the risks of ethnic and fractional struggle; reduce the prospects for compromise and deliberation in government; raise dramatically the stakes of day-to-day political decisions; introduce irrelevant and illegitimate considerations into those decisions; create dangers of blackmail, strategic behavior, and exploitation; and, most generally, endanger the prospects for long-term self-governance.”

Ainda hoje, uma das demandas secessionistas mais conhecidas e comentadas é a da província de Quebec, no Canadá. Como é sabido, o Canadá é um Estado multinacional que abriga uma maioria de origem britânica, anglófona, e uma minoria de origem francesa, francófona, concentrada fundamentalmente na referida província. Há muito tempo, há movimentos no sentido de separar essa província do restante do país.

Em 1998, a questão foi levada à Suprema Corte do Canadá, por meio de uma consulta do Governador Geral, na qual foram colocadas três questões: a primeira, se à luz da Constituição canadense poderia haver uma secessão unilateral. A segunda se relacionava a um eventual direito nesse sentido extraído do direito internacional, inclusive sob a bandeira do princípio da autodeterminação dos povos. E terceira, se houvesse uma antinomia na matéria entre o direito interno canadense e o direito internacional, qual deles prevaleceria. A partir dessas questões foi constituído o caso *Reference re Secession of Quebec*, julgado em 20/08/1998.

Desde logo, a Corte afastou o direito à secessão unilateral, argumentando que isso poria em risco os laços de interdependência entre os canadenses, ainda que tomado a partir de uma decisão democrática do povo daquela província. A Corte decidiu que uma decisão unilateral pela maioria do povo “québécois” não teria o condão de afastar outros princípios basilares do constitucionalismo canadense, como o *rule of law*, o federalismo e os direitos de minorias. Somente uma saída negociada poderia ser aceita, conquanto não frustrasse interesses das demais províncias ou outros direitos. Ainda assim, isso tudo apenas seria possível se fosse precedido de uma emenda constitucional a prever a possibilidade de secessão.

Ao responder a segunda questão, a Corte restringiu a aplicabilidade do princípio da autodeterminação a povos que se encontrem sob a tutela de um governo colonial ou sujeitos ao jogo de um governo estrangeiro, sendo-lhe negado o exercício de qualquer dimensão de seus direitos enquanto grupo nacional. Não estaria Quebec sob nenhuma dessas condições, ainda que a Corte cogite de uma secessão unilateral inconstitucional, ressalvando que caberia aos atores do sistema internacional reconhecer o *novel* Estado, mas que é da prática internacional submeter, em alguma medida esse reconhecimento a considerações acerca da legalidade do processo de separação. Por fim, respondeu a Corte negativamente à terceira questão, tendo-a por prejudicada com o exposto nas respostas anteriores.

2.4.1.g. Bicameralismo e a representação parlamentar do ente federado

Não se concebe um arranjo federalista no qual não seja facultado aos entes federados a oportunidade de influir nos desígnios da nação. No caso da Federação Brasileira, o bicameralismo se impõe por força do art. 44 da Constituição, e o Senado funciona como *locus* da representação dos Estados membros, oferecendo representação paritária como forma de reduzir o peso de vontades parciais^{69 70}. Augusto Zimmerman⁷¹, dissertando sobre o sentido de existência do Senado Federal, afirma que

“(...) o Senado Federal aparece deontologicamente diferenciado como a ‘Câmara dos Estados’, donde o laço federativo congrega regiões entre si. Pretende-se que, através dele, as unidades federativas estejam possibilitadas a concorrer para a atuação legiferante da União.”

Historicamente, a figura da Câmara Alta surgiu na Idade Média como uma forma de representação estamental, separando-a para ser composta por alguma espécie de aristocracia, enquanto a Câmara Baixa ficava a cargo dos comuns. É sob esse modelo, por exemplo, que se organiza a Câmara dos Lordes britânica.

Nos primórdios do federalismo norte-americano, a adoção do bicameralismo foi objeto de intensos debates. De um lado, defendia-se que o parlamento nacional fosse composto a partir de representações paritárias entre os Estados, o que era do interesse dos menores membros da futura federação. Por outro lado, havia quem defendesse que a composição deveria se dar com base na população de cada ente, com aqueles mais populosos tendo mais representantes. Nesse contexto, a Convenção da Filadélfia chegou a um acordo chamado de “*The Great Compromise*”, estabelecendo que seriam criadas duas Câmaras, cada uma adotando uma das alternativas.

Devido a uma visão de que se ambas as Câmaras fossem eleitas pelo voto poder-se-ia criar um ambiente de conflito extremo a levar a contextos de paralisia decisória, o Senado passou a ser pensado como um espaço de uma produção legislativa mais qualificada. Nas

⁶⁹ José Roberto Anselmo faz crítica pesada ao fato de que Estados menos populosos acabam tendo pesos iguais aos mais populosos, gerando uma distorção na representatividade dos parlamentares, na medida em que um Senador eleito pelo Amazonas, por exemplo, pode ter recebido uma quantidade de votos expressivamente menor que um Senador paulista.

⁷⁰ ANSELMO, José Roberto. *Op cit*, p. 139.

⁷¹ ZIMMERMAN, Augusto Cotta. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p.120.

palavras de James Madison, proferidas durante os debates da Convenção da Filadélfia, “*A finalidade do Senado é para dotar os seus processos de mais frieza e dar-lhes mais sabedoria, torná-los mais sistemáticos do que a casa popular*”⁷². Por isso, os Senadores não deveriam ser eleitos, mas sim indicados pelos legislativos estaduais (essa prática perdurou até 1913, a partir de quando, por força da 13^a Emenda, passaram a ser eleitos). Assim, a produção legislativa deveria cumprir um rito sequencial, passando primeiro pela Câmara dos Comuns, para depois chegar ao Senado. Ronald L. Watts afirma que “*Isso permitiu que visões de Estado diferentes não fossem simplesmente atropeladas por uma maioria de Estados muito populosos*”⁷³.

No Constitucionalismo brasileiro, vemos que o Bicameralismo precedeu a adoção do federalismo. A Constituição Imperial de 1824 já previa a composição da Assembleia Geral em duas Câmaras. Como anota Caetano Ernesto Pereira de Araújo, “*O número de Senadores por Província era metade do número de cadeiras de Deputado. O Império era um estado unitário, que não necessitava, por essa razão, da representação isonômica das Províncias no Senado.*”⁷⁴

Com a promulgação da República, em 1889, o quadro muda de feição. Um dos elementos mais fortes a impulsionar o processo que culminou com os atos de Deodoro, em 15 de novembro, era justamente o interesse das elites estaduais na adoção do regime federalista, como forma de proteger essas elites, garantindo a elas o acesso ao poder pelo menos em nível estadual. Assim, o bicameralismo foi adaptado. Se antes a questão da representação regional não era preponderante, agora os Estados recém criados teriam representação paritária, com 3 senadores para cada um deles, conforme o art. 30 da Constituição de 1891. O mandato era de nove anos, renovando-se o colegiado pelo terço a cada três anos (art. 31).

Na Constituição de 1934, o número de senadores é reduzido para 2 por Estado, cada um eleito para um mandato de oito anos. O papel da Casa como ente responsável pelo controle do Poder Executivo é reforçado pela exigência de aprovação de nomeações como

⁷² MADISON, James. **Debates da Convenção da Filadélfia**. Filadélfia, 7 junho 1787. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/debates_607.asp>. Acesso em 31 março de 2016. No original: “*The use of the Senate is to consist in its proceeding with more coolness, with more system, & with more wisdom, than the popular branch*”.

⁷³ WATTS, Ronald L. **Comparing Federal Systems**. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 147. No original: “*This ensured that differing state viewpoints would not be simply overridden by a majority of the population dominated by the larger states*”.

⁷⁴ ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O bicameralismo na Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon (Orgs.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008, v. II, p. 333.

de embaixadores, juizes e do Procurador- Geral da República (arts. 90 e ss). O Senado figurava como casa legislativa auxiliar da Câmara, mas exercia importante função de coordenação e controle do Poder Executivo (art. 88).

A Carta Polaca, de 1937, trouxe bombásticas mudanças. Por força do art. 178 Câmara e Senado foram dissolvidos. O Poder Legislativo era exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Presidente da República e do Conselho da Economia Nacional, o que mostrava se tratar, indubitavelmente, de uma ordem centralizadora. O Parlamento Nacional era formado pela Câmara dos Deputados e (em vez do Senado) pelo Conselho Federal, conforme o art. 38, §2º. Esse Parlamento, ordinariamente, funcionava apenas por 4 meses ao ano, conforme o disposto no art. 39. Cada Estado voltava a ser representado por apenas 2 membros do Conselho Federal, eleitos para um mandato de 6 anos (art. 50), sendo elegíveis apenas os maiores de 35 anos (art. 51).

A fórmula atual dos três senadores por Estado, eleitos pela fórmula majoritária (art. 60) foi retomada pela Carta de 1946. O mandato volta a ser de oito anos, e a esdrúxula fórmula do Conselho Federal é, felizmente, abandonada. Cabia ao Senado, na forma do art. 62, I e II, julgar o Presidente da República, Ministros de Estado, do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República por crime de responsabilidade. Apesar do intenso processo de centralização que se seguiu à queda do regime de 1946, a Constituição de 1967 não trouxe, ao menos no plano formal-normativo, mudanças significativas no regime jurídico do Senado Federal.

Sob a Carta de 1988, temos hoje um Senado composto por 81 senadores, 3 por Estado e mais 3 pelo Distrito Federal. Embora eleitos sob a regra do sufrágio universal pelo sistema majoritário (acompanhados de dois suplentes), têm por atribuição a representação dos Estados. Cada senador cumpre um mandato de 8 anos, renovando-se pelo terço ou dois terços a cada quatro anos, conforme art. 46, §2º. Nos termos da doutrina de Alexandre de Moraes, *“O legislador constituinte brasileiro concedeu ao Senado Federal a mesma relevância e força dada à Câmara dos Deputados, contrariando assim, a tendência britânica do bicameralismo”*.⁷⁵

Com grande frequência, hoje se encontra na doutrina uma pesada crítica à capacidade efetiva do Senado de representar os interesses de cada Estado membro da Federação. Em linha gerais, o argumento é que, sendo eleitos pelo voto popular, os senadores têm contas a prestar aos seus eleitores, passando a pautar sua atividade

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 436.

parlamentar não na vontade ou na necessidade do ente federado, mas sim do povo, desnaturando sua característica histórica. Sobre a capacidade de o Senado funcionar como Assembleia Federativa, a lição de José Afonso da Silva vem no sentido de que “há muito isso não existe nos EUA e jamais existiu no Brasil, porque os Senadores são eleitos diretamente pelo povo, tal como os Deputados, por via de partidos políticos”⁷⁶. No mesmo sentido, Augusto Zimmerman afirma que

“Por outro lado, o Senado, uma vez eleito diretamente pelo voto direto, provocou uma profunda perturbação na dogmática federativa, sendo impossível, desde então, tratá-lo seriamente como uma verdadeira Câmara de representação estadual. Não se lhe pode recusar, neste sentido, o fato de quanto à orientação ideológica, às pressões eleitorais e à sorte das decisões partidárias, esta Casa Legislativa passa então a receber as mesmas influências, negativas ou positivas, da Câmara dos Deputados”.⁷⁷

Uma questão importante a atrair a atenção da doutrina, especialmente no panorama estrangeiro, é a assimetria na composição parlamentar entre os níveis centrais dos Estados federais e seus entes subnacionais. Se por um lado diversos estudos já constataram a ampla prevalência do arranjo bicameral em nível nacional, em nível regional e local essa prevalência não vem sendo notada, muito pelo contrário: hoje, são mais numerosos os parlamentos estaduais unicamerais, como é o caso do Brasil. Também há grande variedade nos métodos escolhidos pelos diferentes sistemas para a escolha dos membros da Câmara Alta.

Quanto à ocorrência de arranjos bicamerais em nível nacional, Watts compara 25 Estados Federais, constatando sua presença em 20 ordens jurídicas, como a Rússia, a África do Sul, os Estados Unidos, o Canadá, a Índia e a Malásia. Entre as nações que não adotam a fórmula, estão a Venezuela, os Emirados Árabes Unidos, Comores, a Micronésia e Saint Kitts e Nevis⁷⁸.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447.

⁷⁷ ZIMMERMAN, Augusto Cotta. *Op cit*, p. 124.

⁷⁸ WATTS, Ronald L. *Op cit*, p. 147.

Se em esfera nacional podemos dizer que o bicameralismo é um sucesso absoluto, quando passa a analisar as ordens subnacionais, a doutrina não encontra tamanho entusiasmo. Louis Massicote⁷⁹, em extenso levantamento, registrou que entre 450 ordens subnacionais analisadas, apenas 73 eram bicamerais. Em outro levantamento, John Dinan⁸⁰ analisa 12 Estados federais, classificando cada um deles em 3 categorias:

1) Não-Paralelismo

Nesta categoria, o parlamento nacional é bicameral, mas nos entes federados a função legislativa é exercida por apenas um órgão. Neste grupo estão, além do Brasil, Áustria, Canadá, Alemanha, Malásia, México e Suíça. No que toca ao Brasil, e também Áustria e Malásia, o não-paralelismo é uma obrigação constitucional, no sentido de que a Constituição proíbe, implícita ou explicitamente, a adoção do bicameralismo. Em outras situações, como da Alemanha ou do Canadá, os Constituintes Decorrentes tinham a prerrogativa de adotar o modelo que melhor lhes parecesse, tendo decidido adotar o unicameralismo. No caso do Canadá, Québec, Ontario, Prince Edward Island, Nova Scotia e New Brunswick já adotaram em algum momento o bicameralismo, mudando depois para o modelo unicameral.

2) Modelos híbridos

Esta categoria abrange entes federados unicamerais quanto bicamerais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a vasta maioria dos Estados é bicameral, tendo o Estado de Nebraska como a única exceção à regra. Já a Austrália tem a província de Queensland como a única a adotar o unicameralismo. Outro exemplo é a Argentina, onde 15 províncias, além daquela de Buenos Aires, adotam o unicameralismo, com as demais 8 províncias prestigiando o bicameralismo. Também neste grupo está a Federação Russa.

3) Paralelismo pleno

Por fim, apenas a Venezuela, do grupo de 12 federações analisadas por John Dinan, apresenta pleno paralelismo, já que, desde 1999, o plano nacional teve extinta a sua

⁷⁹ MASSICOTE, Louis. Legislative Unicameralism: A Global Survey and a Few Case Studies. In: **The Journal of Legislative Studies**, Vol. 7, 1ª Ed., 2001, p. 151.

⁸⁰ DINAN, John. Patterns of subnational constitutionalism in federal countries. In: **Rutgers Law Journal**, Newark, NJ, v. 39, p. 837-861.

segunda Câmara, alinhando-se com a ordem previamente estabelecida para as unidades subnacionais.

Sintetizando o estudo, afirma o autor:

*“Em resumo, o bicameralismo é uma área em que constituições subnacionais geralmente se afastaram de suas contrapartes nacionais, e isso tem aumentado ao longo do tempo. De doze federações estudadas, apenas três, atualmente, mostram um significativo grau de paralelismo nessa área: a Austrália, os Estados Unidos e, desde 1999, a Venezuela. E, em apenas dois desses países, o bicameralismo é observado na maioria dos entes subnacionais. Assim, enquanto o bicameralismo é claramente a escolha dominante dos constituintes nas federações, o unicameralismo é claramente a escolha dos constituintes subnacionais”.*⁸¹

2.4.1.h. Repartição de competências

As capacidades de autolegislação e autogoverno têm por pressuposto que o ente federado disponha de um espaço, garantido pela Constituição, em que essas capacidades possam ser exercidas. Esse espaço é criado através da técnica da repartição de competências. Conforme ensina Aloysio Vilarino dos Santos, a divisão de competências revela “parcela de poder atribuída aos entes políticos no Estado Federal”⁸².

Essa técnica consiste em atribuir a cada ente federativo a faculdade de atuar em determinados espaços. Assim, o Constituinte brasileiro atribuiu competências a todos os

⁸¹ DINAN, John. *Op cit*, p. 860. No original:

“In summary, bicameralism is an area where subnational constitutions have generally departed from their national counterparts, and increasingly so over time. Of the twelve federations in this study, only three currently exhibit a substantial degree of parallelism in this area: Australia, the United States, and -since 1999- Venezuela. And in only two of these countries is bicameralism in place in a majority of the subnational units. Thus, whereas bicameralism is clearly the dominant choice of national constitution-makers in federations, unicameralism is just as clearly the dominant choice of subnational constitution-makers.”

⁸² SANTOS, Aloysio Vilarino. *Op cit*, p.115.

entes federados, sejam a União, Estados e Distrito Federal e Municípios. Para abordar o tema, faremos uso da clássica lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida⁸³.

Em primeiro lugar, existem essencialmente duas espécies de competências: materiais e legislativas. As primeiras referem-se ao exercício de atribuições administrativas, ou seja, materializam a capacidade de autogoverno. Trata-se de um mandamento constitucional que obriga o Administrador dos diversos entes federados a prestar determinada classe de serviços ao cidadão. As competências legislativas estão expressas no art. 21, que estabelece competências para a União Federal (por exemplo a de manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organismos internacionais- art. 21, I), e no art. 23 (que estabelece competências comuns a União, Estados membros e Municípios, tais como propiciar acesso à ciência, educação e cultura a toda a população-art. 23, V).

Já as competências legislativas referem-se à capacidade de autolegislação. Isso quer dizer que elas atribuem a faculdade de criação de normas abstratas e genéricas, cada qual aplicável dentro dos limites de seu território. Nos dizeres de Habermas, temos que “*a competência legislativa, que fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares*”⁸⁴. Assim, as Leis editadas por cada ente federado são igualmente válidas e eficazes.

A Constituição Federal dividiu as competências legislativas entre as três esferas de exercício do Poder Político. No art. 22, enumerou um quase infindável rol de competências legislativas exclusivas da União, que vai desde matérias que naturalmente estariam mesmo submetidas ao cuidado do Poder Central, tal como defesa territorial (XXVIII), nacionalidade e cidadania (XIII) até outras que poderiam ser reguladas por outros entes federados, tais como desapropriação (II) e trânsito e transporte (XI). Isso revela, de modo bastante claro, a tendência centrípeta da Federação Brasileira. Já o art. 30, em seus incisos I e II, veicula as competências exclusivas dos Municípios, que têm por linha mestra a questão do interesse local, bem como a prerrogativa de suplementar as legislações estadual e federal. Aos Estados restaram as competências não atribuídas à União ou aos Municípios, bem como a suplementação da Legislação Federal, o que acaba por tornar os Parlamentos Estaduais um tanto pobres, uma vez que a somatória das competências da União e dos

⁸³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, 2007.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215.

Municípios abarca a quase totalidade das matérias aptas a serem objeto de regulação legislativa.

Por fim, temos ainda as competências concorrentes, elencadas pelo art. 24 da Constituição Federal. Aqui, deve a União limitar-se a legislar sobre questões gerais relativas às matérias objeto de competências concorrentes, tais como orçamento (inc. II), juntas comerciais (III) e proteção à infância e juventude (XV), deixando aos Estados e Distrito Federal o dever de esgotar a matéria. O que ocorre, porém, é que a divisa entre questões gerais e específicas nem sempre é clara e cristalina. A nossa legislação está recheada de exemplos de normas editadas pela União que acabaram exaurindo as questões que reclamavam regulação. Ao fazer isso, o Congresso Nacional, Poder Legislativo da esfera federal, acaba por atentar contra o Federalismo brasileiro, subtraindo dos Estados e Distrito Federal parcelas de sua capacidade de autolegislação. Normas editadas fora dos parâmetros de generalidade e especificidade do art. 24 são, a rigor, inconstitucionais. Importante anotar que há também fartos registros de normas estaduais que tratam de questões gerais e, portanto, invadem competência da União, merecendo a mesma reprovação.

2.5. Modelos de federalismo

Ao se falar de federalismo, não se está a falar de um único tipo de arranjo político descentralizado. Há diferentes formas de organizações estatais que assumem as feições do federalismo justamente por carregarem, em alguma medida, os traços característicos dessa forma de Estado, conforme discutido acima. Nas palavras de Daniel Elazar, “*o termo ‘arranjos federais’ sugere que há mais de uma forma de aplicar os princípios do federalismo. Assim, usando uma analogia com a biologia, o federalismo pode ser considerado um gênero de organização política que comporta várias espécies*”⁸⁵.

A ideia de cooperação emerge da própria condição de existência do homem em sociedade. Desde o momento em que o homem abandona sua condição animal, passando a

⁸⁵ ELAZAR, Daniel J. *Op cit*, p. 6-7. No original:

”. “*the term ‘federal arrangements’ suggest that there is more than one way to apply federal principles. Indeed, to use a biological analogy, federalism can be considered a genus of political organization of which there are several species.*”

viver em grupos e se relacionar com seu semelhante, passa a existir alguma forma de cooperação. Usando as balizas da Sociologia, Eva Maria Lakatos⁸⁶ assim define o significado do termo cooperação, asseverando se tratar de requisito essencial para a manutenção e continuidade de quaisquer grupos sociais:

“Um tipo particular de processo social em que dois ou mais indivíduos ou grupos atuam em conjunto para a concepção de um objetivo comum.”

Sendo requisito essencial para qualquer grupo social, quando falamos de federalismo, enquanto forma de Estado, a cooperação assume relevo especial. O próprio termo federalismo já carrega uma carga valorativa nesse sentido, ao se utilizar do radical latino *foedus*, que se conecta à ideia de confiança, pacto. Nesse sentido, a lição de Raul Machado Horta⁸⁷:

“A associação das partes está na origem do Estado Federal, tornando inseparáveis, como lembra Charles Eisenmann, as ideias de união, aliança e cooperação”.

A própria origem do Estado Federal já carrega a noção de cooperação, conforme afirmou Horta na mesma passagem. Se os Federalistas norte-americanos defendiam tal tese é porque enxergavam na ação concertada a possibilidade de incremento nas chances dos Estados Unidos se consolidarem como nação independente. Nesse diapasão, Borelli afirma que a cooperação é um dever dos entes federativos, dispensando inclusive previsão constitucional nesse sentido, justamente por ser decorrência lógica e obrigatória da adoção do modelo federalista, condição para a manutenção da integridade federal⁸⁸.

⁸⁶ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 1992, p. 86.

⁸⁷ HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seu reflexo na Constituição de 1988. **Revista do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 25, jan./mar., 1999. In: < <http://dspace.almg.gov.br/bitstream/handle/11037/1163/001163.pdf?sequence=3>> Acesso em: 27 de abril de 2015.

⁸⁸ BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

Nesse sentido, a cooperação ganha cada dia mais relevo no contexto do Estado Federal. Supera-se, portanto, a versão clássica do Federalismo, conhecida na doutrina por *federalismo dual*. Esse modelo de federalismo, típico dos Estados Unidos, se caracteriza pela existência de dois polos distintos de Poder, organizados em termos territoriais distintos. A cada um deles, central e local, corresponde um plexo de competências inalienáveis atribuídas pela Constituição.

Esse modelo, que marcou os primeiros dias do federalismo, especialmente nos Estados Unidos, foi difundido na doutrina como *federalismo clássico*. Era marcado por uma forte influência do liberalismo econômico, o que dava ao federalismo dual uma feição de instrumento de limitação do Estado, conforme a doutrina de Enterría⁸⁹. Nele, temos duas esferas estanques de governo, dois “*centers of government*”, a cada um competindo uma série de prerrogativas. A cada um dos centros de governo incumbe um poder próprio, originário, com fundamento direto na Constituição. Alberti Rovira afirma tratar-se de uma criação do *Chief Justice* Taney, sucessor do *Justice* Marshall na Suprema Corte Norte-Americana⁹⁰.

Em sendo um produto do desejo de limitação do Poder, e tendo o abuso sido comumente identificado com as esferas centrais de governo, no federalismo dual o centro nevrálgico das competências distribuídas na Constituição está justamente nos Estados membros. À União se delegam poderes específicos, limitados em número e em alcance, ficando todo o acervo remanescente deferido aos Estados. Aloysio Vilarino dos Santos aponta que, embora ardentemente defendido por Madison no Artigo XLV dos Federalistas, essa formulação não constou do texto original da Constituição Norte Americana, sendo a ele agregado por ocasião da Emenda X, de 1789⁹¹. Nesse arranjo, a grande marca é a independência no atuar de cada ente federativo, em detrimento da ação conjunta entre eles.

Ocorre que, com o passar do tempo, vimos o ocaso do modelo inspirado no liberalismo. O cataclisma representado pelo *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, funcionou como ponto de inflexão nesse processo, que resultou na superação do

⁸⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. El proyecto de Constitución Europea. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 45, set/dez. 1995, p. 25

⁹⁰ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 272.

⁹¹ SANTOS, Aloysio Vilarino. *Op cit*, p.79.

paradigma do Estado Liberal em direção a um Estado Social, mais atuante, distante da visão de um mero regulador, sendo dele demandadas prestações positivas e atuação proeminente em diversos campos da- cada vez mais complexa- vida social. Isso porque o choque representado pela quebra da Bolsa serviu como um atestado do fracasso do Estado regulador, ao mesmo tempo em que jogou, do dia para a noite, enormes parcelas da população a um estado de vulnerabilidade tal que impedia a manutenção do *status quo*. Era necessário, portanto, superar a prática restrita ao estabelecimento de medidas de polícia para uma prática ativa, de fomento e execução direta de diversos serviços públicos e até atividades econômicas outrora estranhas ao Setor Público.

Foram, então, lançadas as bases do Estado Social. Com a eleição de Franklin Delano Roosevelt e a adoção da política econômica inspirada pelo economista John Maynard Keynes, o Estado norte americano se reorganizou, fundado num acordo político-social conhecido por *New Deal*. Os entes federados se tornaram cada vez mais interdependentes, como aponta Konrad Hesse, ao dizer:

“(...) o círculo das tarefas (...) que deixam-se vencer na restrição ao âmbito estadual respectivo fundiu-se, sob o signo do peso crescente da técnica, da economia e da circulação, dos entrelaçamentos e interdependência crescidos da vida econômica e social, das tarefas crescidas de planificação, guia e distribuição. (...) A uniformidade e simetria que o Estado Social pede entram em contradição com a tarefa do Estado federal tradicional (...)”⁹²

Sobre o mesmo contexto, o festejado Bernard Schwartz sustenta que se processou ali um paulatino incremento na atuação do governo de Washington, que passa a ostentar uma musculatura substancialmente mais desenvolvida em comparação aos governos estaduais, viabilizada a partir da construção de um sistema federal de subvenções que “ajudou a alterar o equilíbrio entre os governos estaduais e o governo nacional nos Estados Unidos”⁹³.

⁹² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 182-183.

⁹³ SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo norte-americano atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 44-5.

Ademais, no contexto histórico pós Segunda Guerra, temos uma claríssima intensificação dos fluxos interfederativos. Quer seja na dimensão cultural, quer seja na dimensão econômica, cresce a pressão por maior uniformização, por maior igualdade, na medida em que qualquer pessoa passa a ter, sob o signo dos avanços tecnológicos e da facilitação das comunicações, acesso a relações outrora rarefeitas, inviabilizadas pelas grandes e dispendiosas distâncias típicas de sociedades rurais. O novo cenário passa a demandar do Estado como um todo uma ação mais concertada, inviabilizando a manutenção das estruturas paralelas de poder do federalismo dual. Cria-se, natural ou artificialmente, uma necessidade de estruturas convergentes de poder, que possam atuar coordenada ou subsidiariamente, sob o signo da técnica e da ciência, em prol do atendimento das demandas cada vez mais sofisticadas da população.

Diante de um quadro como esse, Kubliskas aponta para duas alternativas em termos de configurações possíveis do Estado Federal com vistas a atender “a necessidade da *uniformização* de tratamento das matérias objeto da atuação estatal: a *centralização* e a *cooperação*”⁹⁴.

Segundo o autor, no primeiro caso, temos uma concentração de poderes nas instâncias federais, ao custo do ostracismo do Poder Local, deslocando os eixos de decisão relevantes para a esfera nacional, dando origem ao chamado Federalismo de Integração. Presente no Constitucionalismo Brasileiro durante o regime autoritário, inaugurado pela Constituição de 1967, o federalismo de integração teve como seu grande entusiasta o Min. Alfredo Buzaid, para quem

“o federalismo de integração representa o triunfo do bem-estar da Nação. Ele busca, portanto, reencontrar-se com a realidade nacional, traduzindo os legítimos anseios do povo, que cria um País economicamente forte, socialmente justo e eticamente digno. (...) Dentro desse novo tipo de Federalismo, os Estados não entram em choque com a União: são beneficiários desta na medida em que as regiões menos desenvolvidas se recuperam economicamente. A política de integração não se limita às relações intergovernamentais; atinge o

⁹⁴ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 65.

*País em todas as direções, proporcionando progresso ordenado e racional”.*⁹⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, analisando o contexto que resultou na adoção do federalismo de integração, anota que este servia aos objetivos estabelecidos por uma elite tecnocrática formada por militares e civis, que se instalou no poder a partir de 1964. Esses objetivos poderiam ser sintetizados no binômio Segurança-Desenvolvimento, no qual se entendia por segurança a estabilidade do regime político autoritário então em vigor. Por desenvolvimento, entendia-se a industrialização do país, com o incremento da economia nacional a ponto de romper com a dependência histórica do Brasil em relação às nações centrais do capitalismo internacional. Ferreira Filho inclusive constata que, na visão do *establishment* do Regime Militar havia uma relação de interdependência entre os dois objetivos.⁹⁶

Em que pese o entusiasmo do Ministro Alfredo Buzaid, a verdade é que a doutrina, tendo analisado os resultados da implantação desse modelo de federalismo no Brasil, não mostra a mesma simpatia do Prof. Buzaid pelo federalismo de integração. Dirceu Torrecillas Ramos, por exemplo, promove uma análise dos pressupostos teóricos do federalismo de integração, e afirma que “*esta modalidade acentua os traços do federalismo cooperativo, mas conduz mais a um Estado Unitário, descentralizado constitucionalmente, que a um Estado Federal.*”⁹⁷ Guilherme Peña de Moraes⁹⁸ afirma que este tipo de federalismo é aquele “*distinguido pela predominância da União sobre as demais unidades da federação*”. Por sua vez, Irineia Senise é enfática ao afirmar que essa modalidade de federalismo gera “*nítida sujeição dos Estados Federados à União*”⁹⁹.

Interessante análise do tratamento dado pela Constituição de 1967, e pelos Atos Institucionais que a seguiram, à Federação foi desenvolvida por Fábio Franco Pereira. Em dissertação apresentada às Arcadas, Pereira aponta o comprometimento do princípio da autonomia estadual, a partir da ampla liberdade de que dispunha o Presidente da República para decretar intervenção federal, fundado apenas na discricionária necessidade de

⁹⁵ BUZAID, Alfredo. **O Estado federal brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, 1971, p. 118.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 136-137, 1982.

⁹⁷ RAMOS, Dirceu Torrecillas. *Op cit*, p. 75.

⁹⁸ MORAES, Guilherme Peña de. Tipos de Estado Federal. In: RAMOS, Dirceu Torrecillas. **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 116.

⁹⁹ SENISE, Irineia Maria Braz Pereira. **Formação de Estados Federados**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 36.

“prevenir ou reprimir a subversão da ordem”, conforme o art. 17, II, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Em seguida, o autor aborda a supressão da capacidade de autogoverno, estabelecida através de eleições indiretas para os Governos dos Estados, sendo que o Presidente da República conservava a prerrogativa de cassar, a qualquer momento, o mandato de qualquer parlamentar de qualquer das três esferas federativas. Assim, não é difícil perceber que os governadores eleitos dependiam, pelo menos, da chancela do Executivo Federal.

Mesmo do ponto de vista terminológico, a Constituição de 1967 demonstrava pouco ou nenhum apreço à causa federativa, ao ser denominada “Constituição do Brasil”, em oposição às suas antecessoras republicanas, sempre denominadas “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”. Da mesma forma, tivemos uma abrupta desidratação do rol de competências deferidas aos Estados, especialmente em setores considerados estratégicos pelo Poder Central, como atividades policiais e serviços como telecomunicações e energia elétrica¹⁰⁰.

Se, nesses setores, o centralismo significou a subtração de competências e atribuições outrora deferidas aos Estados, como bem demonstrou Pereira, em outros tivemos a supressão de competências antes de incumbência municipal, sendo então redistribuídas aos Estados. O exemplo mais cabal desse movimento veio com o Programa Estratégico de Desenvolvimento do Governo Costa e Silva (1968/70), através de um de seus principais instrumentos, o PLANASA (Plano Nacional de Saneamento Básico), que tinha por objeto o financiamento, através de recursos do Banco Nacional da Habitação (BNH), da expansão de redes de abastecimento de água e coleta de esgoto em ambientes conurbados, entregando esses serviços a Companhias Estaduais como a SABESP, a CEDAE (RJ), a COPASA (MG) e a SANEPAR (PR), tirando de cena os serviços municipais, atores relevantes do Sistema até então vigente, sem qualquer compensação¹⁰¹.

