

FEDERALISMO E DIREITO À ÁGUA: UM ESTUDO DA MEDIAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL NO PROJETO DE INTEGRAÇÃO DO SÃO FRANCISCO*

FEDERALISM AND THE RIGHT TO WATER: A STUDY OF INTERGOVERNMENTAL MEDIATION IN THE SÃO FRANCISCO INTEGRATION PROJECT

Caio Cavalcanti Ramos¹

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo²

Resumo: Partindo-se do debate sobre a judicialização dos direitos fundamentais e contrapondo-o com estratégias de consensualização de conflitos no âmbito da administração pública, o presente artigo busca analisar, em perspectiva federalista, o procedimento de mediação de conflito interfederativo, conduzido pela Advocacia Geral da União, entre o governo federal brasileiro e quatro estados localizados na Região Nordeste, no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco. Através de método empírico de natureza qualitativa, realiza-se estudo de caso sobre o procedimento de mediação relativo ao projeto que impacta o acesso à água de mais de 12 milhões de pessoas de 390 municípios localizados na região do semiárido brasileiro. Os resultados indicam que, para determinados tipos de casos, a mediação de conflitos interfederativos pode reforçar direitos fundamentais e relevantes políticas públicas.

Palavras-chave: Federalismo; Conflito Interfederativo; Mediação

Abstract: Starting from the debate on the judicialization of fundamental rights and contrasting it with strategies for consensualization of conflicts within the scope of public administration, this article seeks to analyze, from a federalist perspective, the procedure for mediating inter-federative conflicts, conducted by the Attorney General of The Union (Advocacia General da União), between the Brazilian federal government and four states located in the Northeast Region, within the scope of the São Francisco River Integration Project. Through the empirical method of qualitative nature,

* Artigo submetido em 14/04/2023 e aprovado para publicação em 09/06/2023.

¹ Doutorando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Regulação pela *London School of Economics and Political Science* (Inglaterra). Pesquisador do Grupo de Pesquisa REC - Recife Estudos Constitucionais e do U.DATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito da UNICAP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8794-2986>. E-mail: caiocavalcantiramos@gmail.com

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com Pós-Doutorado na Universidade de Pisa, Itália. Professor do Mestrado e Doutorado da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa REC - Recife Estudos Constitucionais da UNICAP. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central para a 5ª Região. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-PE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5634-4385>. E-mail: marcelolabanca@outlook.com

a case study is carried out on the mediation procedure related to the project that impacts the access to water of more than 12 million people from 390 municipalities located in the Brazilian semi-arid region. The results indicate that, for certain types of cases, the mediation of inter-federal conflicts can reinforce fundamental rights and relevant public policies.

Keywords: Federalism; Interfederative Conflict; Mediation.

Introdução

A Constituição Federal (Brasil, 1988), ao inaugurar o federalismo da redemocratização, manteve a técnica de divisão de temas para esferas de governo. Com isso, União, Estados e Municípios devem atuar diante das competências previamente compartilhadas e discriminadas no sistema constitucional de repartição de competências. São diversos temas, ora colocados em uma perspectiva privativa (onde apenas um ente pode atuar), ora colocados em uma perspectiva cooperativa (onde mais de um ente pode atuar). Entre esses assuntos, encontra-se o tema da água.

O texto constitucional possui um complexo normativo sobre o tema da água considerado um “sistema das águas” (Barroso, 2002). São diversos dispositivos que tratam de atribuir competência legislativa (arts. 21, XIX e 22, IV) e político-administrativa para União, Estados e Municípios sobre a água, os recursos hídricos e seus usos. Estabelece ainda a quem pertence (arts. 20, III e IX e 26, I) os lagos, rios, correntes de água, águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, e trata da regulação da outorga da água (art. 21, XIX).

Além do referido sistema, para compreender completamente o direito à água, precisamos retroceder ao fundamento da dignidade humana contido na CF (art. 1º, III) e reconhecer que não há dignidade sem água. Sem água, os seres humanos, animais e plantas morrem desidratados. Inúmeras necessidades básicas como saneamento, higiene, saúde, dentre tantas outras, não podem ser providas sem a água. Inclusive, diversos direitos sociais contidos na CF (art. 6º) pressupõem o acesso à água, tais como saúde e alimentação.

Também precisamos ir além do “sistema das águas” para compreender que a CF estabelece dispositivos específicos referentes ao desenvolvimento regional do país, com competência legislativa específica e o estabelecimento de incentivos, dentre os mesmos, expressamente, a “prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas” (art. 43, §2º, IV).

Portanto, como se vê, o tratamento constitucional dado à “água” vai muito além de uma mera caracterização de competência privativa, disciplinada em seu art. 22, ao estabelecer competência privativa da União para legislar sobre águas. Há uma série de outros temas que daí decorrem, forçando um olhar para a atuação concorrente e cooperativa, notadamente diante da necessidade da execução coordenada de políticas públicas intergovernamentais. Uma vez exposto o sistema constitucional da água, vamos observar qual o panorama internacional e depois descer ao regional no que se refere ao acesso à água.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), em 2015, 29% da população (2.1 bilhões de pessoas) não possuía acesso a água potável com segurança (OMS; UNICEF, 2017). Assim, a Organizações das Nações Unidas (ONU) estabeleceu, como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), o ODS 6, “garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos” (ONU, 2022). Para alcançar o objetivo, fixou-se como a primeira meta (6.1) a de “até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo à água potável e segura para todos”. Importante destacar que, dentre as metas do ODS 6, está a meta 6.5 de “até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado” (ONU, 2022), o que demonstra que não apenas o acesso é relevante, mas também a gestão cooperativa dos recursos hídricos.

Com grande parte do seu território ocupado pelo semiárido (IBGE, 2021a), em regime de escassez e irregularidade de chuvas, o Nordeste compreende 28% da população e apenas 3% da disponibilidade de água do Brasil (Brasil, 2022a). E, quando se verifica a disponibilidade diária de água “nos domicílios com rede geral de distribuição de água como principal fonte de abastecimento”, enquanto no Sul é de 97%, no Nordeste é de apenas 69% (IBGE, 2021b).

Neste contexto, e para o que interessa ao foco da presente pesquisa, encontra-se o Projeto de Integração do Rio São Francisco (PISF), uma obra que remonta à época do Brasil Império, que teve diversas propostas e desafios, até chegar ao atual projeto de utilizar as águas do Rio São Francisco para perenizar rios e açudes localizados nos estados de Pernambuco (PE), Paraíba (PB), Rio Grande do Norte (RN) e Ceará (CE). Como se observa, o principal objetivo do PISF é aumentar a garantia da segurança hídrica para as áreas que irá beneficiar³.

³ O PISF não é a única política pública para tanto, há também as tecnologias sociais (ASA, 2022).