A despeito de toda essa crítica, Kubliskas admite a compatibilidade desse modelo com os postulados da democracia. Entretanto, o autor anota se tratar de um modelo de feição autoritária, acarretando a progressiva supressão das autonomias locais,

¹⁰⁰ PEREIRA, Fábio Franco. **A Federação no Constitucionalismo Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 136.

¹⁰¹ Para uma análise mais completa do PLANASA, suas características e impactos no setor de saneamento, sugerimos a leitura de nosso artigo: DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Saneamento Básico e Direito Urbanístico: Aproximações. In: **Revista dos Tribunais São Paulo: RTSP**, v. 2, n. 5-6, p. 47-70, mar.-abr./ maio-jun. 2014.

unilateralidade decisória centrada na União e, na nossa visão, mais relevante, “o enfraquecimento da função de limitação de poder exercida pelo Federalismo”¹⁰².

Em oposição ao modelo do federalismo de integração, a doutrina apresenta o federalismo de cooperação. Esse modelo de organização federativa é uma evolução do chamado *federalismo cooperativo*, produto direto da ampliação das demandas postas ao Estado desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Antes de procedermos à análise do federalismo de cooperação, sua história e características, convém, na esteira da obra de Enoch Alberti Rovira, problematizar a própria denominação adotada para esta espécie de arranjo federal. Isso porque o citado autor¹⁰³ afirma que a cooperação é algo ínsito ao federalismo como um todo. Mesmo no federalismo dual ou no federalismo de integração sobrevive alguma dose de cooperação entre os entes federativos. Assim, o uso do epíteto “de cooperação” após federalismo não pode significar uma cooperação genérica, ordinária, sob pena de incorrerem em redundância. Na verdade, para o autor, é preciso dotar o termo “de cooperação de significado especial. In verbis:

“Portanto, cooperação não pode designar simplesmente uma colaboração genérica entre a Federação e os entes federados. E, de fato, é possível formular uma concepção específica da cooperação, cujo fundamento objetivo e ponto de partida é constituído pela aparição e desenvolvimento de uma série de formas especiais de relação entre as duas instâncias estatais, que se diferenciam com clareza dos mecanismos ‘clássicos’ de relação federal. Sobre essa base, e não sobre a ideia da colaboração geral mínima e indispensável, se constrói a teoria da cooperação federativa, e mais especificamente, das relações cooperativas federais”.¹⁰⁴

¹⁰² KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 66.

¹⁰³ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 345.

¹⁰⁴ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 346. No original:

“Por tanto, cooperación no puede designar simplemente una colaboración general entre la Federación y los miembros. Y, en efecto, es posible formular una concepción específica de la cooperación, cuyo fundamento objetivo y punto de partida está constituido por la aparición y el desarrollo de una serie de formas especiales de relación entre las dos instancias estatales que se diferencian con claridad de los mecanismos ‘clásicos’ de relación federal. Sobre esta base, y no sobre la idea de la colaboración general

Esse arranjo é concebido como um instrumento do *New Deal* adotado pelos Estados Unidos sob a Administração do Presidente Franklin Delano Roosevelt. Nos termos expostos por Gilberto Bercovici¹⁰⁵, é fruto de uma nova visão intervencionista do Estado, típica do modelo de *welfare state*, que emergiu após a Grande Depressão, como ficou conhecido, na historiografia, o período pós Crise de 1929, no qual o Estado se viu obrigado a sofisticar e ampliar sua ação no tecido social, assumindo uma posição de fomento e prestação, nos termos de Rovira¹⁰⁶. Sob este prisma, não mais é possível manter dois centros de decisão política que atuam em paralelo, com poucos ou nenhum ponto de intersecção. Muitas questões exigem atuações bastante técnicas dos governos, que o Poder local, sozinho, não tem condição de oferecer. Mais do que uma formulação teórica ou uma doutrina política, o federalismo de cooperação é um método pragmático desenvolvido para resolver problemas concretos, como mostra o citado Rovira¹⁰⁷. No mesmo sentido segue a lição de Martin Painter ao comentar a adoção do federalismo cooperativo na Austrália¹⁰⁸.

Ademais, o Século XX viu a democracia liberal se consolidar como o mais bem sucedido modelo de organização da sociedade política, a ponto de alguns, como Francis Fukuyama, decretarem o fim da história. Certos ou errados esses autores, não resta dúvida que o federalismo cooperativo cai como uma luva nas democracias liberais contemporâneas. Do governo democrático espera-se, como descrito na clássica lição de Monica Herman Salem Caggiano¹⁰⁹, uma correspondência plena da decisão política em relação à perspectiva social. O governo democrático é, por definição, responsivo às demandas da sociedade civil. Nesse contexto, a descentralização promovida pelo federalismo de cooperação passa a ser uma ferramenta valiosa na obtenção dessa correspondência, por tornar a tomada de decisão um processo mais fluido e aberto. As Constituições democráticas passam a viver um verdadeiro caso de amor com o modelo federal, agora que este está trajado das belas vestes do Federalismo Cooperativo. Marçal Justen Filho, em conhecido parecer, afirma “*a cooperação entre os entes federados é indispensável para a ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da*

mínima e indispensable, se construye la teoría de la cooperación federal, y más específicamente, de las relaciones cooperativas federales.”

¹⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. Federalismo Cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 16, p. 13-25, 2002, p. 16.

¹⁰⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 356.

¹⁰⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 341.

¹⁰⁸ PAINTER, Martin. **Collaborative Federalism**. Economic reform in Australia in the 1990s. Melbourne: Cambridge University Press, 1998, p. 11

¹⁰⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito Parlamentar e Direito Eleitoral**. Barueri: Manole, 2004, p. 25.

eficiência da atividade administrativa”¹¹⁰. No mesmo sentido, Alberti Rovira afirma que a renovação do Federalismo como opção viável de forma de Estado se deve em grande parte a “*seu novo valor como elemento estrutural que garante e intensifica a construção democrática do Estado*”¹¹¹. Em uma das mais valorosas e eruditas obras já produzidas sobre o federalismo no Brasil, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “*(...) o sistema federativo aparece como fórmula conciliadora das liberdades, em época de aceleração progressiva da dinâmica social e política (...)*”¹¹².

O federalismo cooperativo tem como característica diferencial o estabelecimento de um dever de cooperação. A ordem federal não é mais caracterizada pela existência de dois polos paralelos de poder, mas, como indica Corwin, um único mecanismo de governo, no qual os governos estadual e federal cumprem funções complementares, na busca de um interesse público comum estabelecido pela Constituição¹¹³. O cumprimento desse dever se materializa a partir do estabelecimento de instrumentos de cooperação que têm por escopo tornar uniforme e harmônica a ação, num contexto em que são exercidas diversas competências comuns entre os diversos entes federados, para evitar que a ação desconcertada desses atores se revele desastrosa, face à complexidade dos desafios. Tratando do tema, Ellis Katz relata como um exemplo de insucesso, nesse esforço de concertação, a catastrófica resposta das autoridades norte-americanas ao furacão Katrina, que praticamente varreu do mapa a cidade de New Orleans em 2005. Afirmando que uma das vantagens do federalismo cooperativo é a existência de sistemas redundantes de socorro em caso de desastres, o autor deixa antever que essa redundância não pode servir para que um ente aguarde passivamente a ação do outro, ao contrário, serve para que todos deem sua contribuição nos esforços de controle dos danos e socorro às vítimas¹¹⁴.

O que torna o federalismo de cooperação interessante é justamente o fato de que essa concertação entre os diversos entes se dá não com base no desejo dos mandatários de

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004**. Disponível em < www.cidades.gov.br/media/consorciopublico/parecermarcaljustenfilho>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015.

¹¹¹ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 358. No original:

“*su nueva valoración como elemento estructural que garantiza e intensifica la construcción democrática del Estado*”.

¹¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/ UCMG, 1982, p. 320.

¹¹³ CORWIN, Edward. S (ed). **The Constitution of the United States of America**. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 30, 1952. Washington D.C.: United States Government Printing Office, 1953.

¹¹⁴ KATZ, Ellis. American Federalism and the challenges of the modern world. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina (orgs). **As Novas Fronteiras do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 37.

plantão, mas sob o primado da Constituição Federal, com base em postulados de diálogo, negociação e consentimento. Nos dizeres de Kublickas,

*“a uniformização deve sempre e necessariamente ser obtida por meio da negociação e do acordo entre os entes federados, que devem definir em conjunto as pautas da ação, e nunca por meio da imposição unilateral da vontade de um deles sobre os demais.”*¹¹⁵

A tese de Kublickas é sustentada pela competente doutrina de Paulo Bonavides, para quem o federalismo cooperativo democrático encontra sua fundação no direito. Afirma o jurista paraibano que

*“Das disposições da lei suprema brota a solidariedade dos entes constitutivos, única alternativa segura para a integração consentida, que jamais se obteria com o federalismo cooperativo de natureza autoritária.”*¹¹⁶

2.6. A cooperação no federalismo cooperativo

Mesmo no federalismo dual ou no federalismo de integração, o fenômeno cooperativo se faz presente, ainda que em proporção significativamente menor que no federalismo de cooperação. Como disse Alberti Rovira, não se concebe um regime federativo desprovido de alguma forma de cooperação, por mais tímida que ela possa ser. A simples coexistência de duas esferas de governo que projetem, em alguma medida, seu poder em um mesmo âmbito territorial já obriga a existência de pontos de contato. Assim, é inadequado tomar a cooperação federativa como um fenômeno novo, ou imaginar que ele só ocorra em determinadas condições temporais ou institucionais.

A partir disso, deduz o autor ser possível a diferenciação de um fenômeno cooperativo genérico, que ocorre sob qualquer variante federativa, de outro, que é típico do federalismo cooperativo, e que dá a ele feições próprias em detrimento das demais formas pelas quais o fenômeno federativo se expressa. Esse elemento próprio do federalismo de cooperação se insere no processo de tomada de decisão, no qual as diversas frações do

¹¹⁵ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 69.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. O papel dos organismos regionais no federalismo brasileiro. In: **Revista de Finanças Públicas**, ano XLIV, nº 358, abr/jun 1984, p. 17.

poder, representadas por cada ente federativo, ganha espaço na formação da vontade geral. A esfera central de poder e as esferas regionais abandonam a realidade de existência paralela na qual se inseriam, e passam a formar um novo todo. Não mais existem *two centers of government*, mas sim um todo único, no qual todos atuam em busca de interesses comuns. O poder, as competências, deixam de ser distribuídas, passando a serem repartidas entre os membros da Federação.

Uma vez formada a vontade geral, com a participação dos entes regionais de poder, passa-se à seara da execução dessa vontade. Alberti Rovira afirma que a execução dessa vontade geral é federalizada. Até por ser produto da participação dos entes regionais, essa vontade geral é dotada de uma maleabilidade que permite sua adaptação aos diferentes contextos regionais, mormente em grandes Estados federais, como é o caso do Brasil, dos Estados Unidos ou do Canadá, por exemplo. Nas palavras do autor, que tem como referencial o federalismo alemão,

*“Os Länder contribuem decisivamente à formação de uma vontade uniforme em escala federal, por um lado, e por outro, executam como tarefa própria dita vontade, moldando-a a suas necessidades específicas.”*¹¹⁷

Assim, nasce o que Wellington Kublickas chama de “*forma especial de relacionamento dos entes federativos*”¹¹⁸, que vai além da mera e simples colaboração. Nela, temos, nos dizeres de Alberti Rovira¹¹⁹, uma tomada conjunta de decisões acompanhada por um coexercício de competências, com uma divisão fraterna das responsabilidades pelas ações executadas sob esse regime. Não há mais o exercício solitário e autônomo de competências alternativamente distribuídas, mas sim uma atuação conjunta e concentrada, baseada na adesão voluntária das partes ao consenso construído quando da forja do regime constitucional em vigor, que representa a norma fundante de todo o arcabouço do Estado federal, e não em mecanismos centralizados de coerção via *hard power* (pela ameaça de intervenção federal, por exemplo) ou *soft power* (através de mecanismos voluntários de transferência de renda).

¹¹⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 364. No original:

“los Länder contribuyen decisivamente a la formación de una voluntad uniforme a escala federal, por un lado, y por otro, ejecutan como tarea propia dicha voluntad, moldeándola a sus específicas necesidades.”

¹¹⁸ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 76.

¹¹⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 369.

Como dito anteriormente, o dever de cooperar é produto de um consenso construído no momento de manifestação do Poder Constituinte, com a efetiva participação de todos os entes envolvidos. Não se concebe que esse dever seja estabelecido por imposição de uma das partes (naturalmente, o poder central), pois se assim fosse restaria jogada por terra a autonomia dos entes sub-nacionais que caracteriza o federalismo. Uma vez estabelecida a gama de competências que os entes federativos deverão exercer sob o manto da cooperação, poderá o Constituinte dispor do modo de exercício dessas competências para melhor operacionalizá-lo.

De todo modo, é conveniente perquirir qual é o fundamento jurídico desse dever de cooperação, analisando sua origem, sua posição no arcabouço normativo, para então buscarmos quais são os instrumentos que viabilizam o cumprimento desse dever.

2.7. O Princípio da Lealdade Federativa (*Bundestreue*): origens, fundamentos e implicações

O princípio da lealdade federativa tem suas origens em período anterior à própria formulação dos ideais federativos. Enoch Rovira¹²⁰ encontra-as na relação estabelecida entre vassallos e senhores feudais, na qual os primeiros, em troca da proteção dos segundos, se comprometiam a não se conduzir de modo que pudesse prejudicar os interesses de seus protetores. A transição das relações privadas para o campo estatal se deu no período de formação do Estado moderno, aparecendo na Paz da Westphalia, através do acordo de fidelidade entre atores soberanos em relação aos quais não existiam relações de vassalagem. Assim, mesmo antes da unificação alemã, já havia um dever de lealdade entre os Estados que, mais tarde, se tornariam os Länder.

Na segunda metade do Séc. XIX, com o avanço do processo de unificação, o dever de lealdade foi sendo incorporado pelo direito constitucional alemão. Em um primeiro momento, tinha ainda um caráter bastante contratualista, misturando-se com os princípios da boa fé, proteção à confiança e do *pacta sunt servanda*. Von Wahlendorf, citado por Kublickas¹²¹, afirma que Otto von Bismarck, o artífice máximo da unificação alemã,

¹²⁰ ROVIRA, Enoch. *Op cit*, p. 237-238.

¹²¹ VON WAHLENDORF, H. A. Schwarz-Leibermann. Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la Bundestreue (fidélité fédérale). In: **Revue du droit public et science politique**, 1975. APUD: KUBLICKAS, Wellington. *Op cit*, p. 97.

defendia que a “*base do Reich descansava na ‘fidelidade federal dos príncipes’ e especialmente ‘na confiança na fidelidade da Prússia a dito pacto’*”.

Ainda da doutrina de Rovira¹²², extraímos que a formulação jurídica do princípio da *Bundestreue* é obra de Rudolf Smend, em artigo de 1916. Examinando elementos da prática constitucional do II Reich sob a vigência da ordem constitucional de 1871, o autor concluiu que a referida ordem, além de estabelecer expressamente parâmetros organizatórios para a relação entre o ente central (*Bund*) e os organismos regionais (*Länder*), estabeleceu também parâmetros implícitos de relações funcionais entre eles, indicando que esses parâmetros eram formatados a partir de normas que, ainda que não escritas, decorriam claramente das disposições expressas da Constituição. Entre as normas nascidas desse processo exegético, estaria o dever de fidelidade dos membros da Federação aos compromissos assumidos na unificação, a incluir um dever de manutenção de um permanente estado de amizade e de boa-fé, numa atitude materialmente construtiva em suas relações interfederativas, cumprindo suas obrigações constitucionais.

Passada a Primeira Guerra Mundial, o Estado alemão se viu obrigado a se reorganizar, vendo o florescimento da república de Weimar. Na nova dinâmica constitucional, o Estado foi refundado sob novas bases que exigiram a reformatação do conteúdo jurídico do princípio da lealdade federativa. Isso porque, com a consolidação do arranjo federativo, foram abandonadas as bases contratualistas da Federação, implicando na necessidade de superar as fórmulas pseudodiplomáticas (para usar o termo de que lança mão Rovira) de solução de controvérsias entre os *Länder* e o *Bund*. A grande solução para essa questão, que reverbera até hoje nas Constituições dos Estados federais de todo o mundo, inclusive na Constituição Federal de 1988 (Brasil), foi a judicialização dos conflitos federativos. Ademais, aumentaram sensivelmente as hipóteses de intervenção direta do *Bund* nos *Länder*.

Com tamanhas mudanças, também foi necessário que a doutrina e a jurisprudência alemãs reorientassem os pressupostos do princípio da lealdade federativa. Para tanto, formulou-se que o princípio não mais deriva da base contratual do regime federal, mas sim é imanente ao novo regime constitucional, dele derivando de forma evidente. Passou a

¹²² ROVIRA, Enoch. *Op cit*, p. 241-242.

servir então como um dos argumentos a fortalecer a tendência centralista da República de Weimar, conforme apontado por Rovira¹²³.

De todo modo, o princípio passa a ter uma função moderadora, sendo um dos mecanismos constitucionais de descompressão, funcionando como válvula de escape para o alívio de tensões entre os diferentes entes federados, inevitáveis em qualquer federação. Entretanto, o contexto de virulenta litigiosidade e crise profunda que se instalou na Alemanha no período entre-guerras acabou por comprometer o efetivo uso do princípio enquanto ferramenta jurídica para o desarmamento dos conflitos que, ao fim e ao cabo desse período, sepultaram a República de Weimar, transformando a Alemanha, com a ascensão do nazismo no início da década de 1930, num Estado totalitário e, portanto, absolutamente centralizado, com os parlamentos regionais sendo abolidos pelo governo nacional-socialista ainda em 1933. Assim, interrompeu-se uma longa tradição federalista na região, o que levou Helmut Steinberger a afirmar que “*Ao longo de sua história de mais de 100 anos, exceto o período de 1933 a 1945, o panorama político da Alemanha sempre teve uma estrutura federalizada*”.¹²⁴

Ao final da 2ª Guerra, com a ascensão da Ordem Constitucional fundada em 1949, o princípio da lealdade federativa permanece sendo um princípio implícito da Lei Fundamental de Bonn. Nesse diapasão, ele continua sendo visto como um mecanismo naturalmente decorrente da opção federativa, cumprindo papel fundamental para garantir a sanidade e a dinâmica federativas. Assim, cada ente da federação está obrigado a considerar o interesse dos demais e da coletividade no exercício de suas competências. É nisso que o princípio encontra seu significado substancial, fundamentando o que Rovira chama de uma “*ética institucional objetivizada*”¹²⁵, de nítido caráter jurídico, reconhecido a partir do conteúdo material da Lei Fundamental.

Contemporaneamente, o princípio tem como conteúdo essencial o dever de ação de todos os entes federados conduzirem seus negócios de acordo com o espírito desse pacto, irmanando-se todos na defesa e garantia da integridade da ordem jurídica. Essa regra de conduta independe do arranjo constitucional de divisão de competências entre o ente

¹²³ ROVIRA, Enoch. *Op cit*, p. 241-244.

¹²⁴ STEINBERGER, Helmut. Bemerkungen zu einer Synthese des Einflusses ausländischer Verfassungsideen auf die Entstehung des Grundgesetzes mit deutscher verfassungsrechtlichen Traditionen. *Apud* CURRIE, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The Chicago University Press, 1994, p. 33. No original:

“*Throughout its more than 1,000-year history, except for the years from 1933 to 1945, the political landscape of Germany always had a federal structure*”.

¹²⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. *Op cit*, p. 247.

central e os demais entes federados. É, na verdade, o correspondente constitucional da exigência de boa-fé que marca o direito civil atual, consectário da adoção do arranjo federalista.

Assim, fica claro que, sob a atual configuração constitucional alemã, resta superado o centralismo, que, no passado, marcava o manejo do princípio. Percebe-se que sua aplicação é bilateral, condicionando o comportamento tanto dos Länder quanto do Bund, impondo obrigações a todos os entes federados no exercício de todas as funções que lhes são delegadas pela Lei Maior, sempre permeando sua ação por uma conduta construtora de boas relações. Sintetizando o tema, trazemos a doutrina de Kublickas:

“(...) é possível afirmar que a lealdade federativa opera como (a) um dever imposto a todos os entes federados de atuarem conjuntamente em conformidade com a natureza da Federação, contribuindo para reforçá-la e para a realização dos legítimos interesses da União e dos Estados; (b) um dever, aplicável em todos os ramos das relações interfederativas, de desenvolver um comportamento leal em suas relações recíprocas; (c) um princípio voltado a conter o egoísmo dos entes federados, que se traduz em um dever de consideração recíproca; e (d) um princípio de solidariedade federal, da qual nasce um dever de auxílio recíproco (em especial financeiro) entre os entes da federação.”¹²⁶

Na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), a primeira aparição do princípio da *Bundestreue* se deu em 1952, no chamado *Housing Funding Case*, quando, na primeira decisão de sua história, interpretando o art. 20, I, da Lei Fundamental de Bonn, que estabelecia a Alemanha como um Estado democrático, federal e social, o Pretório desconsiderou o veto do Land da Bavaria em um projeto que destinava recursos federais a programas de habitação popular por entendê-lo como arbitrário¹²⁷. Porém, foi em 1961 que veio o caso paradigmático na formulação jurisprudencial do princípio da lealdade federativa. No *Television Case I*, a Corte anulou um ato do Premiê Konrad Adenauer, criando uma segunda rede nacional de TV, concorrendo com outra rede já previamente em operação, controlada pelos Länder, por

¹²⁶ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 105.

¹²⁷ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 69.

considerar ter essa decisão por conteúdo matéria cultural, que estaria inserida na alçada exclusiva dos entes subnacionais. Ademais, apenas teria havido a consulta prévia a um Land, politicamente alinhado ao governo central, trazendo aos demais um fato consumado¹²⁸.

Foi, porém, no particular campo das finanças que o princípio da *Bundestreue* fez uma de suas mais apoteóticas aparições na jurisprudência da Suprema Corte alemã. Em 1992, os Länder de Saarland e Bremen estavam sob intensa crise financeira. No primeiro caso, trava-se de um ente de pequena extensão territorial que mudou de mãos entre França e Alemanha, tornando-se um Land apenas em 1957. Tendo uma economia focada no setor primário, especialmente na produção de carvão e aço, a região, que outrora fora um importantíssimo polo de produção de armas, enfrentava uma pesadíssima crise econômica que comprometia a capacidade de manutenção do governo local, experimentando inclusive uma grande fuga de mão de obra em busca de melhores salários. Já Bremen, igualmente um pequeno ente federado, enfrentava quedas seguidas de arrecadação no mesmo momento em que precisava atender a crescentes demandas por serviços públicos, inclusive por conta de intensas migrações no contexto de uma Alemanha recém unificada, levando a crescentes déficits orçamentários. Nesse contexto, alegou, juntamente com o outro Land citado, e a Corte reconheceu, a existência de um dever de assistência mútua entre os membros da Federação, fundado no princípio do *Bundestreue*, que os obrigava a socorrer seus pares sob extrema dificuldade financeira, de modo a estabilizar as posições econômico-financeiras da Federação¹²⁹. Percebe-se que com isso, como aponta Kublickas, o Tribunal alargou a noção de lealdade, incorporando a ela uma dimensão ativa, de solidariedade. Valendo-nos da tradução oferecida pelo autor, a Corte assim sintetizou o *Bundesverfassungsgericht*¹³⁰:

“quando um membro da comunidade federal – seja o Bund, sejam os Länder – se encontra em uma situação de extrema emergência financeira – que coloca em perigo a sua capacidade de cumprir

¹²⁸ CHOUDHRY, Sujit e STACEY, Richard. Independent or Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies. In: HARVEY, Colin e SCHWARTZ, Alexander (eds). **Rights in Divided Societies**. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 117.

¹²⁹ BRAND, Dirk. **Financial constitutional law: A comparison between Germany and South Africa**. Johannesburg: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 271.

¹³⁰ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 109.

com as suas competências constitucionais e da qual não é capaz de se libertar pelas suas próprias forças-, o princípio federalista (...) da exigência do equilíbrio econômico geral se concretiza no dever de todos os outros membros da comunidade federal prestarem auxílio ao membro em dificuldade, a fim de estabilizar sua situação econômica (...). A emergência, que por força de um dever de solidariedade deve ser combatida em conjunto, requer esforços e sacrifícios por parte de todos”.

É curioso que, a despeito de se tratar de um princípio indissociavelmente atrelado ao federalismo, no local de nascimento dessa forma de Estado, a doutrina não o enxerga em seu sistema. David P. Currie, por exemplo, afirma que

*“Nossa Suprema Corte não encontrou um princípio geral comparável na Constituição dos Estados Unidos. O Artigo IV contém uma variedade de disposições impondo deveres específicos nas relações entre os governos federal e estaduais no interesse do sistema federal. Mas a mera existência das provisões explícitas dos Artigo IV tem sido tomada como evidência contrária à existência de qualquer obrigação implícita de lealdade federativa como reconhece a Corte alemã”.*¹³¹

Ainda sobre o panorama norte-americano, no mesmo sentido segue a opinião de Luigi Marco Bassani:

“Um ponto que deve ser enfatizado é que a tradição constitucional dos Estados Unidos não conhece princípio comparável àquele do Bundestreue, trabalhado pela Corte Constitucional alemã como

¹³¹ CURRIE, David P. *Op cit*, p. 78. No original:

“Our Supreme Court has found no comparable general principle in the Constitution of the United States. Article IV contains a variety of provisions imposing particular duties on state and federal governments in the interest of the federal system (...). But the very existence of Article IV’s explicit provisions has been taken as evidence against the existence of any overall implicit requirement of federal comity such as recognizes by the German court.”

*desenvolvimento orgânico do conceito pseudofederal, que prevaleceu desde Bismarck”.*¹³²

De todo modo, do exposto acima extraímos que estamos diante de um princípio de alta densidade normativa, ainda que implícito tanto à Constituição alemã quanto à Constituição brasileira. É uma norma cogente a condicionar a conduta dos entes federados, obrigando todos os atores do cenário federativo a atuar de modo a prestigiar a harmonia desse cenário. Vigora entre os entes federados um dever de constante cooperação, consulta, diálogo e compartilhamento de informações, bem como um dever de socorro em situações extraordinárias.

A densidade normativa desse princípio encontra diversas formas de se concretizar. Como afirma Kublickas, o acordo e a negociação são os instrumentos por excelência de concretização do princípio¹³³. E o lócus em que esses processos de concertação se operacionalizam são, justamente, os espaços de representação plural. Um exemplo bastante citado de órgão desse gênero é o Conselho Nacional de Política Fazendária, o CONFAZ. Ao CONFAZ compete promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, reunindo em torno da mesma mesa, além de autoridades do alto escalão da administração do sistema tributário nacional, todos os Secretários de Estado da Fazenda.

É prerrogativa do CONFAZ o tratamento das questões de isenção e incentivos tributários. No entanto, tem-se percebido, por parte de todos os entes federados brasileiros (União, Estados e mesmo dos Municípios), um enorme despreço por esse fórum, e portanto, pelo princípio da lealdade federativa. É absolutamente comum ver, na disputa por investimentos, ou na busca pelo crescimento econômico, Estados isentando empresas de ICMS, criando uma concorrência desleal com aqueles que não concedem o mesmo benefício. Ao mesmo tempo, em diversas ocasiões, a União promove desonerações que “mordem” a parcela de tributos (impostos, em particular) que deve, por disposição

¹³² BASSANI, Luigi Marco. **Liberty, State and Union**: The Political Theory of Thomas Jefferson. Macon, GA: Mercer University Press, 2010, p. 191. No original:

“One point that needs to be emphasized is that the United States constitutional tradition knows no principle comparable to that of the Bundestreue, worked out by the German Constitutional Court as organic development of the pseudofederal concept, which prevailed from the of Bismarck onwards”.

¹³³ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 133.

constitucional, ser transferida aos entes inferiores. É a chamada guerra fiscal, que tem sido objeto de atenção por parte da doutrina especializada.

Evidentemente, essa prática é frontalmente antagônica ao princípio da lealdade federativa. Não custa esquecer que o princípio obriga que os entes federados, no exercício de suas competências, devem se conduzir sob a cláusula do não-prejuízo aos demais entes. A ação desses entes não pode ser expressão de um egoísmo que desconsidera o interesse de seus pares. Nesse sentido, aliás, a unanimidade da doutrina, que já reverbera na jurisprudência dos tribunais superiores, em particular do STF (por exemplo, ADIs 2377, 4481, 2906, 4152, 1247-MC, 2376, 2357-MC, 3312, entre dezenas de outras).

Em artigo dedicado ao tema, o prestigiado tributarista Roque Antonio Carazza conclui:

“Diante do exposto, podemos concluir que, em homenagem aos princípios federativo e da lealdade federativa, (i) é vedada a guerra fiscal; (ii) os repasses das quotas financeiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas (cfr. arts. 157, 158 e 159, da CF), não podem ser afetados pelas desonerações tributárias que a União e os Estados-membros concedem aos seus contribuintes; e, (iii) os Municípios têm o direito constitucional subjetivo de receber do Estado, 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS (art. 158, IV, da CF), sendo que: a) 3/4, no mínimo, destes mesmos 25%, corresponderão ao valor adicionado em seus respectivos territórios, ou seja, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do das prestações de serviços, deduzido o das mercadorias entradas, em cada ano civil (cfr. art. 158, parágrafo único, I, da CF, c.c. o art. 3o, § 1o, I, da LC 63/90); b) até 1/4, sempre destes 25%, serão creditados segundo critérios fixados em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da CF); e, c) é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e

ao emprego, aos Municípios, dos recursos, a este título, a eles atribuídos (art. 160, caput, da CF).”¹³⁴

Porém, não são a negociação e o acordo os únicos instrumentos aptos a dar concretude ao princípio da lealdade federativa. Como o próprio exemplo da guerra fiscal evidencia, temos a plena incidência do citado princípio às relações entre os entes federados, mesmo sob a condição de horizontalidade, isto é, nas relações entre entes do mesmo patamar federativo. Em sendo assim, sob o marco do Estado de Direito, e nos termos do art. 5º, XXV da Constituição Federal, é perfeitamente possível judicializar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito que decorra da não observância do princípio. E isso tem ocorrido com frequência.

Por conta desse fato, em diversas ocasiões, o STF tem reconhecido a incidência do princípio e, com base nele, fundamentado decisões que condicionam o comportamento das partes naquela situação. Um significativo exemplo é a decisão proferida em sede de Tutela Antecipada nos Autos da Ação Cível Originária 2178, funcionando como Relator o Min. Luís Roberto Barroso. Nesse feito, o Estado do Espírito Santo questiona a União pela ocorrência de onerosidade excessiva em um contrato através do qual cedeu créditos futuros decorrentes de *royalties* recebidos em troca da exploração de hidrocarbonetos em seu território. Ocorre que, na vigência do contrato, variações dos preços do petróleo e gás natural tornaram a prestação devida pelo Autor excessiva em relação ao benefício auferido pela Ré.

Ao antecipar a tutela requerida pelo Estado do Espírito Santo, assim decidiu, no mês de novembro de 2013, o Min. Roberto Barroso:

“LITÍGIO ENTRE ESTADO-MEMBRO E A UNIÃO. CONTRATO DE CESSÃO DE ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. VARIAÇÃO EXPRESSIVA DO PREÇO INTERNACIONAL. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. As relações entre entes da Federação, especialmente entre a União e Estado-membro, devem ser regidas por vetores

¹³⁴ CARAZZA, Roque Antonio. O princípio federativo, a lealdade federativa, a guerra fiscal e os repasses das quotas financeiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas, mormente aos municípios. In: **Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo**, v.3, n.1, jan/dez de 2014, p. 84.

constitucionais como lealdade federativa, solidariedade e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Nem mesmo nas relações estritamente privadas se tolera o ganho desproporcional, decorrente de motivos imprevisíveis. (...)” (grifo nosso)

No mesmo sentido, aliás, em ocasião anterior, já vinha o STF mostrando apreço pelo princípio. Na Petição 3388/RR, questionava-se o processo de demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima. Ao julgar o feito, relatado pelo Min. Carlos Ayres Britto, assim decidiu o Excelso Pretório:

*“(...) 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. **A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).**” (grifo nosso)*

Como se percebe, já ali o STF entendia que o comportamento dos entes federados deveria ser pautado na harmonia. E o fazia com base no voto oferecido pelo Min. Gilmar Mendes nessa ação, que defendia que

“Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na

própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar e uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, e não apenas político e moral'. (grifo nosso)

Fica bastante claro que o prestígio conferido ao princípio da lealdade federativa pelo Supremo Tribunal Federal expressa a sua densidade jurídica. A nosso ver, parece evidente que estamos diante de, como disse o Min. Gilmar, uma autêntica norma cogente, cujo alcance claramente excede aquele de um mero postulado político-filosófico. Estamos, a rigor, diante de norma que autoriza o que, eventualmente, venha a ser prejudicado a buscar, junto ao Poder Judiciário, a correção do comportamento do ente faltoso. Em se tratando de relação entre Estados ou entre Estado e a União, emergirá, para isso, a competência originária do STF, conforme o art. 102, I, f.

Essa constatação vem reforçada pelo apreço que demonstram os atores dos processos em trâmite junto ao STF pelo princípio, lançando mão dele como ferramenta argumentativa na defesa de seus interesses em juízo. Apenas a título de exemplo, em recente ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5392), ajuizada em março de 2016, com o fito de questionar uma série de dispositivos do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), o Governador em exercício do Rio de Janeiro argumentou que o inciso III do parágrafo 3º do art. 1035¹³⁵ do novo diploma processual, que estabelece uma presunção de ocorrência de repercussão geral nos recursos que sirvam

¹³⁵ É o teor do dispositivo:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

(...)

à impugnação de acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de Lei federal, que tal dispositivo vai de encontro ao princípio aqui estudado. Para o representante do ente regional, esse regime confere uma proteção adicional a atos normativos federais, ao facilitar o seu exame pelo STF quando declarados inválidos pela instância inferior. Argumenta que, assim, o legislador teria criado uma preferência que retrataria uma espécie de “nobreza” do ato normativo federal em detrimento da produção legislativa dos demais entes federados, o que contraria o espírito do princípio aqui analisado. Resta-nos agora acompanhar a tramitação da ação direta, ainda em fase instrutória, pendente de julgamento.

Da mesma forma, a doutrina vem convidando o STF a ancorar cada vez com maior intensidade suas decisões no princípio da lealdade federativa, dando aumentado a cada dia sua já expressiva densidade normativa. Em artigo publicado na Internet, Leo Ferreira Leoncy¹³⁶ conclama a Corte a analisar a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criado pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, modalidade licitatória simplificada a ser aplicada para a contratação de obras e serviços em situações especiais¹³⁷, buscando um incremento na eficiência dessas contratações, face à necessidade

¹³⁶ LEONCY, Leo Ferreira. **Apreciação do RDC pelo Supremo deverá considerar a lealdade federativa.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=3>>. Acesso em 27 out. 2016.

¹³⁷ O âmbito de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas vem regulado no art. 1º da Lei 12.462/11, cujo texto parcial é o que segue:
Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
(...)

de vultuosas obras a serem executadas na preparação dos grandes eventos esportivos que o Brasil sediou recentemente. Posteriormente, passou a ser aplicável a outras contratações, como aquelas para a construção de estabelecimentos penais ou dedicados à pesquisa científica, tecnológica e de inovação. O professor mineiro entende ser o diploma em questão inconstitucional, por violar a União o dever de lealdade federativa na medida em que, no exercício da função legislativa que estabeleceu normas gerais, restringiu a aplicação do novo regime a hipóteses em que ela seria a única beneficiada, negando essa possibilidade aos demais entes federados. Para o autor, isso revelaria uma conduta a violar o dever de fidelidade federativa. Desse modo, percebe-se que o STF deverá revisitar o princípio num futuro próximo, refinando ainda mais, ao interpretar a Constituição Federal, o seu âmbito de aplicação.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO DA ÁGUA NO BRASIL E NO ESTRANGEIRO

A qualquer observador, por desatento que possa ser, fica mais do que evidente que a ação humana modifica a conformação do meio ambiente que o rodeia. E, se é desse meio ambiente que o homem retira a totalidade dos insumos necessários à sua sobrevivência, ganha relevo o mais importante deles: a água.

Poucas coisas são tão óbvias quanto a essencialidade da água para a vida humana. Basta aqui lembrar que cerca de 70% do corpo humano é composto por água e nenhuma pessoa sobrevive por mais que algumas poucas horas sem o consumo desse recurso. Além disso, em qualquer cadeia produtiva, seja na agricultura, na indústria ou no setor de serviços, a água é um insumo de primeiríssima necessidade. Isso tudo faz com que a água deixe de ser vista como um recurso natural bruto, desvinculado de eventual potencial de uso, e passe a ser vista como um bem dotado de valor econômico, consagrando-se o uso pela literatura do termo “recurso hídrico” em oposição ao termo “água”, justamente com o fito de ressaltar seu potencial econômico, ao lado do qual deve ser destacada sua finitude¹³⁸.

Sobre a questão da finitude da água, Aldo da C. Rebouças afirma que, de acordo com o *International Hydrological Programme*, da UNESCO, a quantidade de água no planeta se encontra estável há aproximadamente 500 milhões de anos, totalizando 1386 km³, ou $1,386 \times 10^{15}$ l¹³⁹. Essa quantidade toda de água se apresenta na Terra sob diferentes formas. Em primeiro lugar, 97,5% desse volume, ainda de acordo com o citado Prof. Rebouças, formam os oceanos e mares, de modo que apenas 2,5% é o que chamamos água doce (em inglês, *fresh water*)¹⁴⁰. Desse diminuto percentual, 68,9% constituem as calotas polares, geleiras e neves eternas. Do restante, 29,9% se localizam sob o solo (águas subterrâneas), 0,9% constitui umidade do solo e água de terrenos pantanosos, restando apenas 0,3% para os rios. Isso mostra o quão escasso é esse recurso natural quando

¹³⁸ A despeito de a literatura técnica usar quase que apenas o termo recursos hídricos, neste trabalho nos permitimos usar água e recursos hídricos como sinônimos.

¹³⁹ REBOUÇAS, Aldo da C. **Água doce no mundo e no Brasil**. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). *Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3^a ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 7.

¹⁴⁰ Nos termos da Resolução CONAMA 357/2004, no Brasil considera-se água doce aquela cuja salinidade seja inferior ou igual a 0,5%. Rebouças critica, à pág. 3 do documento citado, o critério adotado pelo CONAMA pois afirma que “os constituintes em solução na água não são, necessariamente, sais”.

considerada a sua aptidão para utilização pelo homem, situação agravada pelo fato de que nem sempre essa utilização é economicamente viável.

Os dados trazidos por Rebouças apontam ainda para o fato de que no território brasileiro flui 53% da produção sul-americana de água doce e 12% da produção mundial. Isso pode sugerir, a um leitor menos atento, que o Brasil é um país rico em água, o que não é, de modo algum, falso. Porém, a verdade é que a distribuição do recurso não ocorre uniformemente sobre o território nacional, estando primordialmente concentrado na bacia amazônica, ao redor da qual se concentra diminuta parcela da população brasileira, enquanto que nas bacias em cujos territórios se notam densidades populacionais mais expressivas, temos situações de acentuado stress hídrico. Nesse sentido, é ilustrativa a tabela trazida pelo Plano Nacional de Recursos Hídricos¹⁴¹¹⁴²:

REGIÃO HIDROGRÁFICA	POPULAÇÃO		VAZÃO MÉDIA	
	(10 ⁶ hab.)	(m ³ /s)	(m ³ /hab./ano)	
Amazônica	8	131.947	533.096	
Tocantins-Araguaia	7	13.624	59.858	
Atlântico Nordeste Ocidental	5	2.683	15.958	
Parnaíba	4	763	6.456	
Atlântico Nordeste Oriental	21	779	1.145	
São Francisco	13	2.850	7.025	
Atlântico Leste	14	1.492	3.362	
Atlântico Sudeste	25	3.179	3.972	
Atlântico Sul	12	4.174	11.316	
Uruguai	4	4.121	33.893	
Paraná	55	11.453	6.607	
Paraguai	2	2.368	39.559	
Brasil	170	179.433	33.376	

Figura 4: Vazões médias e disponibilidade hídrica anual por habitante nas macrobacias brasileiras

A simples leitura dos dados da tabela mostra que é extremamente irregular a distribuição de água ao longo do território nacional. Isso, contudo, por si só, não explica o fato de, constantemente, diversas regiões do Brasil atravessarem fases mais ou menos prolongadas

¹⁴¹ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Recursos Hídricos. **Plano Nacional de Recursos Hídricos**. Panorama e estado dos recursos hídricos do Brasil. Vol. 1. Brasília: MMA, 2006, p. 207.

¹⁴² Apenas anota-se que o critério utilizado pelo Plano Nacional, assim como pelos sucessivos Relatórios de Conjuntura da ANA, é a separação em Regiões Hidrográficas, não em bacias, o que se explica pela abrangência de ambos os trabalhos.

de crise hídrica. Rebouças afirma que “*mesmo nos estados mais populosos, o que mais falta não é água, mas determinado padrão cultural que agregue a necessidade de combate aos desperdícios e à degradação da sua qualidade*”¹⁴³.

Dada a percepção de sua finitude, aliada à sua já propalada essencialidade, a água tem sido objeto de regulação jurídica desde tempos muitíssimo antigos. Cid Tomanik Pompeu identifica no Código de Manu, surgido na região onde atualmente temos a Índia, no Talmud (livro sagrado dos Judeus) e no Alcorão referências a normas a regular o uso da água.

Num panorama como esse, a ciência do direito já voltou os seus olhos para a questão. Quando se fala, hoje, do “Direito de Águas”, faz-se referência a um ramo transcendental da ciência do direito, posto que se trata de um conjunto de normas de natureza civil (questões como a propriedade da água), constitucional (divisão de competências em matéria de recursos hídricos), administrativa (autorizações para uso de vazões), ambiental (normas de preservação da água), internacional (gestão de rios transfronteiriços), entre muitas outras espécies de normas. Este estudo se baseia em uma concepção na qual o direito de águas é um ramo do Direito Público (face à inscrição, pela Constituição Federal e pela Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997, dos recursos hídricos no rol de bens de domínio público), de fundamento constitucional, que regula o domínio, a gestão e o uso dos recursos hídricos. Nesse sentido, bastante feliz é o pensamento de Cid Tomanik Pompeu que conceitua o direito de águas como “*conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento, a conservação e preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas consequências*”¹⁴⁴. O autor aponta, ainda, como fontes do direito de águas, a legislação, a doutrina, a jurisprudência e o costume. Já Maria Luiza Machado Granziera formula o mesmo conceito como “*o conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, as competências e o gerenciamento das águas, visando ao planejamento dos usos e à preservação, assim como a defesa de seus efeitos danosos, provocados ou não pela ação humana*”¹⁴⁵. No tocante às fontes, e a nosso ver com inteira razão, a autora agrega os tratados internacionais.

¹⁴³ REBOUÇAS, Aldo da C. *Op cit*, p. 29.

¹⁴⁴ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 43.

¹⁴⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: Disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2006.

O direito de águas, aliás, tem uma especificidade bastante interessante: é um recurso natural que define o seu âmbito de aplicação. Existe, fundamentalmente, porque o uso da água tem um potencial intrínseco de geração de conflitos. Nem sempre a água estará no lugar certo, em quantidade suficiente, com a qualidade desejada e com a perenidade garantida. Além disso, o uso a montante (ou seja, rio acima) impacta necessariamente o uso a jusante (rio abaixo), criando uma situação que demanda a criação de regras de conduta que façam a regência e, de alguma forma, acomodem os diversos interesses envolvidos, isso, é claro, visando à garantia de preservação desse essencial recurso para as gerações vindouras, dentro de parâmetros de sustentabilidade, bem como promovendo a pacificação das relações sociais, dado o enorme potencial de conflito associado à escassez de um recurso tão valioso como a água.

Em passagem bastante curiosa, Sax, Thompson Jr., Leshy e Abrams abrem sua sólida obra relatando um caso de homicídio julgado pela Suprema Corte do Colorado, no qual o caráter criminoso da conduta do réu era questionado em função do fato de que a motivação do ato se relacionava com a forma como a vítima operava um dique, negando ao autor e à sua irmã o acesso à água necessária para a satisfação de suas necessidades. Ao final, a Corte acabou por entender que mesmo sendo digno de censura, o comportamento da vítima não servia como discriminante para a conduta do réu. O Pretório assim encerrou a questão: *“Sangue humano é mais precioso que água, mesmo nesta terra sedenta”*.¹⁴⁶

Aliás, é fundamental anotar aqui que o direito de águas tem por objeto a regulação do uso, preservação, domínio e aproveitamento das águas doces, superficiais ou subterrâneas, em oposição às águas dos mares e oceanos. Essas últimas são objeto de estudo do chamado direito do mar, que já coleciona no Brasil um considerável volume de estudos.

O direito de águas, porém, não foi, no panorama nacional, objeto de mais significativas divagações no que toca à sua autonomia enquanto disciplina jurídica autônoma, com regras e princípios que lhe sejam peculiares. Entretanto, a doutrina internacional oferece valiosa contribuição nesse sentido. Em interessante coletânea de estudos, Samuel C. Wiel¹⁴⁷ identifica um traço comum a todos os esforços de teorização do tema, qual seja, a noção de que a água é um bem de titularidade difusa. A água, pelo

¹⁴⁶ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, JOHN D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, pp. 1-2. No original:

“Human blood is more precious than water, even in this thirsty land”

¹⁴⁷ WIEL, Samuel C. Theories of Water Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Vol. 27, No. 6, pp. 530-544, abr de 1914.

menos em seu estado natural, não é propriedade deste ou daquele. O direito se dedica a regular seu uso, mas não deve chegar a atribuir a propriedade de correntes de água de qualquer espécie. Nesse sentido, a opção do Constituinte de 1988 de tomar a água como bem público, como será visto a seguir, se coaduna com a premissa de Wiel. Também o direito norte-americano vê a água, pelo menos em um primeiro momento, como um bem público. Dissertando sobre o assunto, Cassuto e Sampaio¹⁴⁸ afirmam:

“A água, nos Estados Unidos, é considerada um ‘bem público’. Bens públicos são indivisíveis, públicos e livres. Isso significa que eles não podem ser fracionados ou vendidos e que toda pessoa tem direito a acessá-los sem custo (excluindo-se aqueles custos associados à ‘captação, transporte e entrega’).”

O direito de águas tem sua origem enquanto ramo autônomo da ciência jurídica fortemente identificada com o desenvolvimento da disciplina nos Estados Unidos, mas a doutrina cita ainda o panorama britânico como outro berço importante dela. Tanto em um lugar como em outro, o direito de águas é produto de uma construção histórica, tendo sido, desde os seus primeiros dias (temporalmente localizados na conquista do território ocidental dos Estados Unidos e, no caso britânico, ainda no período pré-revolução industrial), paulatinamente adaptado para atender às demandas sociais do tempo e lugar onde florescia. As primeiras regras eram casuísticas, produto de disputas entre diferentes usuários que eram levadas às Cortes, e dentro do contexto do Common Law, passavam a se constituir em regras abstratas. Nesse sentido, a palavra de Tarlock et al:

“As regras eram inicialmente feitas caso a caso, tipicamente depois da emergência de uma controvérsia e as partes buscarem o direito como modo de resolvê-las. Teorias abrangentes de direitos à água

¹⁴⁸ CASSUTO, David N. E SAMPAIO, Romulo S.R. Water Law in the United States and Brazil: Climate Change & Two Approaches to Emerging Water Poverty. In: **William and Mary Law and Policy Review**, Vol. 35: 371, 2010-2011. No original:

“Water in the United States is considered a ‘public good’. Public goods are indivisible, public and free. This means that they cannot be divided or sold and that all people have the right of access without cost (excluding those costs associated with ‘capture, transportation, and delivery’).”

*não surgiram até o Séc. XIX na Inglaterra e nos Estados Unidos”.*¹⁴⁹

Percebemos, por meio da doutrina de Tarlock, que o direito de águas, qualquer que seja o modelo adotado num determinado contexto de tempo e espaço, é uma resposta às demandas econômicas e sociais daquele contexto.

3.1 Modelos de regulação: a doutrina da Apropriação Primária

Voltando à análise de Wiel, o autor apresenta como um primeiro modelo possível de regulação aquele baseado na Apropriação Primária¹⁵⁰. Assim, o direito de uso de uma determinada vazão incumbe a quem o reclamou primeiro. Esse foi o modelo adotado na conquista dos territórios a oeste dos Estados Unidos, que nos primeiros dias de ocupação pelos brancos, tinha na mineração sua principal atividade econômica (o grande impulso para esse movimento foi a descoberta de ouro na Califórnia em 1848). Tratava-se, na realidade, de uma política pública de estímulo à ocupação daqueles territórios, em sua maioria distantes de fontes de água e, mesmo quando próximos a elas experimentavam desde então uma severa escassez hídrica (o que prova que a atual crise de abastecimento enfrentada pela Califórnia, amplamente noticiada, nada tem de novidadeira).

Nesse sistema, o primeiro mineiro a tornar a água útil em seu processo produtivo passava a ter direitos exclusivos de uso em relação àquelas vazões enquanto ele perdurasse. Segundo Getches, o mesmo modelo era usado pelos primeiros fazendeiros do oeste norte-americano, com resultados satisfatórios, em ambos os casos buscando a pacificação de conflitos que pudessem surgir entre diferentes usuários¹⁵¹. De criação eminentemente pretoriana, temos que um dos *founding cases* dessa teoria é o caso *Irwin v. Phillips*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1855.

Assim, esse é o sistema adotado, seja por disposição legal ou constitucional, nos estados do Alasca, Arizona, Colorado, Idaho, Montana, Nevada, Novo México, Utah e Wyoming, nos termos enumerados pelo citado autor. É bom lembrar que muitos desses

¹⁴⁹ TARLOCK, A. Dan; CORBRIDGE Jr., James N.; GETCHES, David H.; BENSON, Reed D. **Water Resource Management**: a casebook in Law and Public Policy. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, p. 58. No original:

“Rules were first made case-by-case, typically after a dispute broke out and the parties sought the aid of law in resolving it. Coherent theories of water rights did not emerge until the 19th. century in England and the United States.”

¹⁵⁰ *Prior appropriation*, no original.

¹⁵¹ GETCHES, David H. **Water Law in a nutshell**. St. Paul, MN: Thomson/Reuters, 2009, s/p.

estados são compostos principalmente de territórios bastante áridos, em alguns casos até desérticos, como o caso do Arizona, localizados a oeste do chamado Centésimo Meridiano (longitudes superiores a 100° W) e a leste da costa pacífica dos Estados Unidos (nesse particular, com exceção do Alasca). A figura abaixo, extraída de Sax, Thompson Jr., Leshy e Abrams¹⁵², localiza no mapa norte-americano a opção de cada Estado entre o modelo da apropriação primária e as demais alternativas, a serem analisadas adiante neste estudo:

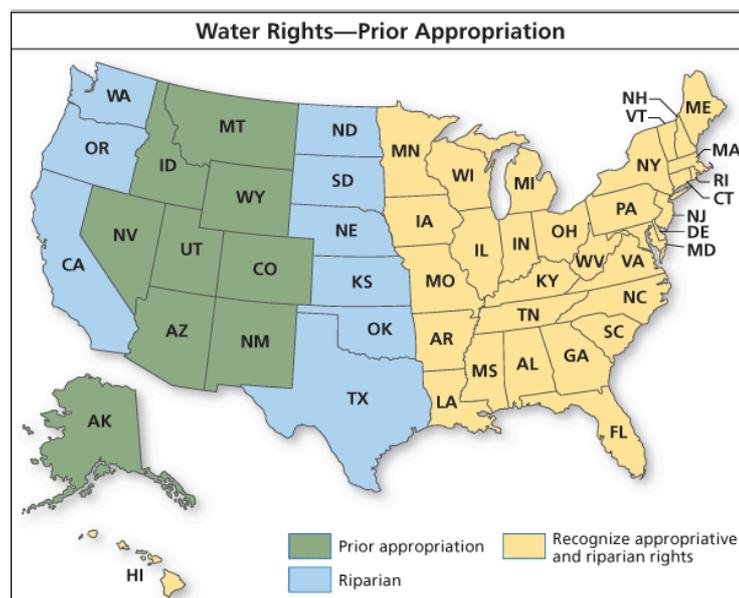


Figura 5: Estados Unidos: modelos de regulação do uso de recursos hídricos

Essa apropriação, porém, não se dá de modo incondicionado, tendo por pressupostos o desvio de seu curso natural (captação) e a perspectiva de uso que beneficie de alguma forma a sociedade. Isso porque, como afirmam Sax, Thomson Jr., Leshy e Abrams, o simples fato de ser proprietário de um terreno lindeiro a um curso d’água não garante ao particular o direito de usar a água que por ele flui¹⁵³. Aliás, essa é uma das “pedras de toque” desse sistema, na medida em que aqueles que o criaram em regra precisavam de alguma forma, garantir direitos sobre águas que eram desviadas e conduzidas a pontos distantes da captação por longos canais, já que, na maioria das vezes, o local de uso (minas e fazendas, em geral) estava a muitos quilômetros de distância da captação. Não faria sentido, naquele contexto, permitir que apenas os proprietários de terrenos lindeiros aos poucos cursos d’água tivessem o direito de utilizá-la.

¹⁵² SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit.*, p. 13.

¹⁵³ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit.*, p. 124.

Assim, havendo, num dado momento, vazões não reclamadas, aptas a serem apropriadas por algum usuário, forma-se uma tríade (captação/desvio, perspectiva real de uso e benefício social gerado por ele) que fundamenta qualquer apropriação. Com base na profícua produção bibliográfica norte-americana sobre o assunto, podemos distinguir as feições principais de cada um dos elementos da tríade:

a) Intenção real de uso

Chamado em inglês de *intent*, esse requisito impõe que, para o reconhecimento da validade de uma determinada apropriação, é necessário que o apropriante tenha, pelo menos, a real intenção de efetivamente usar a vazão apropriada. Assim, um simples desvio para fins paisagísticos, ou mesmo para prevenção de enchentes não confere a quem o execute direitos sobre a vazão desviada. Fica claro, portanto, que a apropriação não pode se dar com finalidades especulativas.

A grande questão aqui é em relação à prova do *intent*, fundamental para definir a quem incumbe o uso prioritário, já que o critério é a anterioridade. Em estados que exigem que, antes da apropriação, o particular obtenha alguma espécie de permissão do Poder Público, o que é hoje a tendência em todos os Estados adotantes do modelo, em geral a questão se esgota no momento em que ele requisita a expedição de tal ato. Já quando essa permissão não é *conditio sine qua nom* para a apropriação, como hoje é o caso apenas do Colorado, exige-se, nas palavras de Getches¹⁵⁴, uma “*demonstração aberta, física*” inequívoca da intenção de uso, apta a demonstrar a terceiros a sua existência. A casuística acerca de atos que demonstrem ou não a real intenção de uso é rica na jurisprudência da Suprema Corte do citado Estado do Colorado, como demonstra o autor.

Por outro lado, uma vez que cesse o uso que justificou a apropriação, os direitos do apropriante se extinguem pelo seu abandono. Alguns Estados, porém, admitem que, se o uso foi interrompido por razões de conservação ou preservação, os direitos sobrevivem, o que será melhor discutido a seguir.

b) Captação/ desvio

Tradicionalmente, para a obtenção de direitos sobre vazões sob o regime de *prior appropriation*, exige-se uma intervenção artificial que desvie a água de seu curso natural.

¹⁵⁴ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

Essas obras devem ser executadas em tempo razoável, não se permitindo apenas apresentações de projetos como forma de garantia de acesso a vazões ainda não apropriadas, como forma de evitar especulações.

Um caso de grande repercussão levado à análise da Suprema Corte do Arizona (*Phelps Dodge Corp. v. Arizona Department of Water Resources*¹⁵⁵), julgado em agosto de 2005, tornou-se paradigmático. Em palavras breves, a sociedade empresarial reclamava contra uma outorga dada pelo Departamento à administração de um parque garantindo vazões que permitissem o uso recreativo de um corpo d'água tributário do Salt River. A grande questão era se, para tal finalidade, exigido que houvesse um efetivo desvio, isto é, que a vazão outorgada fosse efetivamente captada e tirada do corpo d'água como requisito para o reconhecimento da apropriação, o que efetivamente não ocorria no referido parque. Entretanto, a Corte não reconheceu, sob o regime jurídico aplicável ao caso (*Internal Flow Guide*, de 1991), a exigência de captação. Assim, sob a Lei do desértico estado do Arizona, mesmo o uso de vazões não captadas pode ser outorgado.

Esse entendimento da corte do Arizona, entretanto, hoje pode ser vista como uma tendência quase uniforme entre as diversas ordens estaduais. Com o tempo, criou-se uma percepção de que era necessário um instrumento jurídico que garantisse que determinadas vazões não fossem captadas de um corpo d'água, para as mais diversas finalidades. Entre elas, poderíamos citar a diluição de poluentes, a piscicultura, e até mesmo a dessedentação de animais (basta imaginar que um pecuarista opte por levar seus rebanhos dirijam-se à margem de um rio para beber, ao invés de captar a água e levá-la até um curral), e mais importante, a preservação da vida nos ecossistemas aquáticos¹⁵⁶. Explicando essa tendência, Tarlock et al dizem que “*A sociedade valoriza mais vazões não captadas do que o fazia na virada do Século*”¹⁵⁷. Assim se dá porque, para os autores, no momento da conquista do Oeste, os primeiros habitantes tinham necessidades imediatas e urgentes, como a mera sobrevivência num ambiente desértico e hostil ao extremo. Com o passar do tempo, a urbanização e o aumento do bem-estar geral, acompanhados de um significativo aumento na renda média das pessoas, levaram-nas a desenvolver outras preocupações,

¹⁵⁵ Acórdão disponível em https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=132719053528966422&q=phelps+dodge+corp.+v.+arizona+department+of+water+resources&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1

¹⁵⁶ Essa questão ganhou muita força a partir da década de 1970, com a edição, em 1973, do Endangered Species Act, uma das mais relevantes Leis em material ambiental no direito norte-americano.

¹⁵⁷ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 12. No original:

“*Society values instream flows more highly now than at the turn of the Century*”.

como a sanidade ambiental do espaço geográfico por elas habitado e a existência de oportunidades de recreação, fortalecendo a ideia de que somente vazões retiradas de seu curso natural deveriam dispor de proteção jurídica.

Assim, Sax et all apontam que, hoje, Alaska, Arizona, Idaho, Montana, Nebraska, Nevada, Oregon, Utah, Colorado e Wyoming permitem outorgas (apropriações) sem que se exija a efetiva retirada do recurso hídrico do corpo d'água. Advertem, entretanto, que por ser essa uma política relativamente recente, essas outorgas tendem, em regra, a ser *junior* em relação a outras outorgas que preveem a captação, por serem as últimas mais antigas que as primeiras. Em alguns casos, porém, com base em legislações federais como o Endangered Species Act, mesmo outorgas mais antigas têm sido cassadas com a finalidade de garantir a preservação de ecossistemas associados a espécies ameaçadas.

No entanto, em um julgamento citado em praticamente todos os estudos do tema nos Estados Unidos, a Suprema Corte do Novo México trouxe um entendimento bastante interessante no sentido de exigir um desvio artificial que sirva ao uso como um requisito para a validade da apropriação. No caso *State ex rel. Reynolds v. Miranda*, a referida Corte julgou que não havia se completado a apropriação, na medida em que o usuário se aproveitava apenas das cheias naturais de um córrego chamado *Abo Wash* para produzir capim em um pasto. Nos períodos de cheia, a água extravasava as margens do córrego, invadindo a propriedade do usuário e, assim, fertilizando a terra de onde era extraído o capim, sem que houvesse qualquer estrutura hidráulica que atuasse nessa operação. Diante disso, a Corte julgou que “*essa conduta apenas manifestava uma intenção de se aproveitar gratuitamente das benesses que a natureza proporciona ao fazer com que a água flua pelo Abo Wash, não de se apropriar dessa água*”. Esta intenção de se apropriar dessa água só estaria cabalmente demonstrada se a parte tivesse efetivamente executado algum tipo de obra ou estrutura para tanto¹⁵⁸.

Ponto de grande debate é a questão da captação para armazenamento. Na prática, muitas captações preveem que a água seja armazenada durante certo tempo, para uso posterior. O modelo clássico de *prior appropriation* pressupõe a captação e uso imediato, ainda que mediado pelo transporte da água para um ponto distante do ponto de captação.

¹⁵⁸ TARLOCK, A. Dan; CORBRIDGE Jr., James N.; GETCHES, David H.; BENSON, Reed D. *Op cit*, p. 160. No original: “*these acts only manifested an intention to reap nature’s bounty gratuitously provided by water flowing through the Abo Wash, not to appropriate the water itself*”.

Entretanto, a reservação (nome técnico da prática de armazenar a água em barragens e outras estruturas hidráulicas) traz inúmeras vantagens à captação a fio d'água.

Em primeiro lugar, a reservação permite a regularização de vazões, ou seja, permite que se acumule água nas estações mais chuvosas para uso nos períodos mais secos. Essa mesma característica permite que as vazões sejam previsíveis e estáveis ao longo do tempo, incrementando a capacidade de navegação e permitindo a constituição de hidrovias. Além disso, justamente por sua capacidade de reter água regularizando vazões, pode-se “segurar”, em um ponto mais alto (a montante), vazões de pico, prevenindo a ocorrência de inundações a jusante. Por fim, é fácil cogitar do uso recreativo da água acumulada, seja para navegação esportiva, nado, pesca, etc. Assim, temos que a limitação da concessão de direitos sobre determinadas vazões à sua captação era uma política bastante obtusa, que restou finalmente superada nos Estados Unidos.

c) Uso benéfico

Quanto ao uso da água, a apropriação pressupõe a determinação de que seja tido como socialmente benéfico pelo órgão gestor, no caso estadual. Esse juízo se baseia essencialmente no parâmetro quantitativo (quanto é captado) e qualitativo (qual é o uso pretendido para essas vazões).

Esses parâmetros, porém, não podem ser analisados isoladamente. Quando se adquire um direito a uma certa vazão, por exemplo 1 m³/s, por duas horas, de segunda a sexta-feira, entre 08:00 e 10:00hs, para irrigação de hortaliças, atrela-se essa vazão ao uso pretendido. Daí se estabelece se essa apropriação é *sênior* ou *junior* em relação às demais, conforme haja ou não disponibilidade hídrica ociosa naquele ponto daquela bacia hidrográfica. Caso se pretenda utilizar esta mesma quantidade de água para finalidade diversa da irrigação, o juízo do benefício social auferido deverá ser feito novamente, podendo até resultar numa mudança do status daquele direito original.

A medida do benefício auferido a partir de um determinado uso deve ir além do próprio usuário. Deve-se adotar uma perspectiva mais ampla, analisando até que ponto se beneficia daquela captação a sociedade como um todo, mensurando assim a eficiência daquele uso. Evidentemente, o parâmetro econômico é relevante nessa mensuração, mas não deve ter sua importância superestimada. Sobre isso, dizem Gillilan e Brown:

“O princípio da eficiência propõe que a água seja alocada entre usos concorrentes de modo a produzir o maior benefício possível para a sociedade. ‘O maior benefício’ não se refere exclusivamente a retornos financeiros; retornos financeiros são importantes, mas benefícios os quais não podem ser valorados do ponto de vista monetário também devem ser considerados”.¹⁵⁹

Estabelecido o status daquela outorga, ela se perfaz pelo uso efetivo das vazões outorgadas. Digamos que o beneficiário, num segundo momento, resolva ampliar a área de cultivo, ou mesmo mudar a cultura ali desenvolvida para outra mais intensiva em água. Ele naturalmente terá a necessidade de ampliar suas captações. Porém, nessa ampliação não disporá da prioridade que ostenta a outorga original. Ele será, na porção correspondente à ampliação, *junior* em relação ao ato original e a todos que o sucederam até o novo pedido.

Importante anotar que a proteção conferida pela anterioridade se estende não apenas à questão quantitativa, mas também à questão qualitativa. Assim, não pode um *junior* argumentar que pode captar determinada vazão a montante de um *senior* porque fará um uso não consuntivo (ou seja, que lança de volta ao corpo hídrico o mesmo volume antes captado) se a sua descarga não mantiver os parâmetros qualitativos encontrados na captação. Sax et all informam que até se admitem transposições para repor as vazões captadas pelos usuários *junior*, quer venham essas descargas de outros corpos d’água, de outras bacias hidrográficas ou até mesmo de águas subterrâneas. Porém, sempre deve-se garantir ao *senior* a qualidade que era ali encontrada antes das novas outorgas¹⁶⁰.