Pelos seus porte, natureza e complexidade, o PISF possui diversos conflitos em torno do projeto⁴. Há conflitos em torno da questão da sustentabilidade do Rio São Francisco, do custo da obra, das demandas dos estados doadores e dos estados receptores, dentre outros. O conflito do PISF que será analisado no presente trabalho é o conflito federativo entre a União e os Estados de Pernambuco (PE), Paraíba (PB), Rio Grande do Norte (RN) e Ceará (CE) com relação à operação e manutenção sustentável do projeto, envolvendo, um pacote de políticas públicas para o acesso à água, especificamente, a conclusão das obras, inclusive as adutoras no interior dos Estados, e a cobrança pelo uso da água e os respectivos subsídios. O conflito é objeto de mediação em curso na Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) da Advocacia Geral da União (AGU), onde as partes chegaram, recentemente, a um Pré-Acordo (Brasil, 2021a).

Colocado, assim, o estado da arte sobre o tema, pode-se dizer que a presente pesquisa possui o seguinte problema: o Pré-Acordo celebrado no âmbito da CCAF referente ao conflito federativo entre a União e os Estados de PE, PB, RN e CE no caso do PISF possui o potencial de erodir ou reforçar políticas públicas visando garantir direitos fundamentais de acesso à água, à eficiência na utilização dos recursos hídricos e ao desenvolvimento regional presentes na CF?

A presente pesquisa levanta a hipótese que, com a utilização da mediação no CCAF, União e Estados de PE, PB, RN e CE possuem o potencial de obter uma solução do conflito federativo que possibilita o reforço de políticas públicas visando garantir direitos fundamentais, quais sejam, o acesso à água, à eficiência na utilização dos recursos hídricos e ao desenvolvimento regional, mitigando problemas de carência de legitimidade democrática, de especialização técnica e de efeitos desigualitários.

A pesquisa possui relevância e se justifica, pois o conflito entre a União e os Estados em torno do PISF impacta diretamente na vida de mais de 12 milhões de nordestinos, de 390 municípios, que vivem em situação de escassez de água ou com o seu fornecimento irregular nos Estados de PE, PB, CE e RN, nas áreas influenciadas pelo projeto (Brasil, 2022a).

A forma como esse conflito se resolve tem o potencial de reforçar as políticas públicas de recursos hídricos e garantir o acesso à água, ou seja, dignidade, para milhões de famílias nordestinas, com modicidade tarifária, inclusive subsidiada, já que isso é necessário,

⁴ Para um histórico da Transposição e os conflitos pelo acesso à água, especialmente, no Eixo Leste, especificamente no Estado da Paraíba, sugerimos a leitura da Tese de Doutorado apresentada por Franklyn Barbosa de Brito (2013) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

especialmente, no processo de introdução desse tipo de cobrança. É que, para parte da população, apesar da água ser escassa e irregular, muitas vezes não havia a necessidade de pagamento. De igual modo, a própria gestão dos recursos hídricos no âmbito dos Estados também depende dessa solução.

Ademais, a possibilidade de solução de conflitos federativos através da mediação, visando reforçar direitos fundamentais previstos na CF, pode ser uma importante ferramenta a ser utilizado na “caixa de ferramentas” da tutela de direitos fundamentais.

O objetivo geral deste trabalho é analisar como funcionam as soluções de conflitos federativos no âmbito do mecanismo de mediação e os seus impactos nos direitos fundamentais. De forma específica, procuraremos identificar as principais doutrinas e normas sobre a utilização da mediação na resolução de conflitos federativos no âmbito da CCAF. Também será verificado como se deu a utilização da CCAF na solução do conflito da União e dos Estados de PE, PB, RN e CE no caso do PISF e o seu resultado com relação às políticas públicas visando reforçar direitos fundamentais, de acesso à água, eficiência na gestão dos recursos hídrico e desenvolvimento regional.

Nesta pesquisa, tomamos como base o método empírico para abordar a realidade do conflito federativo entre União e Estados no PISF e sua solução através da CCAF na investigação e coleta de informações, seja através da análise de normas, documentos e informações oficiais que tratam do assunto.

A partir dos dados coletados, passaremos à fase da análise qualitativa, pois, durante esse estudo, verificamos como efetivamente se opera o referido mecanismo na solução de conflito federativo através de estudo de caso (MACHADO, 2017) com a análise de documentos oficiais. Reforçamos que o objetivo do presente trabalho não é analisar o amplo panorama de procedimentos de mediação em curso perante a CCAF e problematizá-los. Afinal, outros estudos, mais abrangentes, focados no desenho normativo e institucional da Câmara, já fizeram esse tipo de abordagem (Di Salvo, 2018). O objetivo do presente trabalho, mais restrito, é se aprofundar num conflito específico, de natureza federalista, envolvendo políticas públicas com o potencial de garantir direitos fundamentais e obter explicações qualitativas sobre a possibilidade de solução do conflito via mediação.

Ao fim, desse modo, esperamos que os resultados possam apontar as vantagens e/ou desvantagens da utilização da mediação na Administração Pública para casos de conflitos

federativos, se há potencial para reforçar ou erodir direitos fundamentais, seus obstáculos e limitações. Com isso, os achados servirão para avançar no estudo sobre o assunto e propor sugestões de alterações legislativas e institucionais, estratégias e políticas públicas, além de propor futuros estudos acerca da temática abordada.

1. O “Federalismo das Águas” na Constituição Federal

Como já apontado na introdução, há um complexo conjunto de normas que tratam da água na Constituição Federal (Brasil, 1988). É o que Luís Roberto Barroso (2002, p. 256), em artigo que procura delimitar as competências constitucionais da União, Estados e Municípios para o saneamento, intitulou “o sistema das águas na Constituição” e que podemos chamar de um “federalismo das águas”.

Segundo Lucio Levi (1995), o federalismo é uma doutrina social que busca compatibilizar uniformidade com diversidade em uma visão global da sociedade. Mas ele não existe em teoria apenas. O federalismo passa a existir a partir da construção política de institutos que desembocam na atuação (muitas vezes conflituosa) dos entes federativos. E isso acontece sempre em razão de escopos, temas ou competências. O tratamento dado pela CF ao tema das águas é, sem dúvidas, um dos pontos sensíveis de aplicação do federalismo brasileiro. Afinal, nada pode ser tão uniforme como a água (em forma e em necessidade humana) e, ao mesmo tempo, possuir uma apresentação material tão desuniforme entre regiões distintas do Brasil.

A água termina sendo, por assim dizer um ponto de convergência e divergência nas relações federativas. Barroso (2002, p. 257-258) aponta que a Constituição cuidou de estabelecer regras de competências legislativas e político-administrativas que vão regular da propriedade à utilização múltipla da água (consumo humano e animal, agricultura, indústria, transporte, lazer, fonte de energia, dentre outros).

Barroso (2002, p. 258-259) destaca as questões da “administração dos recursos hídricos”; da “outorga do uso das águas”; da “proteção ambiental e o controle da poluição”; e, finalmente, do “saneamento básico”. Em especial, Barroso (2002, p. 267) debate a questão da titularidade e prestação do saneamento diante do interesse local, de competência dos municípios (art. 30, V), e do interesse regional, de competência dos estados (art. 25, §3º).