Por fim, é feita uma análise qualitativa do uso pretendido pelo apropriante. Segundo Sax et all, o primeiro ponto é que o uso não pode ser feito mediante desperdício. O usuário deve empregar a chamada *due diligence*, promovendo um uso que, em termos mais amigáveis à nossa dinâmica constitucional, seja socialmente funcional. Por socialmente funcional, entendemos que além de não desperdiçar o uso deve-se aproveitar ao contexto social mais amplo. Assim, não observam os autores litigância questionando a utilidade de usos como irrigação, produção de energia ou abastecimento público. Essa litigância, no

¹⁵⁹ GILLILAN, David M. e BROWN, Thomas C. **Instream Flow Protection**: seeking a balance in western water use. Washington D.C.: The Island Press, 1997, p. 297-298. No original:

“The efficiency principle proposes that water be allocated among competing uses so as to produce the maximum possible benefit to society. ‘Maximum benefit’ does not refer solely to financial returns; financial returns are importante, but benefits not typically assigned a dollar value must also be considered”.

¹⁶⁰ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. **Op cit**, p. 153.

passado, centrava fogo em usos puramente estéticos ou recreacionais, argumentando que “onde a água é tão preciosa, ela não deveria ser usada para finalidades fúteis, como lagos e fontes, enquanto falta aos que dela precisam para propósitos úteis”¹⁶¹. Esse entendimento, porém, não mais prospera, ao menos *a priori*. Alguns Estados têm incluído até mesmo a recreação como um *beneficial use*, casos de Califórnia e Washington. Outros optam por relacionar usos não benéficos em seus estatutos, caso de Idaho, que assim rotula o uso de águas termais para finalidades que não incluam o aproveitamento de seu calor¹⁶².

Ainda assim, usos tidos como prioritários normalmente não são privilegiados quando em confronto com o critério temporal. Nas palavras de Getches, “Usos econômica ou socialmente mais úteis que se iniciam posteriormente no tempo ordinariamente não prevalecem sobre outros menos úteis. A prioridade depende de qual uso foi iniciado, no tempo, antes do outro”¹⁶³. De todo modo, o autor admite que alguns estados podem fazer constar em suas Leis ou Constituições outros critérios de alocação prioritária de vazões, sem, com isso, alterar a essência do sistema, funcionando esses critérios como meras mitigações da regra geral que permanece em vigor. Um exemplo dessas mitigações é a chamada doutrina dos bens públicos (*public trust doctrine*).¹⁶⁴ Sax et al, no mesmo sentido, argumentam que “Alguém adquire um direito de propriedade por apropriação tirando água de um corpo d’água natural e afetando-a a um ‘uso benéfico’, sem desperdício e com o rigor devido”¹⁶⁵. Uma vez satisfeita essa tríade de exigências (intensão real de uso, captação/desvio e uso benéfico), o processo de apropriação das vazões se perfaz com o efetivo uso da água para aquela finalidade benéfica.

Por fim, é fundamental lembrar que, em tempos de escassez, esse sistema privilegia os usuários mais antigos, chamados de *senior appropriators*. Esses usuários têm suas vazões garantidas no limite da disponibilidade hídrica, impondo o sacrifício do não

¹⁶¹ **City of Los Angeles v. Pomeroy (1899)**, citado por SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 155. No original, “where water is so precious it should not be used for mere matters of taste and fancy (artificial ponds and fountains) while those who need it for useful purposes go without”

¹⁶² Idaho Code § 42-233.

¹⁶³ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p. No original: “More economically or socially useful purposes which are commenced later in time ordinarily will not be preferred over less useful ones. Priority depends on which use was commenced earlier in time”.

¹⁶⁴ Pessoalmente, entendemos que a tradução que melhor explicaria essa teoria seria “Teoria do Interesse Público”, mas não é esse o sentido comumente dado a “*public trust*”.

¹⁶⁵ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 125. No original:

“One acquires a property right (an appropriation) by taking the water of a natural stream and applying it to a ‘beneficial use’ in a non-wasteful manner with due-diligence.”.

atendimento àqueles que os sucederam no uso, os chamados *junior appropriators*. Em uma dada bacia, haverá um usuário sênior em relação a todos os demais usuários. Entre si, esses outros usuários terão relações sênior-júnior entre si, conforme tenham usos mais antigos ou mais recentes. Supondo um contexto em que haja 3 usuários, sendo Tício o mais antigo, Caio o segundo e Mévio o neófito, Tício será sênior em relação a Caio, que por sua vez será sênior em relação a Mévio.

Os *junior users* só têm suas demandas atendidas uma vez que tenham sido supridas as vazões outorgadas aos mais *senior users*. Isso porque o critério temporal é o coração do sistema de Apropriação Primária, o que aliado à regra de direitos sobre vazões que só podem ser transferidos se demonstrada a inocorrência de prejuízos a terceiros, acaba, em alguns casos por privilegiar usos antieconômicos. Entretanto, em alguns casos, se o uso do *senior appropriator* não for consuntivo, e a descarga não se dê além de um divisor de águas, a vazão de retorno (composta pela água descarregada pelo *senior*) poderá atender algum usuário *junior*, que, eventualmente, será *junior* em relação a outros usuários da bacia, mas terá sua demanda atendida por ser o mais antigo a jusante do ponto de descarga do usuário mais *senior*.

Entretanto, a prioridade de acesso garantida ao usuário *sênior* não é ilimitada. Ele também se encontra limitado pela regra do não-prejuízo a terceiros, ainda que estes estejam ranqueados abaixo dele na escala temporal de prioridades. Nesse sentido, apresenta-se o caso *Farmers Highline Canal and Reservoir Co. v. City of Golden*, julgado pela Suprema Corte do Colorado em 1954¹⁶⁶.

O modelo da apropriação primária foi positivado em 1866, com o reconhecimento dos direitos dos “apropriadores”, tanto de minas quanto de águas pelo *Mining Act*. No mesmo diapasão, o *Desert Land Act* de 1877 declarou disponíveis para apropriação as águas não navegáveis que passassem por terras públicas dos estados do Arizona, California, Idaho, Montana, Nevada, Novo México, Dakota do Norte, Oregon, Dakota do Sul, Utah, Washington e Wyoming. Em 1891, foi adicionado a essa lista o estado do Colorado.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Acórdão disponível em https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=10069164979457773407&q=Farmers+Highline+Canal+and+Reservoir+Co.+v.+City+of+Golden&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1

¹⁶⁷ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

De todo modo, é importante pontuar que a eventual apropriação de vazões sob o regime jurídico aqui apresentado não torna essas vazões propriedade do apropriador. Particulares não podem ter direitos de propriedade de águas em seu estado natural, pois estas são consideradas “*public resource*” e, por isso, o Poder Público conserva as prerrogativas associadas ao Poder de Polícia, regulando os diferentes usos em nome do bem comum. A despeito disso, Sax et all relatam que, nos primeiros dias da *prior appropriation*, havia um certo comércio entre os permissionários, transacionando entre si vazões excedentes¹⁶⁸.

Isso coloca a questão, bem pontuada por Getches¹⁶⁹, sobre qual seria a natureza dos direitos exercidos pelo “apropriador” sobre as vazões apropriadas. A resposta, na visão do citado autor, varia conforme a ordem jurídica estadual estudada. Em algumas delas, uma vez que a água tenha sido legalmente desviada para fora de seu leito natural, ela se converte em um bem como qualquer outro, passando o particular a ostentar plenos direitos de propriedade sobre ela, sendo inclusive viável, em alguns casos, a sua tributação. Em geral, dessa noção deriva o fato de que o “proprietário” da água, ainda que tenha primariamente o direito de captar e usar a água em um determinado local, pode dela dispor, inclusive onerosamente, a terceiros, contanto que outros usuários não sofram qualquer prejuízo. A água se torna, inclusive na visão da Suprema Corte, um bem negociável, ficando os estados proibidos de impor restrições ao seu comércio interestadual (*Sporhase v. Nebraska ex rel. Douglas*, 458 U.S. 941/1982, citado por Getches¹⁷⁰), como, aliás, ocorria em fins do Séc. XIX. Da mesma forma, uma vez estabelecidos os direitos sobre uma dada vazão, eventual desapropriação ou retomada pelo estado exige justa indenização. De todo modo, é fundamental ressaltar que os eventuais direitos de apropriação não estão, de modo algum, condicionados à propriedade da terra, seja aquela na qual se dê a captação ou aquela onde se dará o uso. Não há qualquer forma de “adesão” do direito ao acesso à água ao direito de propriedade, que é irrelevante para discussão dos direitos de alocação¹⁷¹.

A apropriação primária, porém, não garante ao titular um direito imune à extinção. Desde logo, podemos anotar, sem qualquer pudor, que o direito apropriado não resiste ao não uso. Como a ela se referem Sax et all, “*é esperado que um sistema que proíbe a*

¹⁶⁸ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 137.

¹⁶⁹ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

¹⁷⁰ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

¹⁷¹ Essa opção se explica pelo fato de que durante a expansão para o oeste os pioneiros não eram, num primeiro momento, proprietários das terras onde se fixavam.

especulação, definindo o uso benéfico como o limite do direito, e repudia o desperdício possa cassar as vazões outorgadas àqueles que não as utilizam”¹⁷². Trata-se, em verdade, daquilo que a doutrina chama de Abandono¹⁷³, definido pela Suprema Corte de Idaho em 1981 em *Sears v. Berryman* com as seguintes palavras: “Abandono é uma doutrina da common law que envolve a ocorrência de (1) uma disposição ao abandono e (2) um abandono real ou renúncia a vazões outorgadas”¹⁷⁴. Essa definição pretoriana mostra que se trata aqui de uma causa de extinção dos *water rights* que não se resume ao não uso puro e simples, exigindo uma prova convincente de que esse não uso se deu a partir de uma intenção voluntária e efetiva de abandonar aquelas vazões, sem o que não estará configurada a hipótese de extinção aqui tratada. E esse elemento subjetivo se constitui em matéria de fato a ser valorada pela autoridade administrativa ou pelo juiz, a quem cabe declarar a sua existência ou não. Nas palavras de Tarlock et all,

*“Abandono é um conceito da common law que demanda prova da intenção de renunciar ao domínio e controle de um objeto de propriedade, e àquele que alega o abandono incumbe o fardo de provar a ocorrência desse requisito. Dado o alto valor de direitos de acesso à água, casos em que o beneficiário desses direitos os abandona conscientemente são raros.”*¹⁷⁵

Sobre esse entendimento, Sax et all mostram surpresa e tecem pesadas críticas. Os autores não se mostram satisfeitos com a atitude que consideram passiva das Cortes na efetiva aplicação dessa normativa, citando o famoso caso *East Twink Lakes Ditches and Water Works, inc. v. Board of County Commissioners*, no qual, alegando dificuldades econômicas, uma companhia permaneceu por 30 anos sem fazer uso de vazões apropriadas em seu nome, comercializando-as em seguida. A Suprema Corte do Colorado deu ganho

¹⁷² SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 247. No original:

“a system that prohibits speculation, defines beneficial use as the limit of the right, and deplors waste, can be expected to take water rights away from those who do not use what they have”

¹⁷³ No original, Abandonment.

¹⁷⁴ *Sears v. Berryman*, 101 Idaho 843, 623 P.2d 455 (1981). No original:

“Abandonment is a common law doctrine involving the occurrence of (1) an intent to abandon and (2) an actual relinquishment or surrender of the water right”

¹⁷⁵ TARLOCK, A. Dan; CORBRIDGE Jr., James N.; GETCHES, David H.; BENSON, Reed D. *Op cit*, p. 262. No original:

“Abandonment is a common law concept that requires proof of intent to relinquish dominion and control over a property interest, and the proponent of abandonment bears the burden of proving the requisite state of mind. Given the high value of water rights, instances where the owner of such rights consciously intends to abandon them are rare.”

de causa à Companhia, negando que esta tivesse abandonado seus “*water rights*”. Outros tantos casos são citados, corroborando a tese de que as Cortes dos Estados que adotam a doutrina da apropriação primária não acompanham a noção peremptória de abandono da doutrina, a exemplo de *Jenkins v. State, Department of Water Resources; Beaver Park Water, Inc. v. Victor*. Isso, porém, não exclui a ocorrência de casos em que o abandono foi reconhecido em função do enorme lapso de tempo decorrido desde a apropriação até que fosse dado efetivo uso às vazões, como no caso *Cundy v. Weber*¹⁷⁶ ou em *City and County of Denver v. Middle Park Water Conservation District*.¹⁷⁷ De todo modo, Tarlock et al divergem de Sax et al, afirmando que a Suprema Corte do Colorado tem se inclinado a uma postura mais firme e menos tolerante ao não uso dos “*water rights*”, declarando sua extinção por abandono.

Além do Abandono, as Cortes norte-americanas desenvolveram outra hipótese de perda da prioridade sobre as vazões previamente apropriadas. Trata-se do Confisco¹⁷⁸, definido pela Corte de Idaho no mesmo *Sears v. Berryman* como “*Confisco, por outro lado, se funda na disposição legal no sentido de que todos os direitos de uso da água se perdem quando o apropriante deixa de fazer o uso benéfico dessa água por um período contínuo de cinco anos*”.¹⁷⁹

Trata-se de hipótese legal prevista, no caso daquele Estado, no Idaho Code § 42-222, que determina que, se em cinco anos, não der o apropriante um uso “benéfico” para as vazões apropriadas, estas reverterão para o Estado e estarão novamente sujeitas a apropriação. Temos aqui uma hipótese muito mais objetiva, cabendo a cada Estado definir qual é o prazo que deverá transcorrer para a ocorrência do confisco (em consulta à literatura especializada, constatamos que o prazo de cinco anos é adotado por Nevada, Novo México- este estabelecendo de um prazo de 4 anos, mais um de sobreaviso-, Wyoming e Oregon).

Eventualmente, o apropriante poderá requerer uma prorrogação nesse prazo na hipótese de ocorrência de justa causa para a falha. Da mesma forma, o prazo poderá ser dilatado quando a falta do uso benéfico não puder ser imputada ao apropriante, como, por

¹⁷⁶ *Cundy v. Weber*. South Dakota 68 S.D. 214 (S.D. 1941).

¹⁷⁷ *City and County of Denver v. Middle Park Water Conservation District*, Colorado 925P. 2d 283 (Colo. 1996)

¹⁷⁸ No original, Forfeiture.

¹⁷⁹ No original,

“*Forfeiture, on the other hand, is predicated upon the statutory declaration that all rights to use water are lost where the appropriator fails to make beneficial use of water for a continuous five year period*”.

exemplo, na hipótese de vazões baixas ou da ocorrência de contaminações por poluentes não lançados por ele que venham a inviabilizar o uso. Tanto quanto no abandono, deverá a parte interessada fazer prova robusta das hipóteses que conduzem à extinção do direito.

Esse modelo, porém, enfrenta sérias limitações. Em primeiro lugar, ele é válido apenas para águas superficiais. Águas subterrâneas seriam gerenciadas a partir de premissas diversas, em um regime apartado da *prior appropriation*. Evidentemente que só isso já representa uma falha de grandes proporções, já que tanto águas subterrâneas quanto superficiais fazem parte de um mesmo sistema cujas interações são indissociáveis. Nascentes são alimentadas por águas subterrâneas e, portanto, corpos d'água superficiais são, em última análise, abastecidos por essas águas. Já os aquíferos são recarregados pelas águas que se precipitam sobre a superfície terrestre no correr do ciclo hidrológico. Nesse sentido, usos intensos de mananciais subterrâneos podem afetar dramaticamente as vazões superficiais, exigindo um gerenciamento integrado.

3.2. Modelos de regulação: a doutrina do “riparianismo”

Em franca oposição à doutrina da apropriação primária, retomando o clássico estudo de Wiel¹⁸⁰, temos os chamados *Riparian Rights*, fundados na doutrina do “riparianismo”. Esse sistema tem suas origens, datada nos anos 1820, no *common law* britânico (registre-se a existência, apontada por Getches, de estudiosos que afirmam estarem as origens desse sistema localizadas na Europa Continental, sob a vigência do *Civil Law*), sendo ainda o sistema prevalente naquele panorama, bem como nos Estados a leste do meridiano 100, conforme a figura de página 42. Há, na visão de Sax et al, 31 Estados norte-americanos adotando, em alguma medida, a doutrina do riparianismo. São eles: Alabama, Arkansas, Connecticut, Delaware, Flórida, Geórgia, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, New Hampshire, Nova Jersey, Nova York, Carolina do Norte, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina do Sul, Tennessee, Vermont, Virgínia, West Virginia e Wisconsin. David Getches adota critérios diferentes, deixando Louisiana e Mississippi fora dessa lista¹⁸¹.

¹⁸⁰ WIEL, Samuel C. *Op cit*, p. 534.

¹⁸¹ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

Não temos aqui o prestígio ao pioneirismo que existe na doutrina do *prior appropriation*. O riparianismo associa o direito de uso da água que flui por um corpo d'água ao direito de propriedade da terra contígua a esse corpo d'água. Nas palavras de Sax et all,

“O riparianismo é uma doutrina antiga que define direitos de uso da água em termos do uso associado à propriedade da terra. O direito clássico de uso da água no riparianismo é, em grande medida, derivado da propriedade”.¹⁸²

Christopher L. Len¹⁸³, em estudo publicado no prestigioso *University of Denver Water Law Review* aponta que o riparianismo tem sua atenção centrada, ao contrário da apropriação primária, na proteção das vazões, limitando o desfrute da água apenas a um certo grupo de usuários, quais sejam, os proprietários dos terrenos descritos acima. Para o autor, essa característica se relaciona às suas origens histórico-geográficas. Tendo se desenvolvido no panorama britânico e no esteio da revolução industrial, quando os usos prioritários eram não consuntivos (para o autor, à época, o grande uso da água era para a geração de energia, com o uso dos moinhos de força¹⁸⁴), acabou sendo natural essa opção pela proteção os chamados *instream uses*, isto é, aqueles usos nos quais as vazões não são efetivamente captadas, sendo aproveitadas no leito do corpo d'água. Essa é uma diferença fundamental entre o riparianismo e a apropriação primária, pois esta, como visto, exigia a efetiva captação para a aquisição do direito.

Sendo derivados do direito de propriedade, os direitos de uso de determinadas vazões de um corpo d'água superficial ou subterrâneo subsistem enquanto subsistir o direito de propriedade da terra. Assim, eles não se extinguem, ou melhor, não têm a sua validade condicionada ao efetivo uso dessas vazões. De todo modo, apenas os proprietários dos lotes adjacentes ao corpo d'água podem fazer uso da água nele encontrada. No passado, a vazão total disponível para uso era dividida proporcionalmente à parcela da margem correspondente a cada proprietário. Assim, em tese, se um dado sujeito tivesse um terreno

¹⁸² SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 27. No original,

“Riparianism is a doctrine of ancient origin that defines water rights in terms of use of water in association with ownership of land. The traditional riparian right to use water is, in an important sense, derivative of ownership of land”.

¹⁸³ LEN, Christopher L. Synthesis – A brand new Water Law. In: **University of Denver Water Law Review**, Vol. 55, n. 8, Outono de 2004, p. 60.

¹⁸⁴ No original, power mills.

que ocupasse 1% da extensão de um corpo d'água, seria contemplado com 1% da vazão disponível. Essa era a forma como a questão era regulada na sua origem britânica.

Com o tempo, porém, em particular por conta do rápido crescimento econômico dos Estados Unidos e pela necessidade de utilização dos recursos hídricos para finalidades consuntivas, ao contrário do que ocorria nas suas origens britânicas, o riparianismo foi mudando suas feições. Sax et all¹⁸⁵ apontam para a existência de duas “pedras de toque” dessa doutrina: a definição precisa de que terras conferem ao seu proprietário direito de acesso à água e a busca de uma coexistência harmônica entre os direitos de todos os proprietários.

Com relação à primeira, apenas as chamadas *riparian lands* ensejam ao seu proprietário o direito de uso da água. Assim são consideradas apenas aquelas que tocam a margem do corpo d'água, ainda que o leito do mesmo não faça parte dela. Importante anotar que é necessário tratar-se de um corpo d'água, caso apenas águas difusas superficiais (aquelas geralmente resultantes da chuva ou, até mesmo, do derretimento de neve) passarem pela propriedade em questão não haverá direito de uso delas. O direito se atrela à terra, e não ao seu proprietário. Assim, ainda que um mesmo proprietário disponha do direito de uso de determinadas vazões por ter como suas terras “riparianas”, a eventual propriedade de outras terras, agora distantes do corpo d'água, não ensejará qualquer o direito adicional de uso da água.

Por corpo d'água, Getches¹⁸⁶ entende uma corrente natural, fluindo constante ou recorrentemente pela superfície terrestre num canal natural razoavelmente definido. No Brasil, o Glossário de Termos Hidrológicos da Agência Nacional de Águas¹⁸⁷ define corpo d'água como “*denominação genérica para qualquer manancial hídrico; curso d'água, trecho de drenagem, reservatório artificial ou natural, lago, lagoa ou aquífero subterrâneo*”. De todo modo, percebe-se que não deve ser exigida a perenidade para o reconhecimento de um corpo d'água. Lagos e lagoas também ensejam direitos de uso da água, assim como nascentes, desde que a água dela aflorada vá ao encontro de um corpo d'água (caso contrário, será tratada como uma fonte de águas difusas superficiais).

¹⁸⁵ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 29.

¹⁸⁶ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

¹⁸⁷ BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Thesaurus de Recursos Hídricos da ANA**. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150406034300_Portaria_149-2015.pdf. Acesso em 17 fev. 2016.

É interessante notar que, pelo menos inicialmente, esse regramento vale apenas para cursos d'água naturais. A doutrina do riparianismo não regula o uso da água de canais artificiais, salvo se esse canal continuar em operação por um tempo extremamente longo, como o que ocorreu no caso *Bollinger v. Henry*, julgado no Estado do Missouri, em 1964.

Inicialmente, não apenas o direito de uso da água era restrito aos proprietários do lote contíguo à margem, como também essa água só poderia ser usada naquele lote específico (vemos aqui uma diferença marcante à doutrina da apropriação primária). Se, por exemplo, em um lote houvesse um divisor de águas, a água não poderia, em hipótese alguma, ser utilizada além desse divisor, pois, nesse caso, haveria uma transposição, o que era proibido. Ademais, vigorava uma regra de que usos a montante não poderiam, de maneira alguma, deplecionar a disponibilidade hídrica, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo, para usos a jusante, o que acabava por, praticamente, inviabilizar quaisquer captações e usos fora do leito do corpo d'água. Essa opção regulatória se explicava por diversas razões de cunho histórico, porém ela foi sendo paulatinamente superada por limitar demais a utilização do recurso hídrico.

O ponto de inflexão foi o famoso caso *Tyler v. Wilkinson*, de 1827. Julgado pela Suprema Corte de Rhode Island, essa decisão representou uma das mais significativas rupturas entre o *common law* dos Estados Unidos e seu correspondente britânico. Esse caso, na verdade, surgiu de um conflito entre dois grupos de usuários que pretendiam fazer uso da vazão de um rio para a operação de moinhos. No polo ativo da demanda, estavam proprietários que operavam seus moinhos próximos a uma pequena barragem cuja finalidade era acelerar as águas, permitindo assim um maior rendimento dos referidos equipamentos. Já os usuários requeridos construíram outra barragem a montante daquela dos demandantes, desviando as águas para uma vala, diminuindo assim a vazão que aportava na barragem dos autores.

O voto do *Justice Story* reconheceu que não poderiam os usuários a montante inviabilizar o uso da água a jusante, ainda que essa proibição não se fundasse em critérios típicos dos regimes de apropriação primária. Todos os proprietários teriam um direito igual ao uso da água baseado nas vazões que costumeiramente passassem pelo ponto exato de suas propriedades, as chamadas vazões naturais¹⁸⁸. Porém, introduziu uma novidade que revolucionou o riparianismo, ao admitir que essa proibição, se levada ao extremo,

¹⁸⁸ No original, natural flows.

produziria resultados tautológicos. Assim, ele entendeu que era lícito ao usuário a montante fazer um “uso razoável”¹⁸⁹ das vazões, permitindo assim que fossem captadas e utilizadas para finalidades consuntivas. Cada jurisdição estadual estabelece quais usos considera como razoáveis, porém Cassuto e Sampaio apontam que, em todas elas, o uso doméstico é considerado prioritário¹⁹⁰ (Sax et al¹⁹¹ chegam a definir o uso doméstico como *natural use*), podendo ser exercitado independentemente do impacto que essa utilização possa trazer aos demais usuários. De todo modo, qualificar um uso como razoável exige, necessariamente, a comparação entre ele e outro uso. Nos termos de Len,

“A definição de uso razoável considera cada uso comparativamente, o que significa que só se pode avaliar a razoabilidade de um uso no contexto com os outros usos propostos. No local em que um Tribunal determina que um uso é razoável, esse uso será permitido, a menos que ele prejudique outros. A doutrina do uso razoável tem se provado popular no leste, e a regra da vazão natural foi completamente abandonada”.¹⁹²

Assim, temos que a lista de usos considerados benéficos é variável no tempo e no espaço. Ela reflete, em regra, os usos e costumes vigentes naquela jurisdição. Em Wisconsin, por exemplo, produtores de framboesas podem irrigar suas culturas, sem sequer a necessidade de obterem uma autorização do Poder Público. Em Kentucky, qualquer cultura agrícola enseja essa prerrogativa, enquanto outros usos, por razoáveis que possam ser, exigem a obtenção da autorização.

Em outros casos, não se chega a isentar o uso de permissão, mas ele é declarado de utilidade pública, servindo como parâmetro para a aferição de sua razoabilidade. É o que ocorre com a mineração em Michigan e Wisconsin, por exemplo. Em outros casos, esse uso não é tido *a priori* como de utilidade pública, mas pode ganhar esse título após um procedimento administrativo nesse sentido, caso da própria mineração no Estado de Minnesota.

¹⁸⁹ Em inglês, reasonable use.

¹⁹⁰ CASSUTO, David N. E SAMPAIO, Romulo S.R. *Op cit*, p. 379.

¹⁹¹ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 32.

¹⁹² LEN, Christopher L. *Op cit*, p. 60. No original,

“Reasonable use considers each stream water use correlatively, meaning one may only judge the reasonableness of a use in the context of other proposed uses. Where a court determines that a use is reasonable, the court will allow the use unless the proposed use injures another user. Reasonable use proved popular throughout the East and the natural flow rule was all but abandoned”.

Ao agregar o adjetivo razoável a um determinado uso, o que se quer afirmar é que o direito a esse uso não será cassado exclusivamente em função de sua natureza. Nas palavras de Sax et all,

*“A palavra ‘razoável’ neste contexto indica que o uso não será apreciado pelo Tribunal apenas em função de sua natureza. Em termos das decisões judiciais sobre a matéria, usos que não passaram neste teste de razoabilidade não são rotulados per se de ‘irrazoáveis’”.*¹⁹³

O processo de urbanização dos Estados que adotam o riparianismo acabou impondo uma mudança significativa na estrutura normativa da doutrina. Isso porque, se no passado rural a doutrina bastava para garantir o acesso à água para uso doméstico, com o crescimento das cidades ela se tornou obsoleta, já que nem as municipalidades nem os seus cidadãos eram considerados proprietários com acesso à água. Tornaram-se necessárias adaptações para permitir o chamado uso municipal, que, entre nós, é conhecido por abastecimento público. Getches¹⁹⁴ explica como essa questão tem sido resolvida:

“Os documentos fundantes das municipalidades dão a elas a atribuição de buscar mananciais para usos como combate a incêndios, paisagismo em parques, abastecimento de prédios públicos e para o abastecimento público em geral”.

De tudo o que se discutiu sobre o tema até aqui, percebe-se que, nos Estados Unidos, temos uma normativa estadual bastante mais densa do que ocorre no caso brasileiro. Isso não significa, entretanto, que o direito de águas seja estranho ao bloco normativo federal naquele país. Na realidade, a regulação do uso da água é uma prerrogativa estadual, porém, a multiplicidade de situações fáticas nas quais algum uso da água está envolvido acaba por criar situações das quais emerge uma competência extraordinária do poder central para regular facetas desses usos.

¹⁹³ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 33. No original:

“The word ‘reasonable’ in this context indicates that the use is one that will not be enjoined by a court solely in virtue of the nature of the use. In terms of court decisions, uses that fail to meet this test of reasonableness are not labeled ‘per se unreasonable’”.

¹⁹⁴ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p. No original:

“The charters incorporating most cities gave them powers to procure water supplies for such purposes as firefighting, watering public parks, supplying public buildings, and for meeting the domestic needs of their residents”.

O primeiro exemplo é a questão da navegabilidade. No passado, a normativa federal caminhava na direção da plena liberdade de navegação como forma de garantia do comércio. Considerando que apenas cursos d'água navegáveis têm importância para o comércio, o controle da navegação era compreendido como parte da competência federal para a regulação do comércio. Assim, qualquer uso que possa comprometer a navegabilidade de corpos d'água se sujeita a controle federal, ainda que a interferência se dê em rios não navegáveis, mas afluentes de outros navegáveis (nesse sentido, *United States v. Rio Grande Dam & Irrigation co*, 1899).

Desse poder de regular a navegação emerge a chamada servidão de navegabilidade (*navigation servitude*, no original). Esse instituto, que tem suas raízes fincadas na Inglaterra antes mesmo da existência dos Estados Unidos enquanto Estado soberano, permite que mesmo a perda de bens para o poder público se dê, observadas determinadas limitações, sem indenizações quando essa perda se relacionar à garantia de navegabilidade, ainda que não se trate de terras ribeirinhas.

Outro uso a atrair competências legislativas federais é a hidroeletricidade. Desde 1920, o *Federal Power Act* regula o aproveitamento hidroelétrico nos Estados Unidos, atribuindo ao governo central, através da *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), a prerrogativa de licenciar novos usos e fiscalizar aqueles já existentes. O curioso é que a referida comissão apenas exerce tais funções se a geração de energia se der pelo aproveitamento dos potenciais hidroelétricos. Outros usos, ainda que na cadeia de produção da energia elétrica (por exemplo, o uso da água de rios e lagos para refrigeração) estão fora da atribuição da agência (o caso emblemático dessa matéria é o conhecido *Chemehuevi Tribe v. Federal Power Commission*).

Uma dose extra de complicação surge quando aproveitamentos hidroelétricos demandam a construção de barragens que reduzem drasticamente as vazões a jusante, comprometendo a viabilidade da regulação do uso pelo Estado membro. Assim, qualquer interessado que busque uma licença para a construção de um equipamento dessa natureza deve comprovar a não violação de normas estaduais. A Suprema Corte entende, porém, que isso não confere aos Estados direito de veto a qualquer empreendimento. Assim ocorreu no caso *First Iowa hydro-Electric Co-op v. Federal Power Commission*, determinando que, onde houvesse conflito entre as leis e autoridades federais e estaduais sobre o licenciamento de um determinado empreendimento, bastaria que a agência federal

se manifestasse satisfeita com a documentação entregue pelo empreendedor. Da mesma forma, em caso envolvendo uma exigência de manutenção de vazões mínimas feitas pelo governo do Estado da Califórnia, a Suprema Corte deu ganho de causa à FERC.¹⁹⁵

Outra competência legislativa da União que impacta na gestão dos recursos hídricos é a de proteção do meio ambiente. Uma particular fonte de conflitos é o *Endangered Species Act*, que tutela espécies ameaçadas de extinção. Casos recentes como o do Rio Klamath, localizado entre os Estados do Oregon e da Califórnia, no qual um projeto federal de irrigação contribuiu para altos índices de mortalidade de peixes, têm gerado uma alta dose de litigância entre usuários e agências governamentais, levando a uma prevalência destacada da normativa ambiental, ainda que isso custe restrições a vazões outrora garantidas, frustrando usos como irrigação.

Sob o mesmo diapasão, outra normativa fundamental é o Clean Water Act, de 1972. Essa Lei veio suprir falhas das normas estaduais que se mostravam ineficientes para prevenir a poluição das águas de todo o país.

3.3. O direito de águas e o constitucionalismo brasileiro

Para uma compreensão correta das formas como o direito brasileiro regula as diversas questões que envolvem a questão da água doce, é fundamental começar por uma análise histórica que resgate o trajeto percorrido até os dias atuais.

Historicamente, o direito de águas no Brasil sempre foi pautado pelo Direito Civil, tratando fundamentalmente das questões afeitas ao direito de propriedade, ao mesmo tempo em que existia uma preocupação com a regulação do aproveitamento do potencial elétrico das águas doces. Esse era o enfoque do Código de Águas, de 1934¹⁹⁶. Isso se explica pelo fato de que, à época, não havia maiores preocupações com as questões ambientais ou mesmo com eventuais problemas de disponibilidade. Ao mesmo tempo, a hidroeletricidade era vista como “*uma condicionante do progresso industrial que o Brasil*

¹⁹⁵ GETCHES, David H. *Op cit*, s/p.

¹⁹⁶ Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934.

*buscava*¹⁹⁷, como afirma Maria Luiza Machado Ganziera. Apesar disso, o Constitucionalismo brasileiro sempre voltou seus olhos para a questão do direito de águas.

Tendo a Constituição Imperial de 1824 deixado de tratar expressamente sobre a questão hídrica, vigorava naquele regime um contexto voltado ao Direito Civil. A propriedade era vista em sua plenitude, nos termos do inciso 22 do art. 179 daquela Carta Política, o que leva Silvia Helena Serra a concluir que as águas eram de domínio do proprietário do solo onde se encontrassem¹⁹⁸. Ao mesmo tempo, reconhece, em linha com Ganziera, que vigoravam as Leis anteriores à independência, desde que não colidissem com a ordem constitucional recém inaugurada, a exemplo das regras de dominialidade fluvial constantes das Ordenações, Livro II, Título XXVI, §8º.

Já com a adoção do regime federalista pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, novas questões precisaram receber tratamento constitucional, a exemplo do exercício da autonomia estadual, estabelecendo, em seu art. 63, que os Estados membros seriam regidos por suas Constituições e pelas Leis viessem a ser por eles adotadas, respeitados os Princípios inspiradores da Constituição Federal.

Como anota Silvia Serra (2007, p. 36)¹⁹⁹, a Carta de 1891 adotou a técnica norte-americana de enumerar as competências da União, reservando aos Estados todas as demais, ou seja, a chamada técnica da distribuição residual de competências. Considerando que a competência para legislar em matéria hídrica não foi atribuída à União, restou esta atribuída aos Estados, na forma do item 2º do art. 65 da Carta Magna então vigente.

Quanto à questão da dominialidade, a propriedade permanecia considerada em sua plenitude, mantendo a propriedade privada das águas que passassem por terras particulares, o mesmo valendo para eventuais águas subterrâneas.

Pinto Ferreira traz a existência de interessante debate acerca da dominialidade de rios interestaduais, sendo que Clóvis Bevilacqua entendia serem estes essenciais à defesa nacional e, portanto, pertencentes à União. Corrente contrária, defendida por Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça e Alfredo Valladão, entendia serem os referidos rios de domínio estadual, aplicando a regra geral pelo fato de se encontrarem no território das

¹⁹⁷ GANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p. 48

¹⁹⁸ SERRA, Silvia Helena. **O Tratamento Constitucional das Águas Minerais**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 22.

¹⁹⁹ SERRA, Silvia Helena. *Op cit*, 2007, p. 36.

respectivas Unidades da Federação. Na visão do autor, o tema suscitou debate, uma vez que, sob o signo do unitarismo não fazia sentido qualquer discussão sobre a dominialidade de bens públicos, pois existia apenas uma pessoa política apta a exercer domínio sobre eles²⁰⁰. Não vigorava, á época, qualquer tipo de controle federal ou estadual do uso das águas, que portanto era livre.

De se anotar, em linha com a melhor doutrina sobre o tema, que a Constituição de 1891 atribuiu à União a competência para legislar sobre navegação interior e em rios que banhassem mais de um Estado ou que se estendessem a Estados alienígenas, portanto, sobre a navegação fluvial.

Verdadeiramente inovador foi o tratamento dispensado ao direito de águas pela Constituição Republicana de 1934. A despeito de a doutrina entender que essa Carta estreitou a margem autonômica dos Estados Membros na Federação Brasileira²⁰¹, pela primeira vez vemos a competência para legislar em matéria de “águas e energia elétrica” expressamente distribuída, *in casu*, privativamente à União, conforme o art 5º, inc. XIX, alínea “j”. Aos Estados, era reservada a competência para complementar a legislação federal, observando-a, o que na prática acabava por limitar bastante o campo de ação estadual.

No que toca à questão da dominialidade, o art. 20, I atribuiu à União o domínio sobre os bens que à época lhe pertenciam, bem como inovou, no inciso II do mesmo dispositivo, ao dispor que à União pertenceriam “*os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;*”. Ficava assim superada a questão acerca da dominialidade desses bens, e irrelevante a sua possível utilidade para a defesa nacional. Aos Estados pertenciam os bens de sua propriedade que não tivessem sido transferidos à esfera da União.

Curioso anotar que menos de uma semana antes da promulgação dessa Constituição foi editado o Código de Águas (Cid Tomanik Pompeu²⁰² anota que, embora editado dias antes, o Código de Águas só foi objeto de publicação no dia 20 de julho de 1934, 4 dias

²⁰⁰ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

²⁰¹ SERRA, Silvia Helena. *Op cit*, p. 45.

²⁰² POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p.134.

após a promulgação da Constituição). De todo modo, o referido autor entende que o Código estava em linha com a Constituição, e que fora por ela recepcionado.

Esse Código, que teve como principal artífice Haroldo Valladão, talvez o pioneiro no estudo do direito de águas no Brasil, foi na realidade um esforço de criação de uma legislação moderna que refletisse e desse guarida às políticas de desenvolvimento então em vigor no país. Assim, tinha o referido Código um olhar muito intenso para o aproveitamento dos potenciais hidroelétricos

Sob a vigência do Código de Águas²⁰³, eram águas públicas ou comuns as águas de rios e lagos que fossem navegáveis, as de fontes e reservatórios públicos, e as nascentes que abasteciam correntes públicas. Para tanto, deveriam, nos termos dos arts. 2º e 3º, ser perenes, admitindo que eventualmente secassem em circunstâncias críticas de estiagem.

O Código garantia ainda o direito de uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água para a satisfação das necessidades mais básicas da vida, sendo inclusive possível o estabelecimento de servidão de passagem para aqueles que da água necessitassem, resguardado o direito de indenização do proprietário do prédio por prejuízos eventualmente causados.

O Código adotou a exigência de prévia anuência do Poder Público como condição para o aproveitamento da água. Sobre a natureza do ato, vem a lição de Pompeu (2010):

*“A versão final do Código (...) adotou o critério da finalidade de uso: para fim de utilidade pública: concessão administrativa, para outras finalidades: autorização administrativa. (...) Assim, águas públicas não podiam ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública, e, não se verificando essa, de autorização administrativa.”*²⁰⁴

De todo modo, tanto as concessões quanto as autorizações deveriam observar a navegabilidade dos rios, conforme o art. 48 do Código, salvo quando as primeiras necessidades da vida ou superior interesse público o exigissem.

²⁰³ Importante ressaltar que o referido diploma mantém sua vigência, porém restrita aos dispositivos recepcionados pela Constituição Federal, o que exclui a matéria aqui tratada.

²⁰⁴ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 141.

Quanto ao aproveitamento hidroelétrico, potenciais de mais de 150 kW eram consideradas de utilidade pública. Já o comércio e o abastecimento público de energia elétrica assim o era qualquer que fosse a potência aproveitada, ensejando a exigência de concessão administrativa para sua utilização. Era a União a responsável por essas concessões, através do Serviço de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM) do Ministério da Agricultura (art. 144). Incumbiam à União, como propriedade inalienável e imprescritível (art. 147), as quedas d'água e demais aproveitamentos energéticos situados em águas públicas de uso comum ou dominicais, enquanto que aquelas observadas águas particulares pertenciam aos proprietários dos terrenos ribeirinhos.

Interessante notar que passados mais de 80 anos de sua edição, o Código de Águas segue parcialmente em vigor, prova de seu caráter *avant-garde*. Foi ele o introdutor, por exemplo, do princípio do Poluidor-Pagador, hoje um dos pilares da legislação ambiental brasileira.

Vistos os principais elementos do Código de Águas, podemos retomar o estudo sobre o trajeto do constitucionalismo brasileiro em matéria de recursos hídricos e direito de águas.

A Constituição Republicana de 1934 teve, em verdade, vida curta. Logo em 1937, Getúlio Vargas rompe a Ordem Constitucional vigente e outorga uma nova Carta Política, agora refletindo todo o viés centralizador da ditadura recém instaurada.

Nesse diapasão, o art. 16, inc. XIV da Constituição atribuiu à União o poder de legislar privativamente sobre, entre outras matérias, águas. Aos Estados competia, na forma do art. 18, legislar supletivamente sobre água (também entre outras matérias), ficando, nesse caso específico, dispensada a obtenção de autorização federal para tanto, que era a regra quanto ao exercício dessa competência legislativa supletiva ou complementar. Quanto à questão atinente ao domínio da água, a Constituição de 1937 não inovou em relação ao regime anterior. Importante anotar que as quedas d'água constituíam, para fins de exploração industrial, propriedade distinta da propriedade do solo, sendo obrigatória a obtenção de autorização federal para o seu aproveitamento.

Em 1946, finda a Segunda Guerra Mundial, e com ela a ditadura Vargas, novos ventos passam a soprar no Constitucionalismo Brasileiro, eis que promulgada nova

Constituição Federal, vista com muito bons olhos por Raul Machado Horta, que atribui a ela a inauguração do federalismo cooperativo brasileiro. Nos termos do festejado autor mineiro:

*“A Constituição Federal de 1946 retirou a cooperação do domínio da aspiração, no qual se mantivera durante a Constituição de 1934 e a redimiu do esquecimento votado pela Constituição de 1937”.*²⁰⁵

Sob esse novo regime, os Estados continuaram a ter a prerrogativa de exercício supletivo da competência legislativa em matéria de águas, que, regra geral, permanecia atribuída privativamente à União, conforme teor do art. 5º, inc. XV, alínea “I”.

À União, o art. 34, I atribuiu a dominialidade de lagos e correntes de água em terrenos que lhe pertencessem, ou que banhassem mais de um Estado, servissem de limite com outro país ou ainda se estendessem a montante ou a jusante pelo território de Estados Estrangeiros. Já aos Estados cabiam os lagos e rios em terrenos de seu domínio, bem como aqueles que nascessem e desaguassem no território estadual, evidenciando uma ampliação do domínio hídrico estadual.

Se a Carta de 1946 era o marco de uma ordem democrática, eis que o acirramento da vida política nacional, sob o pano de fundo da polarização ideológica da Guerra Fria, resultou no Golpe de Estado de 1964 (hipocritamente chamado, por alguns, de Revolução Redentora), que inaugurou a Ditadura Militar. Tal regime editou, em 1967, sua Constituição, que acabou praticamente revogada por ato de força logo dois anos depois, com a edição da Emenda Constitucional 01/69, que passou a funcionar como o texto constitucional vigente. Não custa lembrar que sob, essa Constituição outorgada, tivemos, no Brasil, a experiência do chamado Federalismo de Integração, já abordado neste trabalho.

No que se refere às Águas, temos que tanto o domínio da União quanto o dos Estados não sofreram alterações significativas, pelo menos em termos nominais. Relevantes anotações são feitas por Silvia Helena Serra:

“Em todas essas Constituições – 1934, 1937, 1946 e 1967- pode-se verificar três pontos importantes em comum: a) não houve menção

²⁰⁵ HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: 1964, p. 293.

à água subterrânea; b) as águas de domínio público foram expressamente enumeradas, não optando estes constituintes por considerar as águas, de uma forma geral, como bens públicos; e c) as águas não enumeradas como de domínio público eram de domínio particular.”²⁰⁶

Talvez seja justamente a questão da dominialidade pública a maior das diversas inovações da Constituição Cidadã (1988) na questão do direito de águas. Sob a sua vigência, essa realidade não mais prospera. A Constituição Federal de 1988 eliminou do nosso sistema, em muito boa hora, as chamadas águas comuns ou particulares de que tratava o Código de Águas em seus arts. 7º e 8º. As águas passaram a figurar no rol de bens públicos, assentando sua dominialidade entre Estados e União.

Questão interessante, que precede à análise mais pormenorizada do regramento constitucional da questão hídrica, é a análise da possível incidência do inc. XXXV do art. 5º da Constituição em matéria de águas particulares. A questão seria definir se o eventual dono de águas particulares sob os regimes constitucionais anteriores teria direito a algum tipo de indenização pela expropriação promovida pela Constituição de 1988.

A resposta pode ser encontrada na teoria constitucional. Como bem anota o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso²⁰⁷, temos que a Constituição, produto do exercício do Poder Constituinte Originário, representa um ato inaugural do Estado, não devendo qualquer reverência à ordem anterior. Não existem, portanto, limites ao Constituinte originário, que pode, conforme suas conveniências, impor determinadas medidas expropriatórias, devendo, porém, até por uma questão de moralidade, se preocupar com eventuais indenizações por mudanças nos regimes jurídicos de propriedade. Nesse sentido vem a opinião de José Ribeiro²⁰⁸. Importante anotar que a perda da propriedade da água operada por força da Constituição Federal deve ser averbada no Registro de Imóveis, por força do art. 172 da Lei de Registros Públicos.

Nesse panorama, são Federais, nos estritos termos do inc. III do art. 20 da Constituição Federal, as águas que provenham de rios ou lagos internacionais, quer sejam

²⁰⁶ SERRA, Silvia Helena. *Op cit*, 2007, p. 63.

²⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

²⁰⁸ RIBEIRO, José. Propriedade das Águas e o Registro de Imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas**: aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2010.

transfronteiriços, isto é, corram do Brasil em direção a Estado estrangeiro (por ex. Paraguay) ou que de lá provenham (Amazonas), quer sejam os que sirvam de fronteira entre o Brasil e outro(s) Estado(s), tal como o Rio Paraná, ou que se encontrem em terras de dominialidade da União.

Da mesma forma, são Federais os rios ou lagos que nasçam em um estado e se espriem para outra Unidade da Federação, tal qual o Rio São Francisco, ou que sirvam de divisa entre elas, caso do Paranapanema. Todos os demais recursos hídricos ficam sob domínio dos Estados, conforme o art. 26, I da Constituição Federal. Importante lembrar que é irrelevante para os fins de definição da dominialidade o fato de o rio desaguar no Oceano Atlântico.

Vê-se, portanto, que o Constituinte reservou à União o domínio de todos aqueles corpos d'água de interesse internacional ou supra-estatal. Nos termos da lição de Cid Tomanik Pompeu, temos que²⁰⁹

“Pela redação do inc. III do art. 20 da CF/1988, vislumbra-se que ao colocar sob a égide do União os corpos de água de interesse internacional, ou de mais de um Estado, a Carta fixa o princípio de que as matérias que dizem respeito às relações internacionais e supra-estaduais competem à União.”

Também com base na lição de Pompeu, deve-se ter em conta que quando o Constituinte fez uso da expressão “rios e correntes de água” pretendeu abarcar toda sorte de cursos de água. Assim, não se deve restringir a aplicação do dispositivo constitucional com base na suposta inadequação terminológica da linguagem constitucional. Assim, deve-se utilizar os termos da Constituição em sentido mais aberto, abrangendo rios, córregos, ribeirões²¹⁰.

Assim, temos que ao rol de bens da União e de cada Estado Federado ficam incorporados os recursos hídricos de seu domínio. Cada um desses entes passa a ter o poder-dever de administrar esses bens, exercendo, em outras palavras, sua capacidade de

²⁰⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 76.

²¹⁰ O Glossário de Termos Hidrológicos da Agência Nacional de Águas define rio como “Curso de água de grande dimensão que serve de canal natural para a drenagem de uma bacia.” Já ribeira, ribeirão, arroio, regato, riacho seriam, segundo o mesmo Glossário, “Pequeno curso de água superficial, geralmente com escoamento contínuo e, de certo modo, turbulento.”

autoadministração em matéria de recursos hídricos. E, para tanto, em observância ao princípio da legalidade, e no exercício da capacidade de autolegislação, podem (e devem) legislar sobre o tema. Nesse sentido, foi pioneiro o Estado de São Paulo, ao editar a Lei Paulista de Águas, Lei 7.663, de 30 de dezembro de 1991.

Desde logo, convém retomar o art. 22 da Constituição Federal, em particular o seu inciso IV. Combinado com o *caput* do referido artigo, temos que seria prerrogativa privativa da União legislar sobre águas. Esse dispositivo não comporta, portanto, uma interpretação estritamente literal, face o que foi dito há pouco.

No sentido de encontrar o real significado do dispositivo constitucional, muito interessante é a lição de Cid Tomanik Pompeu. O referido autor divide a competência legislativa em matéria de recursos hídricos em duas vertentes: a primeira, a competência para criação do direito de águas, e a segunda, a criação de normas administrativas sobre as águas de domínio do ente federado. À União incumbem, nesses termos, ambas as competências legislativas. Aos Estados, ao contrário, apenas a segunda, como forma de viabilizar, como dito, o exercício da capacidade de autoadministração. Assim, ao editar a Lei 7.663/1991, o Estado de São Paulo exerceu essa segunda competência. Fica muito claro que a competência da União é muito mais ampla que a dos Estados, o que também revela uma dose de desequilíbrio no arranjo federativo brasileiro.

Além dessa competência extraída diretamente da dominialidade e da capacidade de autoadministração das suas águas, os Estados dispõem, conforme ensina José Afonso da Silva²¹¹, de competência para legislar sobre direito de águas extraída da competência concorrente de que trata o art. 24 da Constituição Federal, em particular seus incisos VI e VII, incidente sobre os aspectos ambientais da água. Importante lembrar que essa competência concorrente não se estende aos municípios. Ainda assim, ela deve ser entendida na sua correta medida, permanecendo sob domínio da União a competência para editar normas gerais sobre as águas.

Aos municípios restam as competências para legislar sobre assuntos de interesse local ou acerca do uso e ocupação do solo ou suplementar eventuais omissões da legislação estadual ou federal. Como vimos, não mais existem águas municipais. Esta classe de águas, que vigorou sob a vigência do Código de Águas, não mais existe desde a

²¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 86.

Constituição de 1946. Uma possível exceção a essa regra são as águas pluviais, à vista do fato de que elas pertencem, a princípio, ao proprietário do terreno onde elas se precipitam. Assim, toda a trajetória da água da chuva até o rio seria de responsabilidade do município.²¹²

Isso não significa, porém, que os municípios não estejam afetos ao gerenciamento dos recursos hídricos. Ao contrário, aliás. A água é tema do particular interesse dos municípios, diretamente ligado à questão do uso e ocupação do solo. Os municípios têm o dever de organizar o uso de seu território de maneira a proteger os recursos hídricos, principalmente os mananciais utilizados para o abastecimento público, observando os diversos instrumentos de gestão de recursos hídricos, que serão explorados abaixo. Assim, acabam se inserindo, ainda que indiretamente, no exercício do poder de polícia em matéria de recursos hídricos. Tanto é assim que a Prefeitura de São Paulo mantém a chamada “Operação Defesa das Águas”, que nada mais é que o exercício de suas competências materiais no uso e ocupação do solo, tais como a fiscalização em relação a ocupações irregulares, descarte irregular de resíduos da construção civil. Tudo isso serve para contribuir para a melhoria da qualidade das águas da bacia do Alto Tietê, de domínio estadual, que corresponde, grosso modo, ao território da Região Metropolitana. Ora, como negar o interesse do Município na manutenção da qualidade das águas que o abastecem? E, aliás, tanto mais em sendo os serviços de saneamento básico de competência municipal? Isso mostra que são absolutamente fundamentais ações cooperativas entre os entes federativos para a gestão eficiente das águas, sob o marco da divisão de competências promovida pela Constituição Federal.

Essas ações encontram seu fundamento no contexto constitucional brasileiro no chamado “compromisso constitucional de cooperação, que seria, na visão de Kubliskas²¹³, um compromisso de fidelidade e solidariedade assumido pelos entes federados no momento da celebração do pacto federativo. Esse pacto se materializaria por meio do princípio da lealdade federativa. Esse princípio, na visão do citado autor, teria sido implicitamente acolhido pela Constituição Federal, decorrência do próprio princípio federativo, cláusula pétrea da Carta Magna, conforme o inciso I do §4º do art. 60.

²¹² POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 275.

²¹³ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 56.

3.4. O regramento infraconstitucional do direito de águas

Diante de um quadro constitucional como o que foi apresentado acima, que apresenta as águas como autênticos bens públicos, é absolutamente natural, e mais que isso, necessário, que o legislador brasileiro edite uma série de normas que, revestidas da autoridade da Lei, regulem a matéria, estabelecendo os critérios de gestão e de uso dessas águas.

Embora haja toda uma gama de Leis que, de alguma forma, se relacionam com os diferentes usos da água (aqui podemos citar Leis como a Política Nacional de Saneamento- Lei 11.445/2007, o Código Florestal- Lei 12.651/2012, entre dezenas de outras), este estudo focará naquelas normas mais relacionadas ao cotidiano da gestão de recursos hídricos, em particular a Lei 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelecendo os principais instrumentos de gestão desses recursos, que serão objeto de estudo daqui em diante.

Toda a administração dos recursos hídricos no Brasil está incumbida a uma série de órgãos, a quem cabe executar todas as ações de planejamento, comando e controle previstas na Lei 9.433/97, valendo-se para isso dos instrumentos ali previstos, como os Planos de Bacia, o enquadramento dos corpos hídricos, a cobrança pelo uso de recursos hídricos e a outorga do direito de uso. Esses órgãos, juntamente com um conjunto de atores alheios à Administração Pública, formam o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH), previsto pelo art. 21, XIX da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 32, I a V da Lei 9.433/97.

Ao SNGRH cumpre implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, coordenando a gestão integrada das águas, arbitrando conflitos por recursos hídricos²¹⁴. Para tanto, deve fazer uso dos instrumentos previstos na Lei 9.433/97. Nos termos da referida Lei, integram o Sistema a Agência Nacional de Águas (ANA), os Conselhos Estaduais (e do Distrito Federal) e Nacional de Recursos Hídricos, os Comitês de Bacia, os órgãos federais, estaduais e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos e as Agências de Águas (art. 33, com a redação dada pela Lei 9.984/2000).

²¹⁴ O que reforça nosso entendimento, já exposto, acerca da inoportunidade da judicialização do conflito pelas águas da bacia do Paraíba do Sul, que acabou resultando na Ação Cível Originária 2536, que restou prejudicada pelo bem sucedido esforço de mediação promovido pelo Supremo Tribunal Federal.

A Agência Nacional de Águas, integrante do SNGRH por força do art. 33, I-A da Lei 9.433/97, é uma autarquia em regime especial, criada e regulamentada pela Lei 9.984/2000. Diferentemente de outras autarquias de mesmo regime presentes na esfera federal, como a ANEEL ou a ANCINE, a ela não incumbem funções regulatórias de serviços públicos ou atividades econômicas, tendo suas atribuições elencadas no art. 4º da Lei que a criou²¹⁵. A despeito de suas especificidades em relação às Agências Reguladoras,

²¹⁵ São as atribuições da ANA:

I – supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos;

II – disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;

III – (VETADO)

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;

V - fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União;

VI - elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inciso VI do art. 38 da Lei nº 9.433, de 1997;

VII – estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica;

VIII – implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União;

IX – arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no art. 22 da Lei nº 9.433, de 1997;

X – planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios;

XI - promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos;

XII – definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas;

XIII - promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias;

XIV - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos;

XV - estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos;

XVI - prestar apoio aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos;

XVII – propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos.

XVIII - participar da elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos e supervisionar a sua implementação.

XIX - regular e fiscalizar, quando envolverem corpos d'água de domínio da União, a prestação dos serviços públicos de irrigação, se em regime de concessão, e adução de água bruta, cabendo-lhe, inclusive, a disciplina, em caráter normativo, da prestação desses serviços, bem como a fixação de padrões de eficiência e o estabelecimento de tarifa, quando cabíveis, e a gestão e auditoria de todos os aspectos dos respectivos contratos de concessão, quando existentes.

XIX - regular e fiscalizar, quando envolverem corpos d'água de domínio da União, a prestação dos serviços públicos de irrigação, se em regime de concessão, e adução de água bruta, cabendo-lhe, inclusive, a disciplina, em caráter normativo, da prestação desses serviços, bem como a fixação de padrões de eficiência e o estabelecimento de tarifa, quando cabíveis, e a gestão e auditoria de todos os aspectos dos respectivos contratos de concessão, quando existentes.

XX - organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB);

guarda com elas semelhanças importantes, como o princípio da continuidade administrativa, posto que seus diretores exercem mandatos não coincidentes, e autonomia em relação à Administração direta, sendo apenas tutelada pelo Ministério do Meio Ambiente, sem que exista subordinação hierárquica entre os dirigentes dos dois órgãos.

O art. 33, I da Lei 9.433/97 elenca ainda o Conselho Nacional de Recursos Hídricos como órgão integrante do SNGRH. Tendo suas atribuições regulamentadas pelo Decreto 4.613/2003, com a redação dada pelo Decreto 5.263/2004, o Conselho é apresentado pelo art. 1º, *caput*, como um órgão com competências deliberativas e consultivas. Porém, Ganziera anota, com total razão, que, na prática, suas atribuições excedem essas competências previstas em seu regulamento²¹⁶, na medida em que “*suas atribuições possuem caráter técnico, de articulação política, consultivo, normativo e deliberativo*”²¹⁷.

XXI - promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de barragens;

XXII - coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), de forma consolidada.

²¹⁶ Na letra fria do Decreto 4.613/2003 (art. 1º), são as competências do Conselho Nacional de Recursos Hídricos:

I - promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários;

II - arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos;

III - deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos, cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados;

IV - deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica;

V - analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos;

VI - estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VII - aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacias Hidrográficas e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos;

VIII - deliberar sobre os recursos administrativos que lhe forem interpostos;

IX - acompanhar a execução e aprovar o Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas;

X - estabelecer critérios gerais para outorga de direito de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso;

XI - aprovar o enquadramento dos corpos de água em classes, em consonância com as diretrizes do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e de acordo com a classificação estabelecida na legislação ambiental;

XII - formular a Política Nacional de Recursos Hídricos nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 2º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000;

XIII - manifestar-se sobre propostas encaminhadas pela Agência Nacional de Águas ANA, Conselho Nacional de Recursos Hídricos relativas ao estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, para a conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos, nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei nº 9.984, de 2000;

XIV - definir os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, nos termos do inciso VI do art. 4º da Lei nº 9.984, de 2000;

XV - definir, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, as prioridades de aplicação dos recursos a que se refere o caput do art. 22 da Lei nº 9.433, de 1997, nos termos do § 4º do art. 21 da Lei nº 9.984, de 2000;

Órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente (MMA), tem em sua composição representantes de diversos órgãos da Administração Pública Federal com atuação atinente à gestão dos recursos hídricos, destacando-se que a representação não é paritária entre tais órgãos, tendo maior peso as representações dos Ministérios do Meio Ambiente (cujo titular é incumbido da presidência do Conselho) e de Minas e Energia. É importante anotar que os representantes da Administração Federal não podem exceder a metade mais um dos integrantes do Conselho. Fazem-se representar ainda dez representantes dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, doze de setores usuários e seis de organizações civis de recursos hídricos²¹⁸. É chamado por Cid Tomanik Pompeu de “*órgão de cúpula do Sistema*”²¹⁹. Tanto é assim que o CNRH exerce a competência recursal na análise de decisões dos comitês de bacia e arbitra, em última instância administrativa, conflitos que envolvam os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, funcionando como uma espécie de tribunal federativo em matéria de recursos hídricos, ainda que na esfera administrativa.

Honrando o princípio federalista, o inc. II do art. 33 da Lei 9.433/97 incorpora os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (naturalmente ao lado do Conselho do DF) ao SNGRH. Cada Unidade da Federação é competente para organizar o seu conselho

XVI - autorizar a criação das Agências de Água, nos termos do parágrafo único do art. 42 e do art. 43 da Lei nº 9.433, de 1997;

XVII - deliberar sobre as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos de domínio da União, nos termos do inciso V do art. 38 da Lei nº 9.433, de 1997;

XVIII - manifestar-se 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;

XIX - delegar, quando couber, por prazo determinado, nos termos do art. 51 da Lei nº 9.433, de 1997, aos consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas, com autonomia administrativa e financeira, o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto estas não estiverem constituídas.

²¹⁷ GANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p. 157.

²¹⁸ Está assim regulada a composição do CNRH:

I - um representante de cada um dos seguintes Ministérios:

a) da Fazenda; b) do Planejamento, Orçamento e Gestão; c) das Relações Exteriores; d) dos Transportes; e) da Educação; f) da Justiça; g) da Saúde; h) da Cultura; i) do Desenvolvimento Agrário; j) do Turismo; e l) das Cidades;

II - dois representantes de cada um dos seguintes Ministérios: a) da Integração Nacional; b) da Defesa; c) do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; d) da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; e e) da Ciência e Tecnologia;

III - três representantes de cada um dos seguintes Ministérios: a) do Meio Ambiente; e a) de Minas e Energia; I

V - um representante de cada uma das seguintes Secretarias Especiais da Presidência da República: a) de Aquicultura e Pesca; e b) de Políticas para as Mulheres;

V - dez representantes dos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos;

VI - doze representantes de usuários de recursos hídricos; e

VII - seis representantes de organizações civis de recursos hídricos.

²¹⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 289.

estadual, atribuindo-lhes as competências que entender cabíveis e determinando a sua composição. A título de exemplo, no Estado de São Paulo, o Conselho Estadual de Recursos Hídricos foi criado pelo Decreto nº 27.576 de 11 de novembro de 1987, hoje em vigor com a redação dada pelo Decreto nº 57.113 de 7 de julho de 2011. Nota-se aqui o pioneirismo paulista no trato da gestão dos recursos hídricos, posto ter sido o conselho criado antes mesmo da promulgação da Constituição Federal, que ocorreu em 05 de outubro de 1988. Ao contrário de seu correlato nacional, aqui não há a proeminência do executivo estadual, posto que, composto por 33 membros, apenas 1/3 deles integram a Administração do ente regional. Outros 11 representam os municípios paulistas, conforme a unidade de gestão de recursos hídricos na qual se insira cada um deles, e ainda mais 11 membros oriundos dos setores usuários de recursos hídricos²²⁰. Cabe ao titular da pasta do

²²⁰ Nos termos do art. 2º do Decreto 57.113, de 7 de julho de 2011, é a seguinte a composição do CRH-SP:
Artigo 2º - O Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CRH será integrado por:

I - Titulares, ou seus representantes, das seguintes Secretarias de Estado:

- a) de Saneamento e Recursos Hídricos, que o presidirá;
- b) do Meio Ambiente, que será seu Vice-Presidente;
- c) da Educação;
- d) de Planejamento e Desenvolvimento Regional;
- e) de Agricultura e Abastecimento;
- f) da Saúde;
- g) de Logística e Transportes;
- h) de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia;
- i) da Fazenda;
- j) de Energia;
- k) de Desenvolvimento Metropolitano;

II - 11 (onze) representantes dos municípios situados nas Unidades de Gerenciamento de Recursos Hídricos, agrupadas conforme a seguinte discriminação:

- a) Primeiro Grupo - Alto Tietê;
- b) Segundo Grupo - Paraíba do Sul e Serra da Mantiqueira;
- c) Terceiro Grupo - Litoral Norte e Baixada Santista;
- d) Quarto Grupo - Ribeira de Iguape/Litoral Sul e Alto Paranapanema;
- e) Quinto Grupo - Médio Paranapanema e Pontal do Paranapanema;
- f) Sexto Grupo - Aguapeí, Peixe e Baixo Tietê;
- g) Sétimo Grupo - Tietê/Jacaré e Tietê/Batalha;
- h) Oitavo Grupo - Turvo/Grande e São José dos Dourados;
- i) Nono Grupo - Sapucaí Mirim/Grande e Baixo Pardo/Grande;
- j) Décimo Grupo - Pardo e Mogi-Guaçu;
- k) Décimo Primeiro Grupo - Sorocaba/Médio Tietê e Piracicaba, Capivari e Jundiá;

III - 11 (onze) representantes de entidades da sociedade civil, de âmbito estadual, dos segmentos adiante especificados:

- a) 1 (um) de usuários industriais de recursos hídricos;
- b) 1 (um) de usuários agroindustriais de recursos hídricos;
- c) 1 (um) de usuários agrícolas de recursos hídricos;
- d) 1 (um) de usuários de recursos hídricos do setor de geração de energia;
- e) 2 (dois) de usuários de recursos hídricos para abastecimento público;
- f) 3 (três) de associações especializadas em recursos hídricos, de sindicatos ou organizações de trabalhadores em recursos hídricos, de entidades associativas de profissionais de nível superior relacionadas com recursoshídricos;
- g) 2 (dois) de entidades ambientalistas ou de entidades de defesa de interesses difusos.

Saneamento e Recursos Hídricos presidir o órgão colegiado. No que toca a sua competência, é interessante notar o exercício da função normativa no campo da implementação do Plano Estadual de Recursos Hídricos, entre outras atribuições de grande relevância²²¹.