O presente trabalho foca na questão do acesso à água, assim, destaca os dispositivos constitucionais que se relacionam com a questão do direito à água, compreendido no direito à dignidade e nos direitos sociais (arts. 1º, III; 6º), inclusive com relação ao desenvolvimento regional do semiárido (art. 43, §2º, IV), da questão da competência legislativa sobre o tema da água em geral (art. 22, IV) e da gestão dos recursos hídricos e da sua outorga (art. 21, XIX). Apesar de estar em segundo plano para os fins do presente artigo, também deve se ressaltar questão do domínio da água (art. 20º III e IX bem como o 26, I).

Em destaque, deve ser observado que, para se garantir o direito à água, o Poder Constituinte resolveu consagrar no texto constitucional a gestão dos recursos hídricos, atribuindo como competência da União: “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX).

A referida competência foi regulamentada através da Lei no. 9.433, de 08 de janeiro de 1997 (Brasil, 1997), que estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos e instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A referida lei estabelece, com relação à Política Nacional, os seus fundamentos, objetivos, diretrizes, instrumentos (planos, enquadramento dos corpos de água, outorga dos direitos de uso, cobrança pelo uso, compensação a município, que foi vetado, e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos) e a ação do Poder Público nos diversos níveis.

E no que tange ao Sistema Nacional de Gerenciamento, seus objetivos e composição, a Lei no. 9.433 (Brasil, 1997) estabeleceu o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, os comitês de bacia hidrográficas, as agências de águas, a Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Recursos Hídricos e as organizações civis de recursos hídricos. Por fim, a lei estabelece as infrações e penalidades sobre o tema.

Cumprido destacar os pilares da Lei n. 9.433 (Brasil, 1997), contidos em seu art. 1º:

- I - a água é um bem de domínio público;
- II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
- III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
- V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Como se observa dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, a água é um bem de domínio público, sendo um recurso natural limitado, de valor econômico, com uso prioritário para o consumo humano e dessedentação de animais, cuja gestão visando ao uso múltiplo deve ocorrer de modo descentralizado e com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. Esses conceitos são importantes e serão retomados quando formos estudar em detalhes o estudo de caso do conflito federativo em torno do PISF.

Completando o quadro normativo sobre o tema, cumpre informar que a Lei no. 9.984, de 17 de julho de 2000 (Brasil, 2000), criou a Agência Nacional de Águas (ANA) como “entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos” e, ao longo dos anos, a Agência foi ampliando suas competências, inclusive passando a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e, no que toca mais diretamente ao PISF, possui amplas competências regulatórias conforme o art. 4º, XIX (Brasil, 2000):

Art. 4º (...)

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.

Expostos os contornos constitucionais sobre as águas e seu regulamento legal, devemos ingressar na agenda de políticas públicas para viabilizar a água no semiárido nordestino e permitir o convívio do homem com a seca.

2. Água e Desenvolvimento Regional no Semiárido Nordestino: Uma Contextualização

Hypérides Macedo (2014) apresenta um completo histórico das Políticas Públicas em torno da água no semiárido nordestino partindo do período do Brasil Império, com a Comissão Científica de Exploração de 1859, a Comissão do Instituto Politécnico de 1877, com a participação do Conde D'Eu, e a Comissão de 1881, até chegar ao atual PISF.

Macedo parte das políticas públicas, seus erros e acertos, ou mesmo de sua ausência, para explicar como se deu a ocupação territorial do semiárido, inicialmente com a utilização das cacimbas, vazantes, nascentes, poços, cata-ventos, rodas d'água, etc, passando pelos açudes,

barragens e projetos de irrigação até se chegar nos projetos de transposição de água e integração de bacias, onde se destaca o PISF. Macedo apresenta o processo pelo qual a “política contra as secas” vai dando lugar à “política de gestão das águas” (2014, p. 400).

Nesse processo, Macedo (2014, p. 400 - 401) aponta a importância da Constituição e do seu Regulamento (Lei n. 9.433/1997) para impulsionar o setor. Para Macedo, é justamente esse aparato jurídico institucional somado aos projetos de infraestrutura hídrica que podem permitir o surgimento de um grande plano de oferta e disciplina do uso da água no semiárido nordestino. Eis o tripé de ações que, segundo Macedo, “poderá surtir algum efeito positivo no enfrentamento desse fenômeno tão recorrente”: “a integração de bacias”, os “projetos hidroambientais” e as “adutoras regionais” (2014, p. 409).

Aqui, devemos explicar o papel da integração de bacias e das adutoras regionais, pois são pontos fulcrais no conflito federativo objeto do presente estudo. Conforme Macedo, a integração de bacias se justifica, pois a “a garantia de atividades vitais como a interação da água com o solo para produção agrícola e o abastecimento do complexo urbano industrial será tanto maior quanto mais integrados os recursos hídricos territoriais” (2014, p. 410). Por seu turno, segundo Macedo (2014, p. 415-416), é justamente na “interligação com os grandes sistemas de adutoras no interior dos estados” que se encontra o maior mérito do PISF, pois as mesmas são “os dedos das mãos para alcançar comunidades e sedes urbanas localizadas em áreas críticas do aspecto da geologia e do solo”.

Por fim, devemos abordar o terceiro ponto crucial do conflito federativo aqui abordado: a cobrança pelo uso da água do PISF pelos usuários. Conforme Macedo, a cobrança pela água, que, como dantes exposto, é um dos fundamentos da Lei no. 9.433/97 (Brasil, 1997), além de cumprir papel para incentivar o uso racional da água, não é barreira para excluir os mais desfavorecidos, muito pelo contrário, pode ajudar na inclusão dos mesmos, pois “a cobrança pelo uso da água bruta será direcionada aos que podem e produzem com o insumo hídrico, de modo a garantir a água para os que não podem pagar” (Macedo, 2014, p. 404).

Em suma, no centro das Políticas Públicas em torno do direito à água no semiárido nordestino, além do aparato constitucional em torno dos recursos hídricos e seu regulamento através da Lei n. 9.433/1997, que dentre seus fundamentos, estabeleceu a cobrança pelo uso da água, a principal obra de infraestrutura é o Projeto de Integração do São Francisco, no qual, o papel das adutoras no interior dos estados é de grande importância para o abastecimento das comunidades

e das redes urbanas. São esses elementos que, em funcionamento, podem garantir água para importante parcela da população do Nordeste. Não é mera coincidência que são os mesmos elementos que configuram o conflito federativo foco do presente estudo.

Por fim, mas não menos importante, devemos abordar o debate sobre federalismo e desenvolvimento regional. Sobre o tema, Jair do Amaral Filho (2014, p. 325-326) defende que “apesar dos entraves em sua evolução, o federalismo brasileiro proporcionou à Região Nordeste efeitos positivos em relação ao crescimento econômico, graças à emergência dos pactos “federativo” e “social” que nasceram da Constituição de 1988”. No entanto, como a Região ainda apresenta índices sociais e econômicos muito baixos, e o seu crescimento é bastante dependente da estabilidade monetária, ciclos políticos e financeiros do governo federal, o Pesquisador defende a releitura de princípios federativos como autonomia e descentralização, cooperação, coordenação bem como equidade para que se possa sair desse “labirinto fiscal”.