Integrantes de destaque do SNGRH são os Comitês de Bacia Hidrográfica. Prestigiando a bacia como unidade territorial básica de execução das políticas e do gerenciamento dos recursos hídricos, como será visto logo abaixo, esses comitês têm um perfil notadamente político, que pode ser notado tanto em sua composição quanto em suas competência, elencadas pelo art. 38 da Lei 9.433/97²²².

²²¹ Esgotando o elenco de atribuições do CRHESP, temos

- I - discutir e aprovar propostas de projetos de lei referentes ao Plano Estadual de Recursos Hídricos, assim como as que devam ser incluídas nos projetos de lei sobre plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e orçamento anual do Estado;
- II - aprovar o relatório sobre a “Situação dos Recursos Hídricos no Estado de São Paulo”;
- III - exercer funções normativas e deliberativas relativas à formulação, implantação e acompanhamento da Política Estadual de Recursos Hídricos;
- IV - estabelecer critérios e normas relativos ao rateio, entre os beneficiados, dos custos das obras de uso múltiplo dos recursos hídricos ou de interesse comum ou coletivo;
- V - estabelecer diretrizes para formulação de programas anuais e plurianuais de aplicação de recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FEHIDRO;
- VI - efetuar o enquadramento dos corpos d’água em classes de uso preponderante, com base nas propostas dos Comitês de Bacias Hidrográficas - CBHs, compatibilizando-as em relação às repercussões interbacias e arbitrando os eventuais conflitos decorrentes;
- VII - decidir os conflitos entre os Comitês de Bacias Hidrográficas;
- VIII – aprovar o Programa de Trabalho a ser adotado;
- IX – constituir câmaras, equipes ou grupos técnicos, por deliberação, compostos por membros do próprio CRH que poderão convidar técnicos ou especialistas para assessorá-los em seus trabalhos;
- X – criar, extinguir e reorganizar os Comitês de Bacias Hidrográficas ou Subcomitês, respeitadas as peculiaridades regionais, observado o disposto no artigo 24, da Lei nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991;
- XI – estabelecer os limites condicionantes para fixação dos valores para cobrança pela utilização dos recursos hídricos;
- XII – referendar as propostas dos Comitês, de programas quadrienais de investimentos e dos valores da cobrança;
- XIII - aprovar o seu Regimento Interno.

²²² São essas as competências:

- I - promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes;
- II - arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos;
- III - aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia;
- IV - acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas;
- V - propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes;
- VI - estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados;
- VII - (VETADO)
- VIII - (VETADO)
- IX - estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.

Os Comitês de Bacia poderão ser federais, quando se tratar da bacia de um rio de dominialidade da União, ou Estaduais/Distritais, quando se tratar de rios de dominialidade dos Estados ou do Distrito Federal. Podem, inclusive, coexistir, na mesma bacia hidrográfica, diversos Comitês, cada um respondendo por um segmento territorial, ou apenas um Comitê que responda por um grupo de bacias contíguas, por expressa autorização veiculada no art. 37 da Lei 9.433/97.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos funciona como instância recursal dos comitês federais, enquanto que os Conselhos estaduais funcionam como tal em relação aos comitês estaduais. Há, inclusive, casos nos quais convivem Comitês Estadual e Federal na mesma bacia hidrográfica, como ocorre no caso das chamadas bacias PCJ, formadas pelos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, onde se localiza a maior parte do Sistema Cantareira.

O art. 39 da Lei 9.433/97 apresenta a composição dos comitês de bacia. É fundamental que se entenda esse dispositivo como válido para os comitês federais. Seria uma verdadeira ofensa à capacidade de autogestão dos Estados membros que a União pretendesse regular a composições dos comitês cuja atribuição precípua é, afinal, gerir bens de sua dominialidade. Assim, cada Lei estadual define a composição e, mais ainda, as atribuições dos seus respectivos comitês de bacia²²³. No caso específico do Estado de São Paulo, tais matérias estão reguladas pelos arts. 24 e 26 da Lei 7.663, de 30 de dezembro de 1991. Há, hoje, um total de 21 Comitês instalados no Estado de São Paulo²²⁴, nos quais, por força do art. 24, *caput*, da referida Lei paulista, temos representações equânimes do Estado, dos Municípios que integram a bacia hidrográfica e a sociedade civil, representada por associações representativas dos setores usuários, universidades e centros de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

Aos Comitês estão associadas as Agências de Águas. Apesar de frequentemente confundidas com as Agências Reguladoras, com elas não se identificam. Sua atribuição precípua é o exercício das funções de secretaria executiva dos comitês de bacia, nos termos do art. 41 da Lei 9.433/97. Sua criação deve ser precedida de autorização do Conselho

²²³ Registre-se que nem sempre o CNRH se atenta ao conteúdo do princípio federativo, querendo impor suas regulamentações aos comitês estaduais. Exemplo clássico dessa condenável prática é a Resolução CNRH n. 5/2000.

²²⁴ São eles: CBHs da Serra da Mantiqueira; do Sapucaí-Mirim e Grande; do Rio Mogi-Guaçu; dos Rios Sorocaba e Médio Tietê; do Litoral Norte; do Baixo Pardo-Grande; do Alto Paranapanema; dos Rios Turvo e Grande; do Tietê-Batalha; do Médio Paranapanema; do São José dos Dourados; do Baixo Tietê; dos Rios Aguapeí e Peixe; do Paraíba do Sul; do Alto Tietê; do Tietê/Jacaré; da Baixada Santista; do Ribeira de Iguape e Litoral Sul; do Piracicaba, Capivari e Jundiaí, do Pontal do Paranapanema e do Rio Pardo.

respectivo, estadual ou nacional, a pedido de um ou mais comitês, condicionada à existência de recursos financeiros obtidos pelo processo de cobrança pelo uso dos recursos hídricos (art. 43). As demais atribuições dessas agências vêm elencadas nos incisos do art. 44.²²⁵

Desde logo, há que se anotar que referida Lei tem como um de seus pilares a questão do planejamento, uma vez que a Lei reconhece, em linha com os Princípios de Dublin, logo em seu art. 1º, II, a água como um bem público finito e limitado. Esse fato, ao lado da constatação de que os diferentes usos dos recursos hídricos tendem, em maior ou menor medida, à perpetuação, impõe a necessidade de se estabelecer parâmetros de planejamento, posto que o uso atual não pode, de modo algum, comprometer o uso futuro. Embora, como aponta Maria Luiza Machado Ganziera, já existisse no passado um sistema de gerenciamento, muito voltado ao setor elétrico, esse sistema não se baseava num arcabouço normativo claro, transparente e previsível²²⁶. Esse arcabouço surge, num primeiro momento, com o Código de Águas (Decreto-Lei 24.643/1934), tendo sido aprofundado e atualizado pela Lei ora em comento.

Diversos são os instrumentos de planejamento trazidos pela Lei 9.433/97. O mais importante deles, sem dúvida, é o Plano de bacia hidrográfica. Preliminarmente, é importante ter em mente que a bacia hidrográfica é a unidade territorial básica na implementação dos mecanismos de gestão propostos pela Lei, por força de seu art. 1º, V.

²²⁵ São elas:

- I - manter balanço atualizado da disponibilidade de recursos hídricos em sua área de atuação;
- II - manter o cadastro de usuários de recursos hídricos;
- III - efetuar, mediante delegação do outorgante, a cobrança pelo uso de recursos hídricos;
- IV - analisar e emitir pareceres sobre os projetos e obras a serem financiados com recursos gerados pela cobrança pelo uso de Recursos Hídricos e encaminhá-los à instituição financeira responsável pela administração desses recursos;
- V - acompanhar a administração financeira dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos em sua área de atuação;
- VI - gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos em sua área de atuação;
- VII - celebrar convênios e contratar financiamentos e serviços para a execução de suas competências;
- VIII - elaborar a sua proposta orçamentária e submetê-la à apreciação do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica;
- IX - promover os estudos necessários para a gestão dos recursos hídricos em sua área de atuação;
- X - elaborar o Plano de Recursos Hídricos para apreciação do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica;
- XI - propor ao respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica:
 - a) o enquadramento dos corpos de água nas classes de uso, para encaminhamento ao respectivo Conselho Nacional ou Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com o domínio destes;
 - b) os valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos;
 - c) o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos;
 - d) o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.

²²⁶ GANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p.122.

Isso porque a água se renova no planeta através de um processo dinâmico chamado de ciclo hidrológico, sobre o qual Flávio Terra Barth, de saudosa memória, sintetizou:

*“A terra comporta-se como um gigantesco destilador, em que a água, após evaporar-se dos oceanos, dos lagos, dos rios e da superfície terrestre, precipita-se sob a forma de chuva, neve e gelo, corre pela superfície, infiltra-se no subsolo, escoia pelos aquíferos, é absorvida pelas plantas e transpirada pela atmosfera, da qual torna a precipitar-se, e assim sucessivamente”.*²²⁷

Ademais, enquanto sob o estado líquido, a água se comporta sempre em torno de uma bacia hidrográfica. Definida por Cid Tomanik Pompeu como “*área geográfica dotada de determinada inclinação em virtude da qual todas as águas se dirigem, direta ou indiretamente, a um corpo central de água*”²²⁸, e por Sax et al como “*a área drenada por um rio e seus afluentes. A porção de terra da qual a água é drenada para o Rio Colorado e seus afluentes, por exemplo, compõe a Bacia do Colorado*”²²⁹, entendemos, em linha com a melhor literatura técnica ou jurídica, que não faz qualquer sentido estruturar a gestão da água levando em conta qualquer outra unidade territorial, porque a água “não se submeterá a essa organização” simplesmente porque não é assim que ela se comporta na natureza. Aliás, esse método de administração a partir das bacias hidrográficas foi pioneiramente aplicado nos Estados Unidos, particularmente a partir da criação do *Tennessee Valley Authority*, em 1933.

Feito esse esclarecimento conceitual, podemos dizer que o Plano de Bacia Hidrográfica sintetiza um pacto democraticamente gestado em um Comitê com participação de atores governamentais e da sociedade civil, tendo por objetivo, na letra da Lei, “*fundamentar e orientar a implementação da política e o gerenciamento dos recursos hídricos*”, nos estritos termos de seu art. 6º. Sobre o tema, a palavra de Ganziera: “*Esse dispositivo revela uma decisão fundamental, à medida que direciona a utilização da água*

²²⁷ BARTH, Flávio Terra. Aspectos Institucionais do gerenciamento de recursos hídricos. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006, p. 87.

²²⁸ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 315.

²²⁹ SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. *Op cit*, p. 1082.

No original:

“The area drained by a river and its tributaries. The land area from which water drains into the Colorado River and its tributaries, for example, comprises the Colorado River basin”.

na *bacia hidrográfica*”²³⁰. Essa decisão deve estar orientada em direção ao longo prazo, necessariamente trazendo as matérias do art. 7º como seu conteúdo mínimo.

Do ponto de vista material, essa decisão fundamental define quais serão os usos de recursos hídricos admitidos na porção territorial na qual se aplicará o Plano, que pode ser a bacia hidrográfica, o Estado (Plano Estadual de Recursos Hídricos) e o país como um todo (Plano Nacional de Recursos Hídricos). Define, ainda, zonas de restrição de uso, racionalizando a utilização da água naquele território. Fica nítida a interação entre o plano de bacia e as políticas de ordenação do uso e ocupação do solo, que, à luz da Constituição Federal, incumbem fundamentalmente ao Município, nos termos do art. 30 e do art. 182. Nesse sentido, torna-se particularmente importante a efetiva participação da Municipalidade quando da elaboração e aprovação do Plano no Comitê de Bacia.

O grande problema aqui se refere à força obrigatória do Plano. Ele é um instrumento previsto em Lei, aprovado por um órgão colegiado (o Comitê de Bacia, o Conselho Estadual ou o Conselho Federal de Recursos Hídricos, conforme o caso), mas não é Lei²³¹. Não é objeto de apreciação pelo Poder Legislativo e, portanto, não tem força obrigatória, à luz do art. 5º, II da Constituição Federal. Como tal, acaba sendo um instrumento de força insuficiente, incapaz de condicionar plenamente o comportamento dos atores no sistema de gerenciamento. Esse talvez seja o principal problema relativo à efetiva implementação das diretrizes que compõem a decisão fundamental que o Plano expressa, ficando sua aplicação plena sujeita a um apego, nem sempre visto no setor público ou no setor privado, ao conhecimento técnico-científico, às melhores práticas técnicas ou, ainda, a mecanismos de gestão democrática, estando, além disso, sempre sujeito à relativização em função de conveniências e urgências políticas.

Outro instrumento de mais alta importância é o enquadramento de corpos hídricos a partir do uso preponderante de suas águas. Esse instrumento se insere no direito de águas de forma a tornar explícito o seu distanciamento de perspectivas conservacionistas, na medida em que admite que alguns usos provocam algum grau de poluição das águas, ao mesmo tempo em que enxerga neles a essencialidade que os caracteriza. Na medida em que sejam essenciais, esses usos, ainda que poluidores, passam a ser, tomadas

²³⁰ GANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p.142.

²³¹ Uma exceção importante aqui é o Estado de São Paulo, que, por força da Lei Estadual 7.663, de 30/12/1991, exige que o Plano Estadual seja veiculado por Lei. Apenas uma Lei nesse sentido foi editada até hoje, a Lei 9.034, de 27 de dezembro de 1994, que deveria ser aplicada nos anos de 1994 e 1995. Desde então o Plano Estadual de Recursos Hídricos não foi renovado, ainda que siga sendo cotidianamente utilizado como parâmetro normativo pelos órgãos de gestão de recursos hídricos do Estado de São Paulo, em particular o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE).

evidentemente todas as medidas de mitigação, admitidos em determinados pontos de determinados cursos d'água, operando-se portanto um processo de planejamento da alocação de cargas poluidoras. O instrumento dessa operação de determinação é, essencialmente, o enquadramento dos cursos d'água, previsto no art. 9º da Lei 9.433/97.

O enquadramento representa, em síntese, um esforço de classificação com vistas ao uso futuro das águas enquadradas. Nos termos das Resoluções CONAMA 357, de 17 de março de 2005, para águas superficiais, e 396, de 03 de abril de 2008, para águas subterrâneas, o enquadramento de um dado segmento de um corpo hídrico se faz através da atribuição de classes, às quais correspondem metas de qualidade da água, tomadas em função dos usos preponderantes.

O enquadramento, assim como o Plano de Bacia, também carrega, em sua essência, uma decisão política. Isso porque mais do que um simples diagnóstico do estado atual das águas classificadas, o que se estabelece é uma meta de qualidade. Assim, quando se promove o enquadramento de segmento de um rio, por exemplo, projeta-se qual será o uso preponderante para as águas que por ele correm. Desse modo, priorizam-se determinados usos em detrimento de outros, avaliando, entre os usos admitidos, quais são as suas exigências qualitativas. Usos mais exigentes, como o abastecimento humano, demandam índices de qualidade mais rigorosos que outros usos, como a navegação. A partir disso, chega-se à classe daquele segmento, à qual correspondem índices pré determinados de diversos parâmetros qualitativos, que passam a servir de parâmetro para o processo de licenciamento. Importante reforçar que o enquadramento não retrata o estado atual da qualidade das águas enquadradas, mas sim o que se projeta para o futuro em função dos seus usos preponderantes. Por isso, o enquadramento supõe que, uma vez estabelecida a classe de um segmento de um rio, siga-se um permanente esforço de controle de qualidade de suas águas. É de bom alvitre, inclusive, que no ato do enquadramento já se tenha acordado um programa de obras realista que possa levar ao incremento da qualidade da água rumo à classe escolhida. Por óbvio, terá maior possibilidade de sucesso aquele acordo que já incluir as alternativas de financiamento desse programa de obras.

Nos termos da Resolução CONAMA 357/05 (art. 4º), os corpos d'água doce podem ser classificados de acordo com os termos abaixo:

I - classe especial: águas destinadas:

a) ao abastecimento para consumo humano, com desinfecção;

b) à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas; e,

c) à preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral.

II - classe 1: águas que podem ser destinadas:

- a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento simplificado;*
- b) à proteção das comunidades aquáticas;*
- c) à recreação de contato primário, tais como natação, esqui aquático e mergulho, conforme Resolução CONAMA no 274, de 2000;*
- d) à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película; e*
- e) à proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas.*

III - classe 2: águas que podem ser destinadas:

- a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional;*
- b) à proteção das comunidades aquáticas;*
- c) à recreação de contato primário, tais como natação, esqui aquático e mergulho, conforme Resolução CONAMA no 274, de 2000;*
- d) à irrigação de hortaliças, plantas frutíferas e de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto; e*
- e) à aquicultura e à atividade de pesca.*

IV - classe 3: águas que podem ser destinadas:

- a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional ou avançado;*
- b) à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras;*
- c) à pesca amadora;*
- d) à recreação de contato secundário; e*
- e) à dessedentação de animais.*

V - classe 4: águas que podem ser destinadas:

- a) à navegação; e*
- b) à harmonia paisagística.*

Cada Comitê de Bacia deve, nos termos da alínea *a* do inc. XI do art. 44 da Lei 9.433/97, a partir de proposta de sua Agência de Bacia, encaminhar sua proposta de enquadramento ao Conselho Estadual ou ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, conforme a dominialidade do curso d'água enquadrado. Granziera²³² lembra, com razão, do papel importante que o enquadramento desempenha, como o Plano de Bacia, no ordenamento do uso e ocupação do solo, na medida em que restringe alguns usos na sua área de influência. Por exemplo, não se concebe que se criem animais às margens de rios de classe especial, utilizados para abastecimento público mediante tratamento rudimentar. Isso reforça a necessidade imperiosa de densa participação dos Poderes Públicos Municipais no processo de gestão dos recursos hídricos, em particular nos Comitês de Bacia e nos Conselhos de Recursos Hídricos.

²³² GANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p.148.

3.5. O exercício da função administrativa e o controle do uso dos recursos hídricos no direito brasileiro

Se o planejamento é um dos pilares do gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil, o outro é, sem dúvida, o controle do uso desses recursos. Trata-se, em termos mais concretos, do exercício do poder de polícia em matéria de recursos hídricos.

Diversos autores já trouxeram suas definições do que seja o poder de polícia. Entre eles, destaca-se Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, que em notável obra dedicada ao tema, num convincente esforço de síntese, oferece o seguinte conceito:

*“Poder de polícia pode ser definido como a atividade da Administração que, disciplinando direitos e interesses, vale-se da edição de regras e da imposição de medidas necessárias à preservação da ordem pública, garantindo a melhor convivência possível entre as diversas aspirações legítimas que coexistem no seio da sociedade”.*²³³

Além da contribuição de Carneiro da Cunha Filho, temos no ordenamento jurídico brasileiro uma definição bastante adequada do que seja o poder de polícia no art. 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Aplicando o conceito de poder de polícia ao direito de águas, Maria Luiza Granziera ensina que tratamos do efetivo controle de um bem absolutamente fundamental, condição de existência do próprio ser humano e da vida como um todo no planeta. Assim, aqui o poder de polícia não se reveste da face comumente citada na doutrina da *“restrição do exercício de direitos em prol do interesse público”*, mas ao contrário, trata-se de propiciar

²³³ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de polícia**: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados. Ribeirão Preto: IELD, 2014, p. 33.

condições adequadas de vida a toda a coletividade²³⁴. Trata-se de uma óbvia manifestação do princípio da supremacia do interesse público, na medida em que, como já explicitado ao longo deste trabalho, o uso dos recursos hídricos carrega em si mesmo um pesado potencial de geração de conflito. A posição da autora se harmoniza com a de Cunha Filho, para quem o poder de polícia visa garantir um “*estado ideal de interação entre os bens jurídicos tidos por relevantes para a vida em comunidade*”²³⁵.

Novamente com apoio na obra de Carneiro da Cunha Filho, podemos afirmar que o poder de polícia se manifesta principalmente pela vigilância, regulamentos e atos administrativos de autorização ou punição²³⁶.

A expedição de regulamentos tem importância e aplicabilidade óbvia no campo do gerenciamento de recursos hídricos. Evidentemente, não pode a Lei descer às minúcias estabelecendo, por exemplo, vazões máximas de retirada em um determinado segmento de um rio, o que geraria um vácuo que tornaria qualquer esforço de controle, por hercúleo que o pudesse ser, absolutamente inócuo. É mais do que natural, e em verdade necessário, que a Administração Pública, observadas as suas inafastáveis obrigações de motivação, valendo-se da *expertise* técnica, defina esse tipo de parâmetro, sempre tendo como norte o interesse público, partindo dos dados obtidos no processo de planejamento.

Já os atos de autorização, punição e vigilância valem-se, precipuamente, de um instrumento de gestão da maior valia para o processo de gerenciamento integrado de recursos hídricos: a outorga do direito de uso dos recursos hídricos, mencionada pelo art. 21, XIX da Constituição Federal, que atribui à União o encargo de definir seus critérios.

A outorga, enquanto instrumento de gestão, parte de um pressuposto: a dominialidade pública das águas. Águas são bens públicos federais ou estaduais, conforme o caso. Sendo assim, elas são, em tese, de uso comum do povo, podendo ser livremente utilizadas, por exemplo para a navegação ou banho e lazer. Entretanto, é da natureza do recurso hídrico, até pela sua escassez, o uso privativo, para qualquer dos usos abordados na introdução deste trabalho. Por exemplo, se um agricultor pretende captar água em um rio para irrigar sua cultura, ou se uma indústria necessita de água como insumo para fabricar

²³⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p.171.

²³⁵ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O poder de polícia da água: reflexões sobre medidas extremas à disposição do poder public para assegurar a ordem hídrica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; NERY, Ana Rita de Figueiredo e OLIVEIRA, André Tito da Motta (orgs). **A crise hídrica e o direito**. Racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 225.

²³⁶ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Op cit*, p. 61.

um produto qualquer, impossível não identificar que, em ambos os casos, estamos diante de um uso privativo, que limita a possível utilização do mesmo recurso hídrico por terceiros, criando uma situação de uso desigual do bem público.

Em situações como essa, algum tipo de ato deve ser expedido pelo Poder Público, após um processo administrativo, que, de um lado, sirva como parâmetro para o exercício do controle e da vigilância, e, de outro, represente uma garantia, ainda que precária, para o particular, de modo a tutelar suas legítimas expectativas em termos da disponibilidade de um recurso muitas vezes indispensável para o exercício de uma atividade produtiva de elevado valor na dinâmica econômica. Esse ato é a outorga do direito de uso de recursos hídricos, prevista como instrumento de gestão no art. 5º, III da Lei 9.433/97.

Cumpra esclarecer que estão sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 da Lei 9.433/97, quaisquer usos que, de alguma forma, produzam alteração no regime do ciclo da água, na qualidade ou na quantidade da mesma. Em verdade, buscou o legislador abarcar, nas hipóteses do artigo 12, todos os usos que possam ter tal efeito. São estes os usos sujeitos a outorga:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

Percebe-se a intenção do legislador de não deixar qualquer uso que possa alterar as características físico-químicas da água ou os seus processos de interação ambiental, por meio do uso da fórmula genérica empregada no inc. V. Assim, nos incisos anteriores, enumerou aqueles que são, no cotidiano dos órgãos gestores, os usos mais comuns, que certamente demandavam a contundência empregada, para que não houvesse qualquer sombra de dúvida. Em seguida, finalizou com essa fórmula que, a rigor, poderia abarcar qualquer um dos itens anteriores, ampliando o escopo regulatório do dispositivo.

Ao mesmo tempo em que buscou abarcar o maior número de usos possíveis da água na fórmula empregada no dispositivo em comento, atentou-se o legislador para uma

destacada peculiaridade presente no cotidiano da gestão de recursos hídricos: são muitíssimos os usos que, se produzem alguma alteração no regime do ciclo da água, essa alteração é de tão pequena monta que pode ser tida por insignificante. Por isso, o § 1º do art. 12 da Lei 9.433/97, dispensou da outorga usos (derivações, captações e lançamentos) e acumulações insignificantes de água e o uso de recursos hídricos para a satisfação de necessidades de pequenos núcleos habitacionais rurais. De todo modo, esses usos precisam ser cadastrados junto ao órgão gestor. No Estado de São Paulo, a questão vem regulada pela Portaria DAEE nº 2.292, de 14 de dezembro de 2006. Nos termos do art. 3º da norma regulamentar, em se tratando de águas subterrâneas, o limite da insignificância estaria em 15 m³ por dia e, no caso de águas superficiais, esse limite subiria para 25 m³ por dia. Em nível federal, a matéria vem regulada na Resolução ANA nº 707/2004, tomando por insignificantes, na ausência de regulação específica do CNRH, captações que não excedam 86,4 m³ por dia (1L/s).

Quanto aos usos da água, é fato, como já descrito na introdução deste trabalho, que há uma enorme gama de possibilidades. A esse propósito, a Instrução Normativa MMA 4/2000 define uso de recursos hídricos como sendo “*toda atividade que altere as condições qualitativas e quantitativas, bem como o regime de águas superficiais ou subterrâneas, ou que interfiram em outros tipos de usos.*” (art. 2º, XXIX), sendo usuário “*toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que faça uso de recursos hídricos que dependem ou independem de outorga, sendo obrigatório o cadastramento*” (art. 2º, XXXI). Nesse panorama, a literatura técnica sempre manteve um esforço no sentido de classificar os diferentes usos de recursos hídricos dentro de certas categorias. São elas:

a) Uso

Será considerado consuntivo todo uso que devolver ao corpo d’água quantidade menor do que aquela captada. O caso mais clássico de uso consuntivo é a irrigação, posto que a água utilizada para tal finalidade não é devolvida ao corpo doador.

b) Uso não consuntivo

Aqui, ao contrário, após o uso a mesma quantidade de água é devolvida à fonte do qual ela foi captada. É o caso da geração de energia hidroelétrica, uma vez que são pequenas as perdas de água no processo, sendo quase a totalidade da água utilizada devolvida, após a passagem pelas turbinas da usina.

c) Uso local

Fala-se aqui de usos que aproveitam a água nas proximidades de sua fonte, sem que se promovam alterações significativas em termo de sua disponibilidade no tempo ou espaço. Assim, será considerado um uso local um pequeno desvio feito com finalidades paisagísticas, por exemplo.

A finalidade do regime de outorgas está claramente explicitada no art. 11 da Lei 9.433/97: esse regime tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Assim, visa o regime a garantir à Administração Pública e à sociedade como um todo a possibilidade de controlar o que se passa com os seus recursos hídricos.

Sendo assim, é tormentoso o debate acerca de qual é a quantidade de água em um determinado curso d'água passível de derivação, isto é, qual é a quantidade que pode ser captada de modo que não seja comprometida a higidez ambiental, o uso múltiplo ou a perenidade de um corpo d'água. Essa definição deve ser feita a partir da chamada disponibilidade hídrica, variável que busca identificar qual é a vazão (quantidade de água sobre uma variação de tempo) mínima que preserva os interesses tutelados pelo Ordenamento, num dado lugar, ao longo do tempo. Tudo o que exceder essa vazão será a chamada vazão outorgável. A título de exemplo, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Mato Grosso e Rondônia, utiliza-se a chamada vazão $Q_{7,10}$. Ludmilson Abritta Mendes explica que essa vazão seria aquela observada nos 7 dias mais críticos em termos de estiagem num ano, cuja probabilidade de ocorrer é uma em dez. O autor esclarece ser esse um parâmetro bastante rigoroso, na medida em que, na esmagadora

maior parte do tempo, as vazões observadas são expressivamente superiores a esse limite, o que gera nos usuários a sensação de que se está desperdiçando água²³⁷.

Novamente tendo como parâmetro o Estado de São Paulo, com fundamento nos arts. 13, II e 14, *caput* da Lei 9.034, de 27 de dezembro de 1994, a vazão máxima outorgável equivale a 50% do $Q_{7,10}$, sem prejuízo dos usos outorgados a jusante do ponto de captação. Importante anotar que podem os Comitês de Bacia, quando da elaboração de seus Planos de Bacia Hidrográfica, estabelecer outros limites. Entretanto, na prática, isso jamais ocorreu.

Outro critério bastante utilizado é o da vazão de permanência (Bahia, Ceará, Goiás, Paraíba, Paraná e Sergipe, segundo Mendes²³⁸, se valem desse índice). Esse critério se fia pelo tempo em que uma determinada vazão mínima é igualada ou superada. A partir disso, calcula-se a probabilidade com que essa vazão será observada na prática. Usualmente, utiliza-se ou a $Q_{90\%}$ ou a $Q_{95\%}$, ou seja vazões observadas 90 ou 95% do tempo, conforme o caso. Em se tratando de águas de domínio da União, na ausência de limites estabelecidos pelo Comitê de Bacia, a ANA usa como parâmetro 70% do $Q_{95\%}$. O maior problema desse critério é o fato de que ele ignora os efeitos da sazonalidade nas vazões observadas no segmento analisado.

Cid Tomanik Pompeu lembra, em boa hora, que não apenas o efetivo uso do recurso hídrico enseja o ato de outorga. Também é possível a chamada *outorga preventiva*, ato que estabelece uma espécie de reserva de águas, ou em linguagem mais técnicas, de vazões outorgáveis em favor de um usuário. Esse ato não lhe confere o direito de uso, porém permite que se planejem melhor determinados investimentos, na medida em que se garante a disponibilidade de recursos hídricos que no futuro serão objeto de uso. O autor conceitua reserva de águas nos seguintes termos:

*“ A reserva de água pode ser conceituada como a obrigação de manter à disposição do Poder Público, ou de um uso previsto, certo volume de água, ou de se abster de utilizar águas previamente declaradas reservadas.”*²³⁹

²³⁷ MENDES, Ludmilson Abritta. **Análise dos critérios de outorga de direito de usos consuntivos dos recursos hídricos baseados em vazões mínimas de permanência**. Dissertação (Mestrado em Engenharia). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2007, p. 56.

²³⁸ MENDES, Ludmilson Abritta. *Op cit*, p. 59.

²³⁹ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 113.

É tema de intenso debate a natureza jurídica do ato de outorga. Fundamentalmente, o debate centra-se em definir se o ato de outorga se amolda à categoria da *autorização administrativa* ou da *concessão*. Sob a vigência do Código de Águas, estabeleceu-se uma distinção que categorizava o ato conforme a destinação que fosse dada. Fosse a interferência (captação, lançamento, etc.) da água realizada com fins de utilidade pública, estaríamos diante de uma *concessão administrativa*. Para qualquer outra finalidade, usava-se a *autorização administrativa* (art. 43 e ss).²⁴⁰

Sob o regime da Lei 9.433/97, esse paradigma foi alterado, revogando, pelo menos neste ponto, o Código de Águas²⁴¹. O grande problema é que a Lei não especificou qual então é o regime vigente, apenas mencionando, em seu art. 14, que “*a outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.*”

Nesses termos, pelo menos em um primeiro momento, parece que o legislador escolheu o sistema da autorização administrativa, posto que a concessão, naturalmente, tem natureza contratual, não cabendo na noção de ato, que intui unilateralidade. Essa questão teria sido superada pela Lei 9.984/2.000, cujo art. 4º, IV, atribuiu à ANA a atribuição de “*outorgar, por intermédio de **autorização**, o direito de uso de recursos hídricos em corpos d’água de domínio da União*” (grifo nosso).

Entretanto, a despeito disso, uma análise mais rigorosa acerca dos efeitos jurídicos que decorrem do ato de outorga de direito de uso parecem contrariar a dicção legal. Sobre esse assunto, forçoso voltar a recorrer à doutrina de Maria Luiza Granziera²⁴², que num interessante esforço, enquadra o ato de outorga no quadrante dos atos do Poder de Polícia, ressaltando que o conteúdo de discricionariedade típico dessa classe de atos se encerra na possibilidade de estabelecimento de critérios prioritários de outorga em sede do Plano de Bacia Hidrográfica.

O grande problema está na questão da precariedade do ato de outorga de direito de uso de recursos hídricos. A doutrina administrativista é unânime ao apontar a precariedade como elementar do ato de autorização administrativa. Odete Medauar, por exemplo, define autorização administrativa como “*o ato administrativo discricionário e precário pelo qual*

²⁴⁰ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 140.

²⁴¹ Nesse sentido: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p.189.

²⁴² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p. 192.

*a Administração consente que um particular utilize privativamente um bem público.*²⁴³ Matheus Carvalho, por sua vez, trata do ato autorizativo como sendo “*ato discricionário e precário, independente de licitação prévia, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular*”²⁴⁴. Em tese, essa precariedade enseja que os atos sejam editados para produzirem efeitos por tempo indeterminado, até que o interesse público justifique a sua revogação pela Administração.

Como admitir que, em um ambiente em que os valores sociais da livre iniciativa foram alçados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal), investimentos da monta daqueles realizados para a construção de uma usina hidroelétrica, cujo uso do recurso hídrico é absoluta e obviamente essencial, fiquem sujeitos a tamanha insegurança? O mesmo se pode dizer sobre uma indústria ou um projeto de irrigação, ou sobre outorgas utilizadas para captações de águas utilizadas no abastecimento público, cuja essencialidade dispensa qualquer divagação.