Para tanto, dentre um conjunto de ações, Amaral Filho defende a realização de obras de infraestrutura estruturantes que elevem os “níveis de atratividade e competitividade” do Nordeste e favoreçam “a convergência estrutural entre estados e regiões” (2014, p. 320).

É inegável que o PISF, a maior obra de segurança hídrica já realizada no Brasil, enquadra-se nessas obras de infraestrutura capazes de realizar uma mudança estrutural no semiárido do Nordeste.

Como a complexidade dos interesses dos entes federativos em torno do PISF tem gerado um conflito entre União e os Estados de PE, PB, RN e CE, passemos a analisar a literatura em torno da judicialização e da consensualização de políticas públicas que podem reforçar direitos fundamentais, como é o caso do direito à água no semiárido.

Devemos, no entanto, informar que a revisão não pretende abarcar toda a literatura que debate o uso do processo judicial ou da mediação para a solução de conflitos, aqui, especificamente, os federativos envolvendo direitos fundamentais, mas sim trazer para o artigo os argumentos já desenvolvidos que podem contribuir com a resposta ao problema aqui posto.

3. Judicialização e Consensualização nos Conflitos Intergovernamentais: Adequação de Estratégias para Impulsionar Direitos Fundamentais?

Jane Reis Gonçalves Pereira, sobre o tema da judicialização dos direitos fundamentais, indaga “se e como o Judiciário pode interferir na implementação dos direitos sociais com base diretamente no texto da Constituição” (2015 p. 2085), expondo as principais críticas à judicialidade dos direitos sociais (carências de legitimidade democrática, especialização técnica e efeitos desigualitários) e levanta os seus argumentos com críticas às críticas.

Segundo Jane Pereira (2015, p. 2117), a judicialização seria um importante instrumento para a correção de disfuncionalidades políticas e administrativas, destacando e atualizando o clássico conceitos de freios e contrapesos, desde que haja instrumentos processuais aptos a garantir a participação dos diversos *stakeholders*.

O argumento de Jane parece ser bastante aderente à realidade brasileira, que apresenta relevantes disfunções no sistema político e administrativo. Entretanto, o seu problema é que o excesso dessa “correção” pode levar a uma verdadeira substituição da vontade dos agentes políticos eleitos democraticamente, o que também não é desejável.

Com argumentos semelhantes, Luis Roberto Barroso (2009, p. 21) em artigo que trata do fenômeno da judicialização de questões políticas e implementações de políticas públicas, apresenta visão que aponta a judicialização e o ativismo judicial como uma espécie de “antibiótico” que deve ser usado apenas nos casos necessários e com moderação. Barroso faz uma distinção entre a judicialização e o ativismo judicial. Enquanto a judicialização é considerada como decorrente do modelo constitucional, involuntária, o ativismo é exercício de liberdade da vontade política, voluntário.

Para Barroso (2009, p. 16-20), tanto a judicialização quanto o ativismo, apesar de cumprir papel relevante, especialmente no Brasil, geram riscos para a legitimidade democrática, por óbvio, com maior ênfase no caso do ativismo. Os principais riscos apontados são: (i) riscos à legitimidade, pois os magistrados não são eleitos; (ii) riscos de politização indevida da justiça; e (iii) riscos quanto à capacidade institucional do Judiciário.

Em sua conclusão, Barroso (2009) defende que a atuação do Judiciário deve apenas ocorrer para garantir direitos fundamentais e valores democráticos. E que, em qualquer hipótese, se é para substituir a vontade do agente eleito, que isso ocorra, exclusivamente, em favor da Democracia,

nunca de modo contrário à mesma. Cumpre destacar, que apesar dos riscos, Barroso considera que “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema” e acrescenta “mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado” (2009, p. 21).

Diferente de Barroso, que foca nos prós e contras da judicialização de políticas públicas que reforcem direitos fundamentais, o presente artigo questiona é se os riscos que acompanham a judicialização podem ser mitigados quando se lança mão da consensualização através da mediação na resolução do conflito federativo. Assim, passemos então para os autores que defendem a consensualização com foco específico na mediação.⁵

Partiremos das correntes teóricas que defendem a consensualização através do artigo de Viviane Alfradique Mendes (2018) que nos introduz no debate sobre as vantagens da utilização da consensualização sobre a judicialização das políticas públicas.

Em síntese, o argumento de Mendes (2018) é de que a solução dialógica, com a transformação do pensamento dos conflitantes, muitas vezes, é a única saída possível, abreviando a disputa, gerando maior economia, participação social, solução mais técnica e rápida. Sobretudo, Mendes conclui que, através da consensualização, a solução dos problemas relativos à efetividade dos direitos fundamentais é resolvida pelos legitimados para tanto:

Portanto, cabe aos representantes da sociedade e aos afetados diretamente pela decisão (ou omissão) enfrentar os problemas relativos à inefetividade dos direitos fundamentais sociais, evitando-se a atuação monolítica do Poder Judiciário, que somente deverá deliberar de forma subsidiária (Mendes, 2018, p. 222).

O argumento de Mendes (2018) parece bastante razoável: através do consenso, devolve-se aos atores competentes, de forma mais rápida, econômica e técnica, a solução com relação à política pública que irá promover o direito fundamental. Isso, claramente, numa situação ideal. Infelizmente, sobretudo em razão das disfunções encontradas no Brasil, muitas vezes, o Poder Judiciário precisa atuar justamente para corrigir essas disfunções (Pereira, 2015).

E quanto à participação social no procedimento, seja judicial ou consensual, é patente a dificuldade de se incluir e, sobretudo, incorporar os posicionamentos dos diversos representantes

⁵ De início, cumpre mencionar que não nos deteremos em apresentar aqui todas as vantagens alardeadas nos livros e artigos científicos sobre o uso da mediação ou, especificamente, em seu uso pela administração pública, foco do presente artigo. Essas propaladas vantagens como ganhos de celeridade, tecnicidade, redução de custos e de incertezas, dentre outros, apesar de muitas vezes estarem desacompanhados de dados empíricos, são de amplo conhecimento. Aqui, assim como fizemos no caso da judicialização, apresentaremos os debates que trazem críticas ao uso da mediação no âmbito da administração pública, especificamente em conflitos envolvendo direitos fundamentais.

dos grupos setoriais, seja em face da definição dos que devem ser ouvidos até a garantia de que ocorra uma participação efetiva, não meramente formal, dos mesmos.

Coloquemos o foco na mediação no âmbito da Administração Pública, pois é esse o tema do presente artigo. Carlos Henrique Ramos (2018) faz um histórico das recentes mudanças legais e infralegais, em especial, do Código de Processo Civil, Lei no. 13.105 de 16 de março de 2015 (Brasil, 2015a), e da Lei de Mediação, Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015 (Brasil, 2015b), com foco específico na mediação e na sua utilização pelo Poder Público.

Dos aspectos abordados com relação à utilização da mediação pela Administração Pública, Ramos (2018) destaca o Código de Processo Civil (2015a), que estabeleceu a criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito dos diferentes níveis da Administração Pública, e a Lei n. 13.140 (Brasil, 2015b), que regulou a mediação realizada pelas pessoas de direito público, além de permitir a mediação de conflitos interfederativos, objeto do presente artigo.