Tanto é assim que o próprio legislador reconheceu a necessidade de garantir alguma segurança ao usuário do recurso hídrico ao, no art. 16 da Lei 9.433/97, bem como do inc. III do art. 5º da Lei 9.984/2000, estabelecer que a outorga se dará por prazo não superior a trinta e cinco anos. Assim, encontramos aqui um outro espaço reservado à discricionariedade do administrador de recursos hídricos, que deverá balizar a duração da outorga conforme a natureza do uso e os demais interesses envolvidos, sempre tendo como norte o interesse público primário, algo que, aliás, é inerente a qualquer ato administrativo. Naturalmente, ao estabelecer o prazo determinado, a Lei impõe que eventuais revogações antes do decurso do prazo assinalado no ato de outorga devem ser indenizadas ao usuário.

Entretanto, se, por um lado, a questão do prazo determinado resolve a questão da tutela da confiança legítima do particular e aos imperativos de segurança jurídica, por outro, evidencia a inadequação do instituto da autorização administrativa para descrever a contento a natureza jurídica do ato de outorga de direito de uso de recursos hídricos. Diante disso, conclui Maria Luiza Granziera que

“(...) a denominação de autorização, para as outorgas, não é adequada. Tampouco seria a de concessão. Na realidade, trata-se de uma figura sui-generis do direito administrativo, por suas especificidades e diversidade de natureza, em função da finalidade

²⁴³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 256.

²⁴⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 1090.

*dos usos. Mais útil e claro seria denominar o instituto simplesmente como 'outorga de direito de uso de recursos hídricos', sem a preocupação de enquadrá-lo em institutos outros que, de resto, já ensejam uma conceituação tormentosa".*²⁴⁵

No mesmo sentido se posiciona Cid Tomanik Pompeu, para quem, ao tratar dos atos relativos à outorga de direito de uso de recursos hídricos, a Lei 9.433/97, em sua maior parte, não empregou termos equívocos. Entretanto, o autor aponta deslizos, como os observados no art. 49, II e V. Para eliminar qualquer dúvida, adverte o estudioso que, ao se deparar com o termo “autorização”, ao operador da norma

*“(...) será conveniente interpretar o vocábulo utilizado na lei em sentido comum, o mesmo ocorrendo em relação à lei de São Paulo, na qual o texto federal foi inspirado.”*²⁴⁶

Vistos os principais elementos da outorga de direito de uso de recursos hídricos, podemos partir para a análise de outra ferramenta fundamental para o gerenciamento integrado: a cobrança pelo uso dos recursos hídricos. Inserida no rol de instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos pelo inc. IV do art. 5º da Lei 9.433/97, é produto de um dos chamados *Dublin Principles*, que sintetizam as melhores práticas de gerenciamento de recursos hídricos, especificamente o Princípio nº 4, segundo o qual “*a água tem um valor econômico em todos os seus usos e deve ser reconhecida como tal*”.²⁴⁷

A cobrança de retribuições pelo uso privativo de bens públicos não chega a ser novidade no Brasil, já constando do regramento dado ao tema pelo Código Civil de 1916 (art. 68), tendo sido adotado pelo Código de 2002 em seu art. 103. Sendo os recursos hídricos bens públicos de uso comum, e sendo regra geral que o uso privativo dos bens públicos seja remunerado pelo particular, não se vislumbra razão para que não se demande

²⁴⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op cit*, p. 193.

²⁴⁶ POMPEU, Cid Tomanik. *Op cit*, p. 108.

²⁴⁷ Além de nosso artigo “Aprender para não repetir ...”, já citado, fazemos remissão à obra de Solanes e Gozales-Villareal para aprofundamento nos princípios de Dublin e em todos os processos do Gerenciamento Integrado.

SOLANES, Miguel e GOZALEZ-VILLAREAL, Fernando. **The Dublin Principles for Water as Reflected in a Comparative Assessment of Institutional and Legal Arrangements for Integrated Water Resources Management**. Disponível em <[http://www.gwp.org/Global/ToolBox/Publications/Background%20papers/03%20The%20Dublin%20Principles%20for%20Water%20as%20reflected%20in%20a%20Comparative%20Assessment%20of%20Institutional%20and%20Legal%20Arrangements%20for%20WRM%20\(1999\).pdf](http://www.gwp.org/Global/ToolBox/Publications/Background%20papers/03%20The%20Dublin%20Principles%20for%20Water%20as%20reflected%20in%20a%20Comparative%20Assessment%20of%20Institutional%20and%20Legal%20Arrangements%20for%20WRM%20(1999).pdf)>. Acesso em 11 de julho de 2016, p. 28.

uma retribuição pelo uso de recursos hídricos. Isso, aliás, tem um efeito importantíssimo na superação da infundada noção de abundância infinita da água, que ainda ecoa em diversas camadas da sociedade brasileira.

O art. 19 da Lei 9.433/97 estabelece os objetivos da cobrança. São eles:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Da leitura do dispositivo, fica muito fácil perceber que uma das dimensões econômicas fundamentais da cobrança é a arrecadação de recursos para sustentar financeiramente as decisões e iniciativas constantes dos planos de recursos hídricos. Nos termos do art. 11 da Lei 4.320/64, diploma fundamental do direito financeiro brasileiro, trata-se de receita originária do Estado, especificamente um preço público, na medida em que representa contraprestação pelo uso privativo de um bem público.

Os critérios gerais da cobrança estão estabelecidos na Lei 9.433/97 (art. 21), complementada pela Resolução CNRH 48/2005, no plano federal, e na Lei Paulista 12.183/2005 no que toca os recursos hídricos de domínio do Estado de São Paulo, complementada pela Deliberação nº 90/2005 e pelo Decreto 50.667/2006. Em linhas gerais, conforme a Lei 9.433/97, temos que seus principais parâmetros serão o volume captado e o seu regime de variação nas derivações, captações e extrações de água; o volume, o regime de variação e as características físico-químicas e biológicas dos resíduos líquidos ou gasosos lançados nos corpos d'água, aí incluído o esgoto e, finalmente, o consumo efetivo de água, ou seja, o balanço entre o que foi captado e o que foi lançado de volta ao corpo receptor.

Todo uso outorgável se sujeita à cobrança, mesmo aquele revestido do mais cândido interesse público, como o abastecimento público. Assim, empresas de saneamento, sejam elas estaduais, municipais, privadas ou estatais de quaisquer espécies terão de pagar pelo uso da água, devendo abster-se de repassar esse custo aos consumidores de baixa renda. Da mesma forma, irrigadores, piscicultores, pecuaristas, empresas geradoras de hidroeletricidade ou usuários industriais devem retribuir os usos de recursos hídricos que, porventura, façam. Apenas os usuários dispensados de outorga estarão isentos da cobrança, nos termos do art. 12, já analisado.

É de fundamental importância notar que, uma vez arrecadadas as receitas decorrentes da cobrança pelo uso de recursos hídricos, estas não são receitas que estejam à disposição do ente arrecadador (que será a União ou o Estado, conforme a dominialidade do recurso hídrico em questão) para livre aplicação. O art. 22 da Lei 9.433/97 é claro e cristalino ao determinar que os recursos da cobrança serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica onde foram gerados, podendo inclusive ser “*aplicados a fundo perdido em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água*” (art. 22, §2º). Ainda nos termos do art. 22, os recursos deverão ser aplicados “*no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos*” (inc. I) ou “*no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*” (inc. II), sendo que na segunda hipótese a aplicação é limitada a 7,5% do valor arrecadado.

Por fim, o último instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos elencado no art. 5º que sobreviveu aos vetos que recaíram sobre a Lei 9.433/97²⁴⁸ foi o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH). Trata-se de um sistema de coleta, gestão e aproveitamento de informações sobre recursos hídricos e fatores que interfiram na sua gestão. Esse sistema é alimentado pelos órgãos que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 25, parágrafo único), e tem por objetivo, nos estritos termos do art. 27, “*reunir, dar consistência e divulgar os dados e informações sobre a situação qualitativa e quantitativa dos recursos hídricos no Brasil*” (inc. I); “*atualizar permanentemente as informações sobre disponibilidade e demanda de*

²⁴⁸ O artigo previa ainda o instrumento da compensação a municípios, que poderia beneficiar municípios que tinham parte de sua área inundada por reservatórios ou sujeita a restrições de uso e ocupação em função da proteção a recursos hídricos, como forma de ressarcimento pela perda de rendas que eventualmente poderiam ser auferidas. Esse dispositivo foi vetado sob a seguinte argumentação:

“O estabelecimento de mecanismo compensatório aos Municípios não encontra apoio no texto da Carta Magna, como é o caso da compensação financeira prevista no § 1º do art. 20 da Constituição, que abrange exclusivamente a exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

A par acarretar despesas adicionais para a União, o disposto no § 2º trará como consequência a impossibilidade de utilização da receita decorrente da cobrança pelo uso de recursos hídricos para financiar eventuais compensações. Como decorrência, a União deverá deslocar recursos escassos de fontes existentes para o pagamento da nova despesa.

Além disso, a compensação financeira poderia ser devida em casos em que o poder concedente fosse diverso do federal, como por exemplo decisões de construção de reservatórios por parte de Estado ou Município que trouxesse impacto sobre outro Município, com incidência da compensação sobre os cofres da União.”

recursos hídricos em todo o território nacional” (inc. II) e “fornecer subsídios para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos” (inc. III).

O SNIRH deve ser organizado, implementado e gerido pela Agência Nacional de Águas, nos termos do art. 4º, XIV da Lei 9.984/2000. Ele funciona a partir de uma principiologia básica, trazida pelo art. 26 da Lei 9.433/97, que prestigia a descentralização da produção e obtenção dos dados e informações que compõem o sistema, mas que, entretanto, impõe a coordenação unificada do mesmo. Por fim, prestigiando o princípio da publicidade, inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, determina que o acesso aos seus dados seja garantido a toda a sociedade. Atualmente, o acesso ao SNIRH se faz através do portal da ANA na internet, ou através do site do próprio sistema (<http://www.snirh.gov.br/>). Congrega informações sobre divisão hidrográfica, gestão quali-quantativa das águas, usos de água, disponibilidade hídrica, eventos hidrológicos críticos, planos de recursos hídricos, regulação e fiscalização dos recursos hídricos e programas voltados à conservação e gestão dos recursos hídricos, observando, portanto, o quanto disposto no art. 27 da Lei.

Por fim, cabe lembrar que a Lei 9.433/97, em seu art. 24, previa ainda o instrumento da compensação a municípios, que poderia beneficiar municípios com parte de sua área inundada por reservatórios ou sujeita a restrições de uso e ocupação em função da proteção a recursos hídricos, como forma de ressarcimento pela perda de rendas que eventualmente poderiam ser auferidas. Esse dispositivo restou vetado pelo Presidente da República sob a seguinte argumentação:

"O estabelecimento de mecanismo compensatório aos Municípios não encontra apoio no texto da Carta Magna, como é o caso da compensação financeira prevista no § 1º do art. 20 da Constituição, que abrange exclusivamente a exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

A par acarretar despesas adicionais para a União, o disposto no § 2º trará como consequência a impossibilidade de utilização da receita decorrente da cobrança pelo uso de recursos hídricos para financiar eventuais compensações. Como decorrência, a União deverá deslocar recursos escassos de fontes existentes para o pagamento da nova despesa.

Além disso, a compensação financeira poderia ser devida em casos em que o poder concedente fosse diverso do federal, como por exemplo decisões de construção de reservatórios por parte de Estado ou Município que trouxesse impacto sobre outro Município, com incidência da compensação sobre os cofres da União."²⁴⁹

²⁴⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep26-97.htm.

4. COOPERAÇÃO FEDERATIVA E A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

Com tudo o que foi exposto até aqui, já é possível perceber que há uma grande janela de oportunidade para o aprimoramento da gestão dos recursos hídricos no Brasil. Ao mesmo tempo, parece-nos claro que incide sobre o nosso regime constitucional o princípio do *Bundestreue*, que impõe aos entes federados uma conduta leal entre si, bem como um dever positivo de adoção de condutas cooperativas. Nesse diapasão, como se verá a seguir, entendemos que a gestão de recursos hídricos deve se sujeitar ao mesmo dever de cooperação.

Entretanto, pelo menos no que tange a esse campo da atividade governamental, a despeito da estratégica importância da água, demonstrada a partir de sua essencialidade para os diversos usos, constatamos que ainda não foram os atores inseridos nesse contexto capazes de incorporar, ao cotidiano do setor, os instrumentos de cooperação que viabilizam o pleno cumprimento dos deveres associados ao *Bundestreue*. A despeito da existência de fóruns de concertação que poderiam favorecer a atuação coordenada de União, Estados e Municípios, como os Comitês de Bacia e os Planos de Bacia, o que a experiência prática tem revelado é uma atuação descoordenada, basicamente pautada em soluções reativas a problemas de fundo climático, como enchentes ou secas prolongadas.

Isso ocorre ainda que, como citado há pouco, estejam satisfeitas, nos termos propostos por Kublickas²⁵⁰, as três condições para a incidência do dever de cooperação que decorre do reconhecimento do princípio do *Bundestreue* como integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro, conforme segue:

(a) a co-titularidade da atribuição de gestão dos recursos hídricos

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que esta não se confunde com a titularidade desses mesmos recursos, incumbindo, ao contrário da segunda, a todos os entes federados. Se a titularidade (e as correspondentes competências materiais de gerenciamento) é reservada a Estados e União, temos que todos os entes estão diretamente envolvidos e representados nos órgãos de gestão, a exemplo dos comitês de bacia e Conselhos de Recursos Hídricos. Ademais, na medida em que o exercício das competências associadas às questões de interesse local correspondem aos municípios, a eles incumbe a microdrenagem e a gestão

²⁵⁰ KUBLICKAS, Wellington Márcio. *Op cit*, p. 292.

das águas pluviais enquanto escoam pelo leito de suas ruas ou por suas estruturas de drenagem urbana, até que atinjam os corpos d'água principais. Por isso, não assiste razão àqueles que defendem que estão os Municípios distantes da gestão dos recursos hídricos. O próprio STJ, aliás, no REsp 1.053.855-SC, reconhece que não devem os entes locais se quedarem inertes, cabendo a eles atuar pró-ativamente na promoção do saneamento básico, como forma de melhorar a qualidade das águas, naquele caso, do rio Itapocu, no município de Barra Velha, Santa Catarina.

(b) Interesse comum

Ao longo deste trabalho, em particular nas considerações introdutórias, procuramos demonstrar a essencialidade da água para qualquer atividade, sem falar na própria existência digna da pessoa humana, o que leva muitos a falarem, não sem razão, do acesso à água de qualidade como um direito fundamental. Nesse contexto, ressalta o interesse comum a todos os entes federados de promoverem uma gestão sustentável dos recursos hídricos, como forma de cumprir o disposto no art. 1º da Constituição, em particular no inc. III, no sentido de garantir a todos uma existência digna.

(c) Necessidade de uniformização

A necessidade de uniformização na gestão dos recursos hídricos é algo que salta aos olhos, até mesmo do observador menos atento. As interações físico-químicas ocorridas no decorrer do ciclo da água não observam limites ou fronteiras impostas pelo direito. Ademais, interferências promovidas num dado ponto de um curso d'água repercutem fortemente em outros pontos da bacia hidrográfica (o caso clássico é a canalização de rios e córregos que, quando implantada em trechos a montante, acelera o escoamento das águas, aumentando vazões a jusante e, muitas vezes, provoca enchentes de grandes proporções).

Isto posto, fica clara a incidência do princípio do *Bundestreue* como condicionante do comportamento dos entes federados no que toca à gestão dos recursos hídricos. A verdade, porém, é que não é fácil definir sob qual arranjo institucional e sob quais parâmetros isto deverá ser feito.

O constitucionalismo brasileiro incorporou o federalismo de cooperação apenas em 1988, o que faz com que a nossa tradição ainda esteja muito conectada ao centralismo típico do federalismo de integração. Não há uma cultura estabelecida de ação coordenada

entre os entes. Prova disso é a enorme polêmica a envolver as regiões metropolitanas, que, ante sua previsão constitucional, ocupa um papel peculiar no federalismo brasileiro. A polêmica em torno do tema é tal que o Excelso Pretório foi chamado a definir os limites de sua atuação, ao julgar a ADIn 1842-RJ. Se, de um lado, os municipalistas argumentavam pela intangibilidade das competências do ente local, que não poderiam ser transferidas automaticamente ao Estado, em função da edição de uma Lei Complementar Estadual (veículo normativo apto a reunir municípios em regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerações urbanas, conforme o art. 25, §3²⁵¹ da Constituição Federal), de outro, centralistas argumentavam que, uma vez estabelecida a conurbação, os fluxos perdem a característica local, ganhando dimensão regional, excedendo a competência municipal.

Entre um argumento e outro, o STF buscou afirmar a máxima aristotélica de que a virtude está no meio, entendendo pela emergência de um novo ente, nem estadual nem municipal, típico do direito constitucional alemão, conhecido por *Kreis*. Esse ente teria natureza autárquica, sendo instituído pelo Estado, mas garantida a participação dos municípios em todas as etapas da prestação dos serviços públicos compartilhados, serviços estes que seriam titularizados pelo *Kreis*.

Ocorre que é diminuta a quantidade de municípios brasileiros inseridos em uma das três formas de agrupamentos e, no entanto, cada um dos mais de 5 mil²⁵² deles é banhado por algum corpo hídrico superficial ou subterrâneo. É necessário encontrar um novo paradigma que viabilize a cooperação, sem comprometer a prerrogativa de auto-administração assegurada aos entes federados titulares do domínio dos recursos hídricos. Da mesma forma, a formação de consórcios públicos, ou convênios, acordos ou protocolos de cooperação técnica ou qualquer mecanismo de cooperação previsto na Lei Complementar 140/2011, não servem a esse objetivo, já que é inviável que, por exemplo, os Estados, através de seus órgãos gestores de recursos hídricos, ou a União, através da ANA, firmem acordos desse gênero entre si e com cada município banhado por um corpo d'água. Seria absolutamente irreal defender tais alternativas como viáveis, mormente conhecendo os tortuosos caminhos da burocracia estatal brasileira. Para as finalidades propostas neste trabalho, é fundamental que a cooperação seja orgânica, automática, não

²⁵¹ É o texto do referido dispositivo constitucional:

“Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

²⁵² Segundo o IBGE, o Brasil tem hoje 5.570 Municípios.

vinculada a um instrumento contratual específico, por sofisticado que seja, já que qualquer relação jurídica dessa natureza tem prazo e objeto determinados. Não se quer aqui negar o valor que cada um desses instrumentos tem; ao contrário, são valiosas ferramentas à disposição do administrador público para melhor atender os objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Entretanto, não atendem, a contento, as necessidades sistêmicas da gestão de recursos hídricos, contemplando, no máximo, demandas específicas.

A gestão de recursos hídricos no Brasil avançou notadamente desde a redemocratização. O sistema descrito no cap. 3 deste trabalho revela enormes conquistas, mormente a superação de uma visão centralizadora, típica do regime que precedeu a Constituição de 1988. Entretanto, há enormes lacunas, reconhecidas até mesmo pela OCDE, em relevante estudo publicado em 2015²⁵³. Entre os vários problemas identificados, destacamos:

- a) O enorme déficit de coordenação e efetivo cumprimento entre os diversos Planos de Recursos Hídricos de nível nacional, estadual ou local. Os órgãos gestores, à exceção da ANA, do DAEE (SP) e de alguns outros poucos órgãos não têm capacidade técnica suficiente para dar cumprimento aos planos e, todos eles, inclusive os dois nominalmente citados, têm constantes problemas orçamentários que, muitas vezes, inviabilizam a execução de programas e projetos fundamentais;
- b) A adoção de limites geográficos alheios à dinâmica hidrológica, centrada na bacia hidrográfica, dificulta a gestão de políticas públicas aplicadas em bases estaduais ou municipais;
- c) A falta de coerência entre políticas desenvolvidas pelos órgãos gestores representativos dos diferentes setores usuários que, muitas vezes, guardam graves incompatibilidades entre si.
- d) Nos exatos termos do estudo,

“Os comitês de bacias hidrográficas possuem poderes deliberativos fortes, mas têm limitada capacidade de implementação. Em muitos casos, eles essencialmente

²⁵³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Governança dos Recursos Hídricos no Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 16.

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 planeamento para orientar a tomada de decisões.”

A nosso ver, a solução para esse grave dilema passa, necessariamente, pelo fortalecimento dos órgãos colegiados integrantes do Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos, já analisados neste trabalho. Esses órgãos, com sua composição plural, ocupam posição privilegiada nesse processo. Eles congregam todos os atores relevantes da gestão de recursos hídricos, sejam aqueles do segmento governamental nos três níveis da federação brasileira, sejam aqueles do setor privado, usuários e organismos não governamentais.

Nesse sentido, há que se aprofundar a participação de Municípios nos Comitês e Conselhos. A realidade mostra, na esmagadora maioria das situações, que a participação se dá por profissionais técnicos, ocupantes de posições de nível gerencial (no máximo), distantes das funções de alta direção da Administração. Com isso, não se internalizam compromissos que levem as decisões, em particular os Planos Estaduais e de Bacia à efetiva implementação e, conseqüentemente, condicionando o comportamento das Administrações Municipais. Esses planos precisam necessariamente servir como instrumento de ordenação territorial, não se podendo deles fazer tábula rasa. Da mesma forma, Estados e União têm de adotar os planos de recursos hídricos como premissas na formulação de seus programas de desenvolvimento, seja em termos de políticas sistêmicas ou setoriais.

A questão da força obrigatória dos Planos parece de difícil solução. Por óbvio, tais instrumentos não têm força de Lei, pelo simples fato de que não são, em regra, atos do Poder Legislativo editados na forma do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Não sujeitariam particulares ou a Administração à sua obediência, em função do princípio da legalidade, pelo menos em uma análise mais fiel aos postulados tradicionais desse princípio.

Na tentativa de superar essa limitação, o legislador paulista trouxe, no art. 16 da Lei n. 7.663/91, a exigência de que o Plano Estadual de Recursos Hídricos de São Paulo fosse editado através de Lei. Ocorre que apenas para o período 1994-1995 foi editada Lei nesse sentido, qual seja, a Lei n. 9.034, de 27 de dezembro de 1994. A simples menção à data em que a Lei foi editada já é suficiente para mostrar a inadequação da solução adotada no

Estado de São Paulo. Ora, se o plano se propunha a ser aplicado num período de dois anos, e somente nos estertores do primeiro ele vem a ser aprovado, verifica-se que o rito do processo legislativo, naturalmente lento e demorado, é incompatível com a demanda de agilidade imposta pela dinâmica de gestão dos recursos hídricos. Desde então, apenas projetos de lei vieram à luz para aprovar novas versões do Plano Estadual, a exemplo do PL 327/2000, que serviria para trazer o plano para o triênio 2000-2003. Enquanto isso, em face do vácuo normativo, o Plano de 1994, como já foi mencionado, continua sendo aplicado pelos órgãos gestores como se em pleno vigor estivesse, regulando questões da mais profunda essencialidade como a hierarquização de usos em situação de escassez. Assim, a solução mais óbvia, que seria editar os planos na forma de Lei, se revela altamente inadequada, tanto no plano teórico quanto na experiência prática.

Isso, no entanto, não esconde que é absolutamente urgente que se promova uma maior interação entre a gestão dos recursos hídricos e os diversos instrumentos jurídico-normativos de ordenação territorial. A gestão do uso e da ocupação do solo, competência inerentemente associada aos Municípios precisa ter como paradigma a gestão das águas. Está superada, sob todos os pontos de vista, a concepção de que a noção de dominialidade estadual ou federal de um determinado curso d'água encerra em si a totalidade das responsabilidades de gestão das águas. O processo de gerenciamento dos recursos hídricos, como se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, inclui não apenas os detentores do domínio das águas em seus fluxos. Há, sob o marco legal atual, diversos foros e diversas oportunidades de articulação técnica e cooperação entre todos os entes federados.

Nesse sentido, aliás, é até desnecessária, além de inadequada, a conversão em Lei *strictu sensu* dos Planos de Bacia e dos Planos Estaduais de Recursos Hídricos. Isso porque, como tivemos oportunidade de demonstrar em trabalho anterior²⁵⁴, resta superada a noção de legalidade que, por ter se desvirtuado de suas razões de existência, passou a ser conhecida como legalismo. A doutrina, em uníssono, aponta que não apenas a Lei formal preenche o chamado bloco de legalidade. Citamos, naquela ocasião passada à qual nos remetemos, que Marcello Caetano, já em 1973 anotava que o bloco de legalidade excede em muito às Leis em sentido estrito. Ora, se é assim, não fica difícil entender as normativas produzidas por conselhos e comitês (Resoluções) como integrantes desse bloco de

²⁵⁴ DELIBERADOR, Giuliano Savioli. **Confiança legítima**: anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. 2013. 80 f. Dissertação (Mestrado em Ciências: área Direito do Estado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

legalidade, especialmente para os entes públicos aos quais é facultada plena oportunidade de manifestação e voto na concepção dessas Resoluções.

Um passo importante nesse sentido seria que os Municípios adotassem, na formatação e implementação das suas políticas urbanas, através dos instrumentos inerentes a essa atividade, em particular o Plano Diretor Estratégico, as bacias hidrográficas e suas subdivisões como unidades de gestão. Isso favoreceria enormemente a compatibilização dos diversos instrumentos de planejamento urbano com os instrumentos de planejamento de gestão de recursos hídricos, inclusive aqueles planos setoriais afetos à drenagem, ao saneamento. Teríamos assim, uma ação muito mais coordenada, induzindo, naturalmente, a cooperação entre os entes federados.

Ainda no que concerne à participação dos municípios na gestão dos recursos hídricos, é bastante comum que não exista, na Administração Municipal, uma estrutura dedicada, integral e exclusivamente, à atuação nessa seara. Não há sequer uma mínima centralização na execução das políticas que interferem na gestão dos recursos hídricos. Sem qualquer esforço de pesquisa, apenas acompanhando a gestão municipal enquanto município, percebemos que há por volta de uma dezena de secretarias municipais na cidade de São Paulo interagindo de alguma forma com o tema (por exemplo, Secretarias Municipais de Desenvolvimento Urbano-SMDU, Infraestrutura Urbana e Obras- SIURB, Coordenação de Subprefeituras- SMSP, Verde e Meio Ambiente- SVMA, entre tantas outras, apenas para citar os órgãos superiores da Administração Direta). Com isso, a ação municipal se revela fragmentada e carente de unidade. Frequentemente, são percebidas verdadeiras incoerências entre políticas setoriais que não guardam a mínima harmonia entre si. Ressalve-se que não se quer dizer aqui que seja essa desarmonia intra-administrativa um fenômeno apenas municipal, ainda que todos os Estados Brasileiros e a União hoje tenham órgãos gestores de recursos hídricos, mas sim que no nível local ele se torna particularmente exacerbado.

Resumindo, vivemos hoje uma situação em que não se observa uma real disposição dos signatários do pacto federativo brasileiro em atuar conjuntamente na gestão dos recursos hídricos. Esse quadro gera um verdadeiro vazio institucional, cujo preenchimento demandaria uma ação coordenada de todos os entes federados, que, num primeiro momento, pode parecer impossível de ser conseguida. Entretanto, neste trabalho pudemos demonstrar que a atuação cooperativa entre os entes não é uma faculdade que fica ao sabor

de conveniências político-partidárias ou administrativas. É, ao contrário, o dever impositivo que decorre da adoção do modelo federativo, plenamente exigível, inclusive em sede judicial, se for o caso.

E o instrumento que viabiliza o pleno cumprimento desse dever não é, de forma alguma, desconhecido de nosso panorama constitucional. Entendemos, com lastro na pesquisa aqui empreendida, que a gestão dos recursos hídricos está inserida no regime de competências comuns dos entes federados brasileiros, pelas razões a seguir expostas.

Define Fernanda Dias Menezes de Almeida que as competências concorrentes, ou comuns, elencadas precipuamente no art. 23 da Constituição, são aquelas em relação às quais o Constituinte determinou que houvesse uma ação concertada e cooperativa dos diversos entes federados para a consecução de objetivos específicos. Nos dizeres da festejada autora,

“O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.

(...)

Convocam-se, portanto, todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim, dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos”.²⁵⁵

Da definição oferecida pela Professora, percebe-se que o tratamento necessário à gestão dos recursos hídricos sob a Constituição de 1988 se amolda à perfeição ao modelo das competências comuns. Diante da já discutida incidência do princípio do *Bundestreue* ao tema do qual nos ocupamos neste trabalho, parece-nos bastante claro que a todos os entes federados incumbe a ação concreta nesta área. Entretanto, não encontramos a gestão de recursos hídricos expressamente elencada nos dispositivos constitucionais citados. Isso quer dizer que não podemos enxergar o tema como sujeito a esse regime?

A resposta é não. Sem cogitar se seria possível admitir competências implícitas, ou se o art. 23 apresenta um elenco fechado e exaustivo de competências comuns, basta passar os olhos pelo art. 23 para perceber que a dinâmica de gerenciamento da água no Brasil está

²⁵⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, p. 114.

inserida no contexto das competências comuns, visto, inclusive, que a doutrina reconhece que aquele rol encerra um grupo de áreas que exige atenção especial do Administrador Público e do Estado brasileiro e geral. As palavras de Fernanda Dias Menezes de Almeida não deixam dúvidas a respeito:

*“Pelas matérias especificadas percebe-se que o concurso de todos os Poderes é reclamado em função do interesse público existente na preservação de certos bens (alguns particularmente ameaçados) e no cumprimento de certas metas de alcance social, a demandar uma soma de esforços”.*²⁵⁶

Analisando o teor dos incisos do art. 23, saltam aos olhos alguns deles. Em primeiro lugar, o inc. IX fala na promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Em que pese nos filarmos à corrente que defende que o gerenciamento de recursos hídricos excede o saneamento básico, tratando-se de duas coisas absolutamente distintas, não podemos esquecer que à luz da Política Nacional de Saneamento (Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007), conforme seu art. 3º, inc. I, o Saneamento Básico é formado pela junção indissociável de 4 serviços, quais sejam, o abastecimento de água potável, a coleta e tratamento de esgotos sanitários, a gestão e destinação de recursos sólidos e a drenagem de águas pluviais. Até ao mais desatento dos leitores fica absolutamente evidente que o saneamento básico e o gerenciamento de recursos hídricos dependem um do outro para a sua completa implementação. Só isso já seria suficiente para enxergar o segundo como inserido na dinâmica das competências comuns, a exemplo do primeiro.

Não fosse isso suficiente, prosseguindo na leitura, também elencou o constituinte a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição entre as competências comuns a todos os entes federados. Ora, é de domínio público que os nossos corpos d’água, especialmente, mas não apenas, aqueles localizados em áreas urbanas, apresentam hoje parâmetros qualitativos distantes do desejável quanto a essas importantes questões. Além disso, o gerenciamento integrado de recursos hídricos visa à garantia perene de disponibilidade quali-quantitativa de água para os mais diversos usos, respeitados aqueles tidos por prioritários. Sendo assim, o combate à conhecida poluição das águas tem como

²⁵⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, p. 115.

pressuposto o gerenciamento integrado. Sendo assim, se é igualmente dever de todos combater a poluição, é dever de todos cooperar para melhor cuidar dos recursos hídricos.

E como se isso tudo não bastasse, vem o inc. XI do art. 23 e “joga a pá de cal”. Fala o dispositivo que se sujeitam à ação concertada dos entes federados o registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e da exploração de recursos hídricos e minerais no território de cada um deles. Ora, se falamos em exploração de recursos hídricos, falamos em uso dos mesmos, estando portanto, sujeita a outorga de direito de uso. Fica mais do que evidente, em consequência, que, em que pese não tenha o constituinte falado expressamente em gerenciamento de recursos hídricos, não deixou o tema a descoberto do disposto no art. 23. É, portanto, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros promover um gerenciamento sustentável de seus recursos hídricos. Por evidente, até pelo disposto no art. 22, IV da Constituição, à União caberá, num certo sentido, algum protagonismo, posto ser ela o único ente competente a legislar sobre direito de águas (ressalvada a competência estadual para regular o uso dos recursos hídricos de sua dominialidade). Entretanto, esse protagonismo não servirá para eclipsar o papel de Estados e Municípios na questão, até porque não se admite que um ente federado subtraia, através de sua atividade legislativa, prerrogativa de outro ente fundada em competência comum (no caso, matérias inscritas no rol do art. 23 da Constituição Federal). Nesse sentido, aliás, foi a manifestação do Excelso Pretório em sede de ADIn 2.554, funcionando como relator o Min. Sepúlveda Pertence, quando a Corte estabeleceu que não poderia Estado membro demitir-se das obrigações decorrentes do estabelecimento de competência comum.