Dentre os argumentos apresentados sobre as vantagens da utilização da mediação, um foi além dos já apresentados aqui: o da maior chance de cumprimento do acordo no caso de mediação. Eis o que defende Ramos:

Como a solução lhes é imposta, passa a haver um espaço franqueado para o cumprimento voluntário do acordo, de sorte que o novo paradigma, então, contribui substancialmente para minimizar o velho déficit de cumprimento espontâneo das decisões judiciais (tradicionalmente impostas no modelo vertical), o que, por sua vez, favorece o arrefecimento do arraigado automatismo recursal (Ramos, 2018, p. 74).

De fato, um dos relevantes problemas da judicialização é o seu efetivo cumprimento. É de se admitir que aquele que foi ator ativo da elaboração do acordo da mediação tenha tanto os meios como, em especial, os incentivos para cumprir com o acordo que ajudou a desenvolver.

Como já adentramos no contexto da mediação no âmbito da administração pública, passemos à sua aplicação aos conflitos envolvendo direitos fundamentais, especialmente os prestacionais, que dependem de políticas públicas para se tornarem efetivos. Luciane Moessa de Souza problematiza a questão da dupla ausência da universalização dos direitos fundamentais e dos meios adequados para resolver esses conflitos coletivos:

Dentre os conflitos em que pode ver-se envolvido o Poder Público, os conflitos envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais em seu aspecto positivo, ou seja, aquele aspecto que depende de atuação do Estado para sua garantia e proteção, seja em face da violação por terceiros, seja mediante a adoção de políticas públicas aptas a concretizá-los, envolvem o maior grau de complexidade, colocando-se, sem dúvida, entre alguns dos mais importantes desafios para os juristas contemporâneos (Souza, 2012, p. 21).

Com essa preocupação com os conflitos decorrentes da necessidade de se dar efetividade aos direitos fundamentais coletivos, Luciane (Souza, 2012) propõe a utilização da mediação desde que ocorram modificações normativas e institucionais para tanto, como por exemplo, regras de conversão de ações individuais em coletivas; realização da mediação mesmo no âmbito de processos judiciais; participação dos entes públicos, *stakeholders* e entidades sem fins lucrativas interessadas; possibilidade de ampliação do pedido na mediação; procedimentos específicos para cada etapa da mediação, desde a contratação do mediador, passando pelo acordo e seguindo até o monitoramento do seu cumprimento, com requisitos específicos; capacitação dos agentes envolvidos dentre outras garantias.

Os argumentos propostos por Luciane (Souza, 2012) parecem convergir para se aperfeiçoar normativamente e institucionalmente o sistema envolvido nas mediações envolvendo direitos fundamentais coletivos. Inclusive, boa parte da literatura que trata do tema foca no redesenho normativo e institucional da mediação envolvendo o Poder Público.

Também neste sentido, defendem Eduardo Bacal e Ana Rodrigues (2018) que, dentre outras limitações institucionais, está a da inclusão de interessados no procedimento:

Com efeito, as maiores dificuldades no campo dos conflitos coletivos tornam o procedimento de mediação também mais complexo. É que, se nos conflitos individuais cabe ao mediador facilitar o diálogo apenas entre as partes submetidas a uma disputa, nos conflitos coletivos é necessário administrar um número de vozes muitas vezes superior e múltiplos interesses, frequentemente com elevado grau de dispersão – tal como acontece em processos coletivos que envolvem direitos difusos (Bacal; Rodrigues, 2018, p. 106).

Cumprido, entretanto, verificar se essas propostas possuem implementação factível. Sobretudo as propostas que tratam da participação de outros órgãos do Poder Público, entidades representativas, etc. Parece que a participação de representantes de instituições e de grupos interessados tem sido um desafio no Brasil, especialmente, nos conflitos coletivos envolvendo direitos fundamentais sejam eles resolvidos em processo judicial ou através da mediação.

Apesar de concordar que esses interessados devem participar diretamente e, sobretudo, influenciar o resultado da mediação, principalmente num conflito federativo envolvendo direitos fundamentais, dentre as opções – processo judicial ou mediação – em princípio, parece mais indicável a solução através da mediação, pois, ao menos, os legítimos representantes da sociedade é que estão ali formulando o acordo que põe fim ao conflito. Mas são necessárias novas pesquisas,

principalmente de natureza empírica, para defender esse argumento face as já debatidas disfunções no sistema político e administrativo brasileiro.

Como última abordagem desse tópico, encontram-se os trabalhos que tomaram a câmara de conciliação da administração pública como principal objeto de estudo. A CCAF foi criada pelo Ato Regimental no. 5 de 27 de setembro de 2007 emitido pela AGU (Brasil, 2007) “dispondo sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União”. A Seção V trata especificamente da CCAF, que foi criada visando à conciliação de conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Federal. Em sua trajetória, a CCAF tem ampliado suas competências, como através da edição do Decreto no. 10.608 de 25 de 2021 (Brasil, 2021b):

Anexo I - Art. 18. À Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal compete:

(...)

III - dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:

- a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;
- b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;
- c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou
- d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015;

Como se observa, tornou-se bastante ampla a competência da CCAF para dirimir conflitos: entre órgãos e entidades federais, e entre os mesmos e empresas públicas ou sociedade de economia mista federais; órgão ou entidades federais e estados e DF, municípios ou suas autarquias ou fundações públicas; ou particulares e órgãos ou entidade federais.

Karoline Bussatto (2018) que realiza uma análise normativa do instituto da mediação no âmbito da Administração Pública e suas câmaras de conciliação e mediação, especialmente da CCAF, levanta alguns pontos da legislação para debate. Primeiro, Karoline levanta o questionamento sobre a (im)parcialidade do mediador que atua no âmbito do próprio ente interessado. Argumento que a própria Bussatto rechaça nos seguintes termos:

No entanto, entende-se que a ausência de poder decisório do mediador e a definição final do acordo ou não a partir da vontade das partes, torna tal crítica sem sentido, considerando que inclusive a submissão às câmaras é facultativa, conforme prevê o parágrafo 2º do artigo 32 (Bussatto, 2018 p. 173).

Concordamos com Bussatto. Em que pese, numa ideia inicial, poder se pensar que um mediador de uma câmara vinculada a um ente federativo, por exemplo, à União, no caso da CCAF,

ser alguém que poderia estar enviesado, diferente de um processo judicial, cuja participação processual da parte muitas vezes é a única resposta a uma demanda formulada por outra pessoa, no caso da mediação, tanto a participação quanto a formulação do acordo são voluntárias, o que mitiga esse possível enviesamento.

Importante também é que Bussato levanta não apenas a vantagem de se evitar a judicialização dos massivos processos entre administração e particulares, mas a vantagem de se evitar a judicialização de processos dentre instituições do próprio ente federativo e entre diferentes entes federativos (2018, p. 187).

Também concordamos com Bussato (2018) nesse ponto. Especialmente no caso de conflitos federativos envolvendo políticas públicas para se efetivar direitos fundamentais, se os entes conseguem sentar à mesa e resolver o tema sem precisar se recorrer a uma terceira parte, no caso o Judiciário, parece que além de mais célere e tecnicamente adequada, posto que pactuada pelos agentes competentes para tanto, a decisão estará sendo tomada por representantes legitimamente eleitos.

Por fim, Sílvia Di Salvo (2018, p. 19 e 20), em pesquisa que aborda o desenho institucional e procedimental para o uso da mediação na Administração Pública, tomando como estudo de caso a CCAF, levanta diversos questionamentos como: diversidade de “tipos de conflitos intra e interfederativos”; “critérios de seleção do conflitos”; “efetiva participação popular”; “voluntariedade das partes”; “figura do mediador”; “necessidade de se estabelecer regras claras quanto à possibilidade de transação”; dentre outros. Em sua pesquisa empírica, Sílvia aponta a timidez da atuação da Câmara como relação às políticas públicas e direitos sociais:

A maioria expressiva dos casos da CCAF analisados na presente pesquisa – quase 60% - relaciona-se a patrimônio público: bens imóveis (28%) e ativos financeiros (“finanças, orçamento, tributos – 30%). Extrai-se desses dados que a mediação tem sido utilizada pela Administração Pública para resolver controvérsias de conteúdo expressivo. Por outro lado, a estatística revela que conflitos relacionados a políticas públicas e direitos sociais coletivos ainda são tratados marginalmente no que se refere à autocomposição, o que revela que a Administração Pública ainda não foi capaz de assimilar a mediação como instrumento transformador de sua relação com os administrados (Di Salvo, 2018, p. 189).

No universo de conflitos analisados em seu artigo, comparando os números daqueles envolvendo conteúdo econômico expressivo, 60%, contra 4% de saúde pública ou 2% para o meio ambiente, Di Salvo (2018, 139) demonstra que políticas públicas e direitos sociais não têm sido o

forte da atuação da CCAF. É intrigante observar números tão pouco representativos, pois em relatório elaborado pela própria AGU, é reconhecido que:

Também ganha cada vez mais força a idéia de que a Câmara de Conciliação possibilita a articulação de políticas públicas, já que os órgãos públicos por meio das reuniões de conciliação são estimulados a dialogarem e cooperarem um com o outro (Brasil, 2012, p. 7).

Ora, se a própria União reconhece o potencial da CCAF, o que justifica tamanha timidez na resolução de conflitos envolvendo políticas públicas? Assim, um questionamento relevante é como incentivar a mediação de conflitos envolvendo políticas públicas e direitos sociais. Analisar o estudo de caso a seguir é talvez uma forma de levantar *insights* para tanto. Vejamos.

Antes de adentrar no estudo de caso, cumpre trazer o tema da publicidade levantado por Humberto Dalla Pinho e Patrícia Nunes (2018). É preciso trazer a crítica da tensão entre a confidencialidade e a publicidade na mediação envolvendo o Poder Público. De modo muito sintético, enquanto na mediação entre particulares, a confidencialidade é importante no trabalho do mediador para se estabelecer a confiança no mesmo, no caso do Poder Público, o princípio que prepondera é o da Publicidade.

Pinho e Nunes (2018, p. 22) concluem, sobre o caso das mediações envolvendo o Poder Público, “que, em regra, prevalece o princípio da publicidade sobre a confidencialidade” e “a publicidade do acordo e dos motivos que levam a Administração Pública a celebrar esse pacto é garantida”. No nosso entender, apesar do princípio da publicidade prevalecer, não há que se discutir que há ainda bastante espaço para a confidencialidade na atuação do mediador. Aqui se defende que haja, pelo menos, uma publicidade mínima do procedimento como a publicação em sítio eletrônico público dos dados básicos, principais documentos, termo de acordo completo, etc.

4. O Caso do Projeto de Integração do Rio São Francisco

O Projeto de Integração do Rio São Francisco, como exposto, é uma política pública de Estado (Macedo, 2014), calcada em dois eixos “integração de bacias” e “adutoras regionais”, objetivando garantir segurança hídrica à população beneficiada através da perenização de rios e açudes localizados em PE, PB, RN e CE com a utilização das águas do Rio São Francisco.

Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), responsável pela obra, o PISF possui 447 km de extensão e irá garantir segurança hídrica para 12 milhões de pessoas distribuídas em 390 cidades em 4 estados da região nordeste e é considerado o maior projeto de infraestrutura hídrica do Brasil. A obra, dividida nos Eixos Leste e Norte, compreende: 13 aquedutos; 9 estações de bombeamento; 27 reservatórios; 9 subestações de 230kw; 270kw, de linhas de transmissão de alta tensão; e 4 túneis (Brasil, 2022a).

Apesar de tanto a União quanto os Estados de PE, PB, RN e CE possuírem interesse no pleno funcionamento do PISF para garantir segurança hídrica para importante parcela da população do semiárido do Nordeste, ou seja, garantir direito à água para mais de doze milhões de pessoas, há exigências de parte a parte para tanto.

Em breve síntese, por um lado, apesar da obra do PISF ser Federal, a sua entrada em operação e sua sustentabilidade financeira dependem bastante da cooperação dos estados receptores, PE, PB, RN e CE, principalmente, para que se seja instituída e operacionalizada a cobrança da tarifa pelo uso da água dos usuários do PISF, o que servirá para ser aplicada na cobertura os custos de operação e manutenção do projeto.

Se a obra tem um alto valor, o seu custo de manutenção também é alto, especialmente em razão do custo da energia necessária para bombear a água captada no Rio São Francisco e levá-la para os locais de destino, considerando os desafios impostos pelo relevo. Assim, a União não quer ficar com esse custo integral eternamente.

De igual modo, a União quer dar efetividade à Política Nacional de Recursos Hídricos, conforme art. 21, XIX da CF (Brasil, 1988), regulamentado na Lei no. 9.433 (Brasil, 1997), que consagrou, dentre outros instrumentos, a cobrança pela utilização da água como forma de garantir a sua utilização racional e sustentável. Para tanto, a União depende dos estados de PE, PB, RN e CE para, como visto, implementar e realizar a cobrança pela utilização da água da transposição e tornar o PISF operacional e financeiramente sustentável.

Como, diferentemente do que ocorre atualmente com os processos judiciais que, salvo restrição legal, encontram-se publicamente disponíveis nos sites dos diversos tribunais, os procedimentos de mediação da CCAF não se encontram disponíveis para pesquisa no sítio eletrônico (Brasil, 2022c), confirmando-se os questionamentos sobre sua falta de publicidade (Pinho; Nunes, 2018). Assim, buscamos as informações necessárias para a pesquisa nos principais documentos oficiais sobre o tema: o Termo de Compromisso para a Garantia da Operação

Sustentável do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional – PISF, firmado entre a União e os Estados de PE, PB, RN e CE em 01 de setembro de 2005 (Brasil, 2005); a Carta dos Governadores de PE, PB, RN e CE (2017), datada de 15 de fevereiro de 2017; e o Termo de Pré-Acordo celebrado entre União e os referidos estados de 29 de abril de 2021 (Brasil, 2021a).