Importante lembrar, porém, que o parágrafo único do art. 23 prevê a possibilidade de edição de Leis Complementares federais que disciplinem o desempenho das competências comuns. Seria essa uma condição para a gestão cooperativa dos recursos hídricos a envolver todos os atores da federação brasileira?

A nosso ver, a resposta é negativa. Em primeiro lugar, entendemos que o princípio da lealdade federativa, por sua densidade normativa já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como foi demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, condiciona, por si só, o comportamento dos entes federados. Não são lícitas condutas hostis entre os entes federados, bem como não são toleradas pela Constituição omissões quanto ao efetivo exercício das competências comuns elencadas em seu art. 23.

Nesse sentido, a nosso juízo, seria desnecessária a edição de Lei Complementar da espécie daquela de número 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa parâmetros para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, nos precisos termos de seu art. 1º. Ao contrário, entendemos que as fartas oportunidades de participação oferecidas a Estados, Distrito Federal, Municípios e União no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos já servem como balizas satisfatórias para tanto. O que falta é justamente incrementar essa participação, forjando compromissos plenamente aplicáveis e aptos a condicionar o comportamento dos entes federados no exercício das suas competências privativas e exclusivas. O fundamento jurídico para isso, a nosso juízo, está plenamente demonstrado neste trabalho, tanto do ponto de vista doutrinário, quanto da mais qualificada jurisprudência produzida pelo Excelso Pretório.

Nesse sentido, ousamos discordar da isolada visão de Uadi Lammêgo Bulos, quando afirma que “*A competência comum dos entes políticos insere-se na técnica do federalismo cooperativo, pela qual cumpre às leis complementares, no plural, fixar normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)*”²⁵⁷. A nosso ver, o dever de cooperação existe sob o fundamento normativo do princípio da lealdade federativa, desdobramento da adoção do federalismo cooperativo. O recurso a Leis Complementares não é elementar da modalidade de federalismo adotada pela Constituição de 1988, como parece fazer crer o autor.

Qual seria, então a função das Leis Complementares a que se refere o parágrafo único do art. 23? Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que a finalidade dessa Lei seria “*evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios*”²⁵⁸.

Fernanda Dias Menezes de Almeida parece identificar nessas Leis funções semelhantes àquelas apontadas por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco. Para ela, essas Leis devem fixar bases políticas e normas operacionais que regulem a execução

²⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 993.

²⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 1024.

de serviços atribuídos a todos os entes federativos. Afirma ainda que as Leis deverão estabelecer parâmetros para evitar a dispersão de esforços desses entes, especificando que parcela de responsabilidade incumbirá a cada um no esforço cooperativo, identificando qual entre as tarefas a serem cumpridas por eles melhor se coaduna às suas capacidades técnicas ou orçamentárias²⁵⁹.

Ora, no caso específico da gestão de recursos hídricos, entendemos que o amplo quadro normativo existente, já descrito e analisado neste trabalho, parece suficiente para se terem claros os papéis a serem desempenhados por cada ente federado. Ao disciplinar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o legislador ordinário acabou por distribuir as tarefas que incumbem a cada ente. Fez isso disciplinando matéria que não se sujeita à reserva de Lei Complementar, o que descaracteriza qualquer vício de constitucionalidade que pudesse vir a ser levantado. A inexistência de Lei Complementar nesse ponto não acarreta qualquer prejuízo, na medida em que nenhum ente federado pode se arvorar no direito de permanecer inerte quanto às suas responsabilidades junto ao SNGRH e à gestão dos recursos hídricos com base neste argumento.

²⁵⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op cit*, p. 119.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fito de melhor esclarecer as conclusões a que chegou este trabalho, este capítulo final apresenta um breve relato do trajeto por ele percorrido, destacando os pontos essenciais a cada tema analisado.

1) A água é fator imprescindível para a vida e fator de produção obrigatório em qualquer cadeia produtiva. Nesse sentido, exige do Estado um cuidado extraordinário, de modo a garantir sua disponibilidade quali-quantitativa para as futuras gerações. Em um Estado organizado sob a forma federativa, como é o Brasil, assume particular relevo a forma como a interação entre os diversos entes federados se reflete na gestão desse recurso natural.

2) O direito já reconheceu a íntima relação entre o acesso à água e a dignidade humana. Esse reconhecimento vem expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992. No plano global, a Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas reconhece o acesso à água potável como direito fundamental da pessoa humana.

3) Nos dias atuais, a literatura técnica vê a escassez de água de qualidade como um dos maiores desafios à sustentabilidade da vida humana. Isso porque guarda íntima relação com a saúde, seja porque o consumo regular de água é condição para a vida, seja porque diversas doenças são contraídas por consumo de água contaminada. Da mesma forma, há fontes que indicam que inundações são a principal causa de morte por desastre natural nos Estados Unidos.

4) A água tem, ainda, papéis fundamentais em todos os processos produtivos da economia contemporânea, a exemplo da agropecuária (responsável por mais de 80% do volume de água consumido no Brasil), da indústria (terceiro maior uso no Brasil) e da geração de energia elétrica (25% da energia elétrica mundial é gerada a partir da exploração de potenciais hidroelétricos- no Brasil, esse número chega a 70%).

5) Entre as diversas formas de organização estatal presentes na contemporaneidade, destacam-se o Unitarismo, o Federalismo e outras tipologias de transição, como o Estado Autônomo Espanhol e o Estado Regional Italiano. Na realidade, o que diferencia cada uma delas é o grau de autonomia que é conferido aos entes periféricos em detrimento do

ente governamental central. Ela é nula no Estado Unitário e vai se aprofundando até chegar ao Estado Federal.

6) Sendo o federalismo o foco deste trabalho, um primeiro esforço seria conceituar o termo. Entretanto, dada a diversidade dos arranjos federais contemporâneos, esse seria um esforço inútil. Assim, mais produtivo é identificar as características diagnóstico-diferenciais do Estado Federal para, assim, conhecê-lo.

7) Em que pese a doutrina registrar antecedentes do federalismo desde os tempos bíblicos, é no período da independência dos Estados Unidos que suas características atuais foram sedimentadas. Foi a repulsa ao centralismo da metrópole que forjou o ambiente propício para o desenvolvimento da ideia de federalismo, que, etimologicamente, remete a *pacto* (do latim, *foedus*).

8) A ideia central do federalismo clássico é a garantia de autonomia a unidades subnacionais que abrem mão de sua soberania para formar o Estado Federal. Diante da inegável aptidão dessa forma de Estado para acomodar a diversidade, vivemos hoje o chamado “espetáculo da federalização”, em que a adesão ao federalismo vem se tornando uma constante ao redor do mundo. Entretanto, na visão deste trabalho, é a flexibilidade do modelo federalista e sua ampla capacidade de adaptação que o tornam uma verdadeira coqueluche entre os Estados nacionais contemporâneos.

9) Entre as características que definem o federalismo, temos as capacidades de autogoverno, autoadministração, auto-organização e autolegislação. Também temos a repartição de rendas e competências entre os entes federados, a indissolubilidade da federação como traços comuns a todos os Estados federados do mundo. Outro elemento relevante é o Bicameralismo, com a Câmara Alta funcionando como um lócus de representação dos entes federados, em que pese tenha a pesquisa localizado federações que prescindem deste elemento.

10) Apesar da existência dessas características mais ou menos uniformes entre os diversos Estados Federais do mundo, é verdade que o federalismo assume uma diversidade de modelos, chegando a doutrina a falar em *arranjos federais*. O primeiro deles é o federalismo clássico, típico dos primeiros dias do federalismo norte-americano, também chamado de federalismo dual. Nele coexistem esferas paralelas de governo que mantêm-se afastadas entre si. Circunstâncias históricas, em particular a crise econômica de 1929,

demonstraram a inconveniência desse modelo, passando a exigir uma ação concertada entre os diversos entes federados.

11) Feita esta constatação, a doutrina aponta para dois modelos distintos de federalismo. O primeiro é o federalismo de integração, aplicado no panorama nacional no regime que se seguiu aos acontecimentos de março/abril de 1964. Apesar de se pretender uma espécie de federalismo, a doutrina reconhece nele pesados traços de centralismo, o que leva diversos autores a vê-lo mais como um instrumento autoritário do que propriamente uma real alternativa federalista, no qual predomina o ente central em detrimento dos entes periféricos.

12) Em oposição ao federalismo de integração, a doutrina identifica o federalismo de cooperação. Tendo por principal marca a descentralização, este modelo demanda e induz uma forte cooperação entre os entes federados. Essa cooperação se manifesta na prestação conjunta de serviços públicos e numa atuação governamental simbiótica. Um ente atua ao lado do outro, e não mais paralelamente.

13) Essa cooperação, embora orgânica, não é voluntária. Ao contrário, ela deriva de um dever que decorre da própria adoção do federalismo, cujas balizas são estabelecidas sob o primado da Constituição. Sob esse primado, no federalismo de cooperação os entes regionais atuam na formação da vontade geral e executam como tarefa própria. Há uma permeabilidade entre os diversos entes que diferencia esta variante do federalismo de suas demais correlatas.

14) Esse dever de cooperação tem por fundamento uma norma principiológica implícita à Constituição, reconhecida pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, chamada de *Bundestreue*. Esse princípio, também conhecido por Princípio da Lealdade Federativa, foi originalmente formulado na doutrina nos primeiros anos do Séc. XX, sendo posteriormente reconhecido, já em 1952, pelo mais alto Tribunal da República Federal da Alemanha, passando a ser constantemente visitado por ele.

15) Embora gestado na Alemanha, este trabalho conclui, em linha com a melhor doutrina sobre o assunto, que o princípio da Lealdade Federativa tem plena aplicação no Brasil sob o primado da Constituição Federal de 1988. Isso pode ser constatado pela análise de diversos institutos presentes no cotidiano do constitucionalismo nacional.

16) Considerando ser a água um recurso finito e dotado de valor econômico, seu uso desde sempre foi objeto de regulação jurídica. Nessa trajetória o Direito de Águas se afirma como disciplina jurídica própria, dotada de fontes, regras e princípios que lhe são peculiares. Uma de suas grandes especificidades é ter o seu âmbito de aplicação dado por um recurso natural, por óbvio, a água.

17) O Direito de Águas se afirma como disciplina a partir da experiência histórica nos Estados Unidos. Ali, floresceu enquanto se processava a ocupação dos territórios a Oeste daquele país, diante dos conflitos que existiam por conta da severa escassez de água da região. Tratou-se de um desenvolvimento casuístico, que desembocou em dois grandes sistemas que até hoje convivem no panorama norte-americano e servem como inspiração para quase a totalidade dos demais Estados nacionais.

18) O primeiro sistema é o da Apropriação Primária (*Prior Appropriation*). Nele, o direito de uso de uma determinada vazão incumbe a quem a reclamou primeiro. Essa concepção, fortemente associada às atividades mineradoras da região Oeste do Estados Unidos, ainda vigora em numeroso conjunto de estados daquele país, especialmente aqueles com maior incidência de territórios áridos. O sistema não condiciona o direito à apropriação de vazões à posse de terreno lindeiro ao recurso hídrico objeto da captação, mas sim, com algumas mitigações específicas, à demonstração da real intenção de uso da água, a efetiva captação ou desvio da água de seu curso original e a utilização para fins que cumpram sua função social, trazendo algum tipo de benefício à coletividade. Na ocorrência de escassez, prevalecem os usos mais antigos (*seniors*) em relação aos usos mais novos (*juniors*).

19) O segundo sistema é o chamado Riparianismo (*Riparian Rights*), típico do Leste dos Estados Unidos e do panorama britânico. Seu traço característico é o privilégio conferido ao proprietário do terreno lindeiro ao curso d'água no que se refere ao direito de uso dessa água. Tem um caráter mais protetivo em relação às vazões e, no seu trajeto histórico, acabou privilegiando usos não consuntivos, como a produção de energia. Com o passar do tempo, incorporou a busca de harmonia entre os diversos usos como uma de suas pedras de toque, privilegiando os chamados *reasonable uses*. Esses usos conferem prerrogativas aos seus titulares, variando no tempo e no espaço, conforme fatores econômicos, políticos ou culturais. Com o crescimento das cidades, a doutrina do riparianismo foi forçada a evoluir, de modo a permitir que as cidade pudessem captar águas para uso público independentemente da eventual propriedade de terrenos lindeiros aos cursos d'água.

20) No Brasil, o direito de águas esteve historicamente atrelado ao direito civil, tendo, sob o regime do Código de Águas de 1934, um olhar fortemente voltado para a produção de energia elétrica. Na nossa tradição constitucional, em um primeiro momento histórico, a água não era um tema tratado em nível da Carta Magna, vigorando as Leis coloniais que não colidiam com a Ordem Constitucional Imperial. Na primeira Constituição Republicana, dada a não atribuição à União das competências para regular a questão hídrica, elas restaram conferidas aos Estados. O uso das águas era livre, sendo apenas condicionado à propriedade das terras lindeiras.

21) A Constituição de 1934 inovou profundamente no tratamento do tema. Pela primeira vez, foi atribuída à União a competência para legislar sobre águas e energia elétrica. Inovou também ao atribuir à União a dominialidade sobre *“os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;”* (art. 20, II). Tendo vida curta, essa ordem constitucional cedeu lugar àquela de 1937, outorgada, que concentrou na União as competências atinentes à questão hídrica, condicionando mesmo a competência suplementar dos Estados à autorização federal, mantendo inalterado o regime de dominialidade.

22) Com a redemocratização, surge a Constituição de 1946, que inova ao incorporar o federalismo cooperativo ao constitucionalismo brasileiro. Nela, permaneciam os Estados com a competência supletiva em matéria de águas, que ordinariamente incumbia à União. Essa ordem não teve vida longa, posto que, após os acontecimentos de março/abril de 1964, foi outorgada a Constituição de 1967. Na realidade, o Regime Militar manteve o regramento anterior. Da mesma forma, a Emenda Constitucional 01, de 1969, que trouxe na realidade uma nova Constituição, não inovou no tratamento da questão hídrica. Entretanto, convém lembrar que, à época, vigorava o Federalismo de Integração, que mitigava qualquer iniciativa de autonomia dos entes federados.

23) Finalmente, em 1988, é promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. No que toca à dominialidade, a atual Carta Política suprimiu a existência de águas privadas ou municipais, tornando todas as águas brasileiras bens públicos, de domínio estadual ou federal, conforme o caso. No trato da questão das competências, à União cabe legislar privativamente sobre água, comportando, entretanto, normativa estadual

fundamentada na capacidade de autoadministração dos bens pertencentes aos entes federados.

24) Esse quadro é complementado por uma extensa normativa infraconstitucional. Essa normativa estabelece a estrutura do Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos (SNGRH), a quem cumpre implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, tendo como órgãos a Agência Nacional de Águas (ANA), os Conselhos de Recursos Hídricos, Comitês de Bacia, Agências de Águas e demais órgãos estaduais, federais e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos, com as competências que lhes são próprias.

25) Para a gestão dos recursos hídricos, a Lei 9.433/97 elenca uma série de instrumentos, todos estruturados a partir do reconhecimento da bacia hidrográfica como unidade básica de gestão. Justamente por isso, o primeiro instrumento é justamente o Plano de Bacia Hidrográfica, que revela uma decisão fundamental, democraticamente gestada, ao direcionar o uso dos recursos hídricos para determinadas finalidades, priorizando certos usos em detrimento de outros. Importante anotar que, embora não seja Lei em sentido estrito, o Plano de Bacia integra o bloco de legalidade e assim deve condicionar a gestão do uso e ocupação do solo de modo a catalisar uma gestão sustentável dos recursos hídricos em ambiente rural e urbano.

26) O segundo instrumento é o enquadramento de corpos d'água. Trata-se em verdade de um instrumento de classificação dos corpos d'água, para adequar os usos de suas águas à qualidade que eles demandam. Assim, mesmo um uso inevitavelmente poluidor é admitido em pontos específicos da bacia, evitando a degradação por ele provocada se transfira a outros pontos nos quais se promovem usos mais exigentes. É uma forma, portanto, de se alocar, de maneira mais racional, cargas poluidoras.

27) Vistos os principais instrumentos de planejamento, passamos a ver os instrumentos de controle do uso. Em outras palavras, tratamos do exercício do Poder de Polícia dos recursos hídricos. O principal desses instrumentos é a outorga do direito de uso. Partindo do pressuposto de que as águas são bens públicos de uso comum do povo, representa o ato pelo qual o ente que exerça domínio sobre o recurso hídrico permite ao interessado um uso anormal do bem público. Tem por finalidade assegurar o controle quali-quantitativo dos usos de recursos hídricos.

28) Estão sujeitas à outorga quaisquer interferências que possam alterar de alguma forma o ciclo natural da água, em sua qualidade ou sua quantidade. Apenas usos que, por seu diminuto impacto possam ser tidos por insignificantes, ficam isentos de outorga, independentemente se o uso pretendido é consuntivo ou não.

29) É tormentoso o debate acerca da natureza jurídica do ato de outorga. Em que pese a existência de determinação legal no sentido de que o ato tem natureza de autorização administrativa de uso, a doutrina aponta uma série de características do ato que colidem com o instituto da autorização, a exemplo do fato de que as outorgas são deferidas por tempo determinado, na forma da Lei, o que contraria a precariedade típica do ato autorizativo, que, em regra, produz seus efeitos por tempo indeterminado, sujeito a revogação com fundamento no interesse público. Nesse sentido, parece melhor enquadrá-lo como ato típico do exercício do Poder de Polícia do Estado, mas uma figura *sui generis* do Direito Administrativo brasileiro. Em outras palavras, trata-se de um ato administrativo que se enquadra em uma categoria diferente de todos os demais.

30) Prestigiando os chamados *Dublin Principles* do Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos, temos, na cobrança pelo uso de recursos hídricos, o próximo instrumento de gestão. Tem por finalidade promover o uso racional da água, por meio do reconhecimento de seu valor econômico, bem como angariar recursos para o financiamento de programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos. Esses recursos, uma vez arrecadados, têm natureza de receita pública originária, estando sujeitos à aplicação obrigatória nas finalidades elencadas na Lei 9.433/97. A cobrança deve ter como principais parâmetros a quantidade de água captada, as características dos seus resíduos e o consumo efetivo de água. Todo uso outorgável se sujeita à exigência de cobrança.

31) Por fim, o último instrumento previsto na Lei 9.433/97 é o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos. Trata-se de um sistema alimentado pelos órgãos que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, gerido pela Agência Nacional de Águas, que congrega informações sobre a gestão de recursos hídricos no Brasil.

32) A título de conclusão, reafirmamos que a gestão de recursos hídricos se sujeita ao dever de cooperação entre os entes federados derivado do princípio do *Bundestreue*. As três condições apontadas na doutrina para a incidência desse dever (co-titularidade da

atribuição da gestão dos recursos hídricos, interesse comum e necessidade de uniformização) estão plenamente atendidas. Entendemos que a ação cooperativa dos entes federados se dará sob o marco das competências comuns elencadas, precipuamente, no art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil, que, embora não traga a gestão de recursos hídricos textualmente elencada no rol de seus incisos, permite a extração dessa competência através de simples exercício hermenêutico sistêmico do teor desses incisos.

Fundamental esclarecer que este trabalho identifica que o dever de cooperação em matéria de gestão de recursos hídricos decorre da própria adoção do federalismo cooperativo como forma de Estado da República Federativa do Brasil. Desse modo, entendemos que a Lei Complementar de que trata o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal não é, de maneira nenhuma, condição para a existência desse dever e para a sujeição de toda e qualquer pessoa política aos seus postulados. É nesse regime constitucional que, na nossa visão, deverão se pautar as condutas do Poder Público acerca da questão daqui para a frente, modernizando o tratamento do tema e alinhando-o às melhores práticas de gestão de recursos hídricos conhecidas no panorama internacional.

6. BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil**: 2013. Brasília: ANA, 2013.

_____. **Conjuntura dos recursos hídricos**: informe 2015. Brasília: ANA, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Informações Gerenciais**: Dezembro 2014. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Z_IG_Dez_2014_v3.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2015.

_____. **Atlas da Energia Elétrica no Brasil**. Brasília: ANEEL, 2008.

AITH, Fernando Mussa Abujamra e ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS. **Estudos Avançados**, Vol. 29, n. 84, maio/agosto de 2015, p. 163-177.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1998**. São Paulo: Atlas, 2007.

AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das Águas**: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro. São Paulo: Lex Editora, 2009.

ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2006.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O bicameralismo na Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon (Orgs.). **Constituição de 1988**. O Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, 2008, v. II, p. 331-345.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. A função social da água. In: _____ (coord). **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: ITE, 2002

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/ UCMG, 1982.

BARROS, Sérgio Rezende de. Variantes do federalismo na Europa: o Estado Regional Italiano. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina Beatriz Stocco (orgs). **As Novas Fontes do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Água: a próxima crise. In: _____. **Temas de Direito Constitucional II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 265-272.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARTH, Flávio Terra. Aspectos Institucionais do gerenciamento de recursos hídricos. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

BASSANI, Luigi Marco. **Liberty, State and Union**: The Political Theory of Thomas Jefferson. Macon, GA: Mercer University Press, 2010.

BASTOS, Celso. **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Federalismo Cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 16, p. 13-25, 2002.

BONAVIDES, Paulo. O papel dos organismos regionais no federalismo brasileiro. In: **Revista de finanças públicas**, ano XLIV, no. 358, abr/jun, 1984.

BRANCO, Samuel Murgel; AZEVEDO, Sandra M. F. O.; TUNDISI, José Galizia. Água e saúde humana. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

BRAND, Dirk. **Financial constitutional law: A comparison between Germany and South Africa**. Johannesburg: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

BRETON, Albert e FRASCHINI, Angela. Is Italy a Federal or even a Quasi-Federal State? In: **POLIS Working Papers**, Università del Piemonte Orientale “Amedeu Avogadro”, Alessandria, n. 234, Março de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUZUID, Alfredo. **O Estado federal brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, 1971.

CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina Beatriz Stocco (orgs). **As Novas Fronteiras do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. O Princípio Federativo e a Segurança Jurídica. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina (orgs). **As Novas Fronteiras do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

_____. **Direito Parlamentar e Direito Eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

CAPONERA, Dante A. **Principles of water law and administration: national and international**. Leiden: Taylor and Francis, 2007.

CARAZZA, Roque Antonio. O princípio federativo, a lealdade federativa, a guerra scal e os repasses das quotas nanceiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas, mormente aos municípios. In: **Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo**, v.3, n.1, jan/dez de 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

CASSUTO, David N. e SAMPAIO, Romulo S.R.. Water Law in the United States and Brazil: Climate Change & Two Approaches to Emerging Water Poverty. In: **William and Mary Law and Policy Review**, Vol. 35: 371, 2010-2011.

CEPEA-USP. **PIB do agronegócio**. Disponível em <<http://cepea.esalq.usp.br/pib/>>. Acesso em 4 de junho de 2015.

CHOUDHRY, Sujit e STACEY, Richard. Independent or Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies. In: HARVEY, Colin e SCHWARTZ, Alexander (eds). **Rights in Divided Societies**. Portland: Hart Publishing, 2012, págs. 87-122.

CÔRTEZ, Lara Barbosa Quadros. **Estado Federal e igualdade na educação básica pública**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CORWIN, Edward. S (ed). **The Constitution of the United States of America**. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 30, 1952. Washington D.C.: United States Government Printing Office, 1953.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de polícia: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados**. Ribeirão Preto: IELD, 2014.

_____. O poder de polícia da água: reflexões sobre medidas extremas à disposição do poder público para assegurar a ordem hídrica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; NERY, Ana Rita de Figueiredo e OLIVEIRA, André Tito da Motta (orgs). **A crise hídrica e o direito**. Racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 225-257.

CURRIE, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The Chicago University Press, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DELIBERADOR, Giuliano Savioli. **Confiança legítima: anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa**

e judiciária. 2013. 80 f. Dissertação (Mestrado em Ciências: área Direito do Estado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. Saneamento e Direito Urbanístico: Aproximações. **Revista dos Tribunais São Paulo: RTSP**, v. 2, n. 5-6, p. 47-70, mar.-abr./ maio-jun. 2014.

_____. Aprender para não repetir: o gerenciamento integrado de recursos hídricos visto como uma saída da crise. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; NERY, Ana Rita de Figueiredo e OLIVEIRA, André Tito da Motta (orgs). **A crise hídrica e o direito**. Racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DINAN, John. Patterns of subnational constitutionalism in federal countries. In: **Rutgers Law Journal**, Newark, NJ, v. 39, p. 837-861.

ELAZAR, Daniel J. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa and London: The University of Alabama Press, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El proyecto de Constitución Europea. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 45, set/dez. 1995.

FERRERI, Janice Helena. **A organicidade das práticas intergovernamentais na Federação canadense como contribuição à Federação brasileira**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999.

FELIX, Érika Pereira e CARDOSO, Arnaldo Alves. **Fatores ambientais que afetam a precipitação úmida**. Química Nova na Escola, nº 21, maio de 2005, p. 47-50. Disponível em <<http://qnesc.sbq.org.br/online/>>. Acesso em 3 de setembro de 2013.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Temas de Direito Constitucional Estadual e questões sobre o pacto federativo**. São Paulo: ALESP, 2004.

_____. O Federalismo no Brasil. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina Beatriz Stocco (orgs). **As Novas Fontes do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 136-137, 1982.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. In: **Revista de Direito Administrativo**, no. 207. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar de 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Saneamento Básico e o Direito- uma visão dos principais problemas jurídicos. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord). **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson de Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. I. São Paulo: Revista Forense, 1968.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Águas**- aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2010.

GANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**: Disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2006.

GAZZANIGA, Jean-Louis. **Droit de l'eau**. Paris: Librairies Techniques, 1979.

GETCHES, David H. **Water Law in a nutshell**. St. Paul, MN: Thomson/Reuters, 2009.

GILLILAN, David M. e BROWN, Thomas C. **Instream Flow Protection**: seeking a balance in western water use. Washington D.C.: The Island Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMON, Francis; TROPER, Michel e BORDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: 1964.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre o Projeto de Lei nº 3.884/2004**. Disponível em < www.cidades.gov.br/media/consorciopublico/parecermarcaljustenfilho>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015.

KATZ, Ellis. Aspectos Constitucionais e políticos do Federalismo americano. In: **Revista de Direito Público**, ano XVI, nº 65, São Paulo: Revista dos tribunais, jan/mar de 1983.

_____. American Federalism and the Challenges of the modern world. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem e RANIERI, Nina Beatriz Stocco (orgs). **As Novas Fontes do Federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

KELMAN, Jerson. **Desafios do Regulador**. Rio de Janeiro: Synergia/CEE-FGV, 2009.

KELMAN, Jerson *at al.* Hidretricidade. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham and London: Duke University Press, 1997.

KYMLICKA, Will. Federalism and Secession: At Home and Abroad. In: **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, Ontario, Vol. 13, No. 2, pp. 207-224, jul de 2000.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988.** Tese de doutorado. São Paulo: Fac. de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

LAMARÃO, Patrícia. O Princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas. In: **Consulex: Revista Jurídica**, vol. 14, n. 326, 2010.

LEN, Christopher L. Synthesis – A brand new Water Law. In: **University of Denver Water Law Review**, Vol. 55, n. 8, Outono de 2004, p. 55-92.

LEONCY, Leo Ferreira. **Apreciação do RDC pelo Supremo deverá considerar a lealdade federativa.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-15/observatorio-constitucional-supremo-devera-considerar-lealdade-federativa-apreciar-rdc?pagina=3>>. Acesso em 27 out. 2016.

MASSICOTE, Louis. Legislative Unicameralism: A Global Survey and a Few Case Studies. In: **The Journal of Legislative Studies**, Vol. 7, 1ª Ed., 2001, p. 151-170.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDES, Ludmilson Abritta. **Análise dos critérios de outorga de direito de usos consuntivos dos recursos hídricos baseados em vazões mínimas de permanência.** Dissertação (Mestrado em Engenharia). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2007.

MELO, André Luiz Dantas. **A Reestruturação dos Municípios Sergipanos com Base na sua Viabilidade Econômico-Financeira.** Disponível em <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios-2015/xx-premio-tesouro-nacional-2015-pagina-principal/monografias-premiadas-xx-premio-tesouro-nacional-2015/tema-2-2o-lugar-andre-luis-d-melo>>. Acesso em 22 de mar de 2016

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil – 2014** (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Brasília: MF/SRFB, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Recursos Hídricos. **Plano Nacional de Recursos Hídricos.** Panorama e estado dos recursos hídricos do Brasil. Vols. 1 e 2. Brasília: MMA, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. Tipos de Estado Federal. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 108-120.

MORITA, Dione Mari. **Prevenção e controle da poluição da água e do solo causadas por resíduos industriais perigosos.** 527 f. Tese (Livre Docência em Engenharia Hidráulica e Sanitária)- Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Governança dos Recursos Hídricos no Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2015.

PAINTER, Martin. **Collaborative Federalism**. Economic reform in Australia in the 1990s. Melbourne: Cambridge University Press, 1998.

PEREIRA, Fábio Franco. **A Federação no Constitucionalismo Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

REBOUÇAS, Aldo da C., BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

REBOUÇAS, Aldo da C. **Água doce no mundo e no Brasil**. In: REBOUÇAS, Aldo da C., BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

RIBAS MAURA, Andres. Notas sobre el Estado Regional de la Constitucion Italiana de 1947. In: **Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears**, Palma de Mallorca, núm. 16, p. 297-313, 1987-1988.

RIBEIRO, José. Propriedade das Águas e o Registro de Imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Federalismo: dilemas de uma definição conceitual. **Civitas**, Porto Alegre, v.11, n. 2, p.323-338, maio/ago. 2011.

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SALATI, Eneas; LEMOS, Haroldo Mattos de e SALATI, Eneida. Água e o desenvolvimento sustentável. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

SANTOS, Aloysio Vilarino. **Federalismo do Séc. XXI: Paradigmas e Desafios**. O redesenho do Estado Brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, 2009.

SAX, Joseph L.; THOMPSON Jr, Barton H.; LESHY, John D. e ABRAMS, Robert H. **Legal Control of Water Resources: Cases and Materials**. Saint Paul, MN: Thomson West, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo norte-americano atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SENISE, Irineia Maria Braz Pereira. **Formação de Estados Federados**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SERRA, Silvia Helena. **O Tratamento Constitucional das Águas Minerais**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, 2007.

SILVA, Gil Anderi e KULAY, Luiz Alexandre. Água na indústria. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon (org). **Administração Pública**. São Paulo: EdUnesp, 2010.

SOLANES, Miguel e GOZALEZ-VILLAREAL, Fernando. **The Dublin Principles for Water as Reflected in a Comparative Assessment of Institutional and Legal Arrangements for Integrated Water Resources Management**. Disponível em <[http://www.gwp.org/Global/ToolBox/Publications/Background%20papers/03%20The%200Dublin%20Principles%20for%20Water%20as%20reflected%20in%20a%20Comparative%20Assessment%20of%20Institutional%20and%20Legal%20Arrangements%20for%20IWRM%20\(1999\).pdf](http://www.gwp.org/Global/ToolBox/Publications/Background%20papers/03%20The%200Dublin%20Principles%20for%20Water%20as%20reflected%20in%20a%20Comparative%20Assessment%20of%20Institutional%20and%20Legal%20Arrangements%20for%20IWRM%20(1999).pdf)>. Acesso em 11 de julho de 2016.

SOLOZÁBAL ETCHEVARRÍA, José Juan. Sobre el Estado Autonómico Español. In: **Revista de estudios políticos**, ISSN 0048-7694, N° 78, 1992, págs. 105-130.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism and Secession. In: **University of Chicago Law Review**, Chicago, Vol. 58, No. 2, p. 633-670, primavera de 1991.

TARLOCK, A. Dan; CORBRIDGE Jr., James N.; GETCHES, David H.; BENSON, Reed D. **Water Resource Management: a casebook in Law and Public Policy**. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito Brasileiro**. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006.

TELLES, Dirceu d'Alkmin e DOMINGUES, Antônio Félix. Água na agricultura e na pecuária. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito e TUNDISI, José Galizia (Orgs). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 3ª ed. São Paulo: Escrituras Editorial, 2006.

THOMPSON Jr., Barton; LESHY, John D.; ABRAMS, Robert H. **Legal Control of Water Resources: Cases and Materials**. West, 2012.

WATTS, Ronald L. **Comparing Federal Systems**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2008.

WIEL, Samuel C. Theories of Water Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Vol. 27, No. 6, pp. 530-544, abr de 1914.

ZIMMERMAN, Augusto Cotta. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.