Observa-se que, como apenas localizamos o Termo de Compromisso (Brasil, 2005) publicado em sítio eletrônico, obtivemos as cópias dos dois outros documentos com parte dos estados interessados no procedimento. Tendo em vista que o procedimento de mediação ainda se encontra em andamento, por solicitação, iremos manter em sigilo o nome dos estados que disponibilizaram a documentação para a presente pesquisa.

Quanto aos interesses em negociação, os da União ficam bem caracterizado no Termo de Compromisso (TC), assinado pela União, através de 4 Ministérios, Ministério da Integração Nacional, Meio Ambiente, Minas e Energia e Casa Civil, e os 4 Estados, PE, PB, RN e CE (Brasil, 2005). Já no seu escopo, o TC informa que se presta “à implementação de ações que garantam a sustentabilidade financeira e operacional” e “viabilizar a utilização racional das águas brutas aduzidas” no âmbito do PISF (Brasil, 2005, p. 1 e 2).

No TC, dentre as principais obrigações da União estão: (1) a realização das obras do PISF; (2) a proposição de um Decreto instituindo o Sistema de Gestão do Projeto, inclusive para “definir os mecanismos de cobrança de Tarifa dos Serviços de Operação, Manutenção e Gestão”; dentre outras (Brasil, 2005, p. 2 e 3).

As obrigações dos Estados também seguem a mesma orientação, sendo as principais: (1) capacitação e estruturação para gerenciar os recursos hídricos; criação de órgão onde não havia; (2) realizar campanha de regularização do uso da água do PISF em conjunto com a ANA; (3) pagar os custos de operação e de manutenção do PISF com a implementação da cobrança aos usuários e prestar garantia ao órgão federal responsável; e (4) “implantar a cobrança de tarifas dos serviços de operação, manutenção e de cobrança do direito de uso da água no âmbito do Estado”; dentre outras (Brasil, 2005, p. 2 e 3).

Mas o TC não foi cumprido e a insatisfação dos Governos Estaduais signatários ficou evidente. Apesar da União haver publicado o Decreto n. 5.995 de 19 de dezembro de 2006 (Brasil, 2006), as obrigações dos estados, especialmente a de implantar a cobrança dos usuários pela utilização da água do PISF bem como outras obrigações não foram cumpridas conforme pactuado.

Através do Decreto no. 5.995 (Brasil, 2006), a União dispôs sobre o Sistema de Gestão do PISF, estabelecendo as regras relativas: (1) às competências ministeriais, da ANA, do Conselho Gestor, da Operadora Federal, das Operadoras Estaduais; (2) ao Plano de Gestão Anual; e (3) aos preços pela adução de água pelo PISF. O art. 2º, p. único, do Decreto determina que “as obrigações decorrentes do PISF deverão ser previstas por meio de contratos, convênios e consórcios que serão celebrados pelos órgãos e entidades federais com os órgãos e entidades estaduais”. Dentre as obrigações para as operadoras estaduais estão (Brasil, 2006):

Art. 16 (...)

VII - cobrar pela distribuição da água em sua área de atuação, na conformidade do que for aprovado pelos órgãos e entidades competentes;

VIII - pagar à Operadora Federal os valores correspondentes à água recebida do PISF;

Além desse descumprimento das obrigações constantes do Termo de Compromisso (Brasil, 2005) e do Decreto (Brasil, 2006), essa posição de contraposição às exigências da União fica bastante evidente na Carta dos Governadores de PE, PB, RN e CE (2017). Na Carta, os Estados apresentaram suas exigências para instituir e cobrar a tarifa dos usuários. Resumidamente, os estados exigem: (1) conclusão das obras, antes do início da cobrança da tarifa; (2) tarifa subsidiada nos primeiros cinco anos, com a exclusão ou adequação de diversos custos; (3) a aceitação do Fundo de Participação dos Estados (FPE) como garantia, nos termos solicitados pelos estados; (4) compra de energia com menor custo; (5) e, por fim, a garantia de recursos para a conclusão das obras complementares conforme a Carta dos Governadores firmada pelos estados.

5. A Mediação Interfederativa do PISF e o Pré-acordo

Durante 13 anos, de 2005 até 2018, o conflito sobre o PISF ficou no impasse entre os interessados com tentativas frustradas de se resolver o conflito. Até que se deu início ao Processo de Mediação no. 59614.000362/2018-62, perante a CCAF, com foco na negociação de um acordo entre a União e PE, PB, RN e CE sobre o PISF, onde se chegou a um Pré-Acordo (Brasil, 2021a) em 29 de abril de 2021 (ANA, 2021)⁶.

⁶ Notícia disponível em <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/uniao-e-estados-receptores-assinam-pre-acordo-para-operacao-comercial-do-projeto-de-integracao-do-rio-sao-francisco> · Acesso em 26.01.2022.

O Termo de Pré-Acordo no. 001/2021/CCAF/CGU/AGU-JRCP (BRASIL, 2021a), um documento sintético de 5 páginas, apresenta em seu preâmbulo: o número do processo, acima referido, e as informações básicas sobre conciliador, assunto e interessado. Na sequência, apresenta 7 considerandos, sendo dois de caráter normativo, que tratam do Decreto Regulador da CCAF vigente na assinatura do documento, Decreto no. 10.608 (Brasil, 2021b) e da Lei de Medição, no. 13.140 (Brasil, 2015b), e outros 5 que tratam respectivamente: (i) do Termo de Compromisso de 1º de setembro de 2005; (ii) do compromisso da União no cumprimento das obras complementares ao PISF; (iii) da Carta dos Governadores de 15 de fevereiro de 2017; (iv) das tratativas do MDR com o Ministério de Minas e Energia (MME) com relação à solução energética para o projeto; e (v) do interesse livre e espontâneo de todos na celebração do termo de pré-acordo, celebrado com natureza de protocolo de intenções e o compromisso de se firmar o termo de conciliação definitivo juntamente com o respectivo contrato de prestação de serviços de adução de água bruta consoantes cláusulas consensuadas no Termo de Pré-Acordo.

Em síntese, segue um resumo das obrigações consensuadas entre os interessados. Os Estados assumiram duas obrigações principais: (i) a de estabelecer a cobrança para o usuário final dos serviços de adução da água bruta e (ii) a de realizar a alteração legislativa necessária para o uso do FPE como garantia pelos Estados.

A União assumiu oito obrigações principais: (i) expedir Portaria com o compromisso de garantir os recursos orçamentários para a operação e manutenção do PISF; (ii) excluir a Provisão de Devedores Duvidosos – PDD da tarifa; (iii) subsidiar os custos fixo e variável do Projeto nos primeiros cinco anos com redução escalonada e revisão do escalonamento no 4º ano para ajustes do “arranjo do modelo tarifário em face do impacto da implementação da cobrança aos usuários finais e da capacidade de pagamento destes, por meio de avaliação a ser apresentada pelos estados” (Brasil, 2021a, p. 3); (iv) não cobrar o Fundo de Reposição de Ativos nos cinco anos iniciais; (v) realizar medidas para viabilizar recursos, com a parceria dos Estados, para as obras complementares relativas aos ramais associados aos Eixos Norte e Leste do Projeto; (vi) estabelecer datas para começo da operação comercial nos Estados vinculada à conclusão das obras; (vii) manter tratativas com o MME para melhor enquadramento energético do projeto; e (viii) fixar regras para a administração dos ramais associados.

Como se observa, o Pré-acordo claramente contemplou os dois lados do conflito na construção de uma solução legítima e dialógica (Mendes, 2018) que efetivamente visa à

consolidação de políticas públicas relevantes para o direito de acesso à água, sua utilização eficiente e ao desenvolvimento regional no semiárido nordestino (Macedo, 2014).

Assim, tem o potencial de garantir a operacionalização e sustentabilidade do PISF e a implementação de importantes pilares da Política Nacional de Recursos Hídricos - a cobrança pelo uso da água e, conseqüentemente, seu uso racional – bem como o fez com o com o compromisso de realizá-lo, apenas após a conclusão das obras, e de modo escalonado, subsidiado, mitigando maiores sacrifícios financeiros da população que será beneficiada, além de garantir a conclusão das obras complementares para não deixar comunidades desacolhidas, pois, com as adutoras, a água poderá chegar a populações antes excluídas (Macedo, 2014).

Isso sem contar com os outros compromissos que contribuem com: a modicidade tarifária para o uso da água; o modelo mais justo de distribuição de custos entre os estados com relação aos ramais associados; e o melhor enquadramento energético do Projeto. E isso à maneira de um federalismo menos dependente da situação fiscal do país, pois vai garantir, de modo sustentável, infraestrutura hídrica, água, numa região com um potencial já demonstrado para a agricultura familiar e industrial, consoante diversos projetos de irrigação presentes em todos os estados beneficiados (Amaral Filho, 2014).

Cabe reconhecer que o acordo reforça a universalização de direitos fundamentais, contrapondo-se à chamada microjustiça. Entretanto, não localizamos evidência que comprove a participação dos grupos interessados na formulação do Pré-Acordo, o que, certamente, contribuiria para a elaboração de um acordo ainda mais legítimo (Souza, 2012).

De toda maneira, mesmo sem termos constatada a participação de grupos interessados, ainda assim, como o Pré-Acordo é celebrado pelos legítimos representantes eleitos democraticamente, e com visões diferentes e fiscalização de um sobre o outro, a possibilidade de se obter uma decisão mais legítima na via mediação de que através do Judiciário é inegável.

Apesar da estatística sobre a CCAF apontar para um número ainda tímido de mediações visando à efetivação de políticas públicas que promovem direitos fundamentais (Di Salvo, 2018), o Pré-Acordo em tela pode indicar que, para determinados casos, em que haja uma política pública nacional resistida e grandes investimentos onerando a União envolvidos, exista um incentivo maior para o ente federal dialogar e construir com os entes subnacionais soluções que efetivamente coloquem fim ao conflito e reforcem políticas garantidoras de direitos fundamentais.

De igual modo, outra explicação possível e complementar para o caso, é que as divergências entre os entes federativos não se configuravam como visões totalmente opostas e sim com pontos em comum, apenas necessitando de ajustes. Nesse caso, a mediação surge justamente como a oportunidade de pactuação dos ajustes. As normas da CCAF podem ser aperfeiçoadas para se criar incentivos para a identificação e solução de conflitos com essas características através da mediação. Continuará cabendo ao Judiciário resolver os conflitos onde as políticas públicas dos entes federativos são totalmente opostas.

Como o acordo é de obrigações complexas e ainda recente, também não foi possível verificar se há maior chance de cumprimento do mesmo em razão da sua natureza de construção conjunta (Ramos, 2018).

Com base apenas nos documentos disponíveis, também não foi possível se verificar a questão da (im)parcialidade do mediador (Bussato, 2018). No entanto, como o acordo coloca bastante peso nas obrigações da própria União, com uma relevante ampliação quando se compara o TC (Brasil, 2005) com o Pré-Acordo (Brasil, 2021a), é de se admitir que o mediador atuou com imparcialidade no procedimento.

Novas pesquisas são bem-vindas para que se possa analisar esses pontos com relação à maior propensão para cumprimento do acordo e sobre a imparcialidade do mediador.

Considerações finais

Com relação ao problema levantado, o presente Artigo, com base nos seus achados, defende que o Pré-Acordo (Brasil, 2021a) celebrado no âmbito da CCAF referente ao conflito federativo entre a União e os Estados de PE, PB, RN e CE no caso do Projeto de Integração do Rio São Francisco possui o potencial de reforçar políticas públicas visando garantir direitos fundamentais de acesso à água e ao desenvolvimento regional na região do semiárido conforme determina a CF.

A mediação conseguiu obter um Pré-Acordo para um conflito federativo relevante de modo legítimo e dialógico visando à implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e à operacionalização sustentável do PISF. São décadas de pouca ou não implementação de pilares importantes da Política Nacional de Recursos Hídricos (Brasil, 1997) e muitos anos de divergências em torno do PISF (Brasil, 2005).

De um lado, o Pré-Acordo busca implementar a cobrança pelo uso da água e, conseqüentemente, o seu uso racional. De outro, visa à conclusão das obras complementares, especialmente, as adutoras, contemplando um número maior de comunidades beneficiadas, assim, diminuindo a presença de excluídos na área de abrangência do PISF.

E apenas com a conclusão das obras é que será iniciada a cobrança pela água, sendo realizada de modo escalonado, subsidiado, nos primeiros 5 anos pela União, com a revisão no quarto ano para se verificar sobre a necessidade de manutenção do subsídio mesmo após o fim do período, para que o sacrifício dos mais carentes seja mitigado. Rememora-se que, de todo modo, é parte da própria Política a cobrança dos grandes empreendimentos de modo a garantir água aos que não podem pagar.

Devem ainda ser considerados outros compromissos do Pré-Acordo como aqueles visando à modicidade tarifária, o modelo mais justo de distribuição dos custos entre os estados, o pacto relativo às garantias prestadas pelos estados e o melhor enquadramento energético do Projeto.

São termos que parecem contemplar os dois lados envolvidos – União e Estados de PE, PB, RN e CE – e, sobretudo de modo mais igualitário, sem decisões divergentes, garantir os direitos do cidadão que aguarda ter acesso à água com segurança e dela fazer uso de modo racional. Não é um acordo perfeito e nem vai resolver o problema de água do semiárido, mas é inegável que a mediação colocou a União e os estados que estavam num impasse, desde pelo menos o Termo de Compromisso de 2005 (Brasil, 2005), para dialogar e construir conjuntamente um acordo que pode efetivar uma política pública que se arrasta desde época do Brasil Império.

Assim, surgem propostas para se ampliar a utilização da mediação em determinados conflitos, ao menos aqueles que trazem Políticas Nacionais com implementação resistida e envolvem grandes investimentos, pois fica evidente que o ente federal poderá ter mais incentivos para a negociação. Especialmente, quando a divergência entre os entes federativos não seja insuperável, mas sim ajustável. Certamente há outros casos que se enquadram nesse perfil e que podem ser objeto de novas pesquisas. Outros conflitos com políticas públicas opostas continuam encontrando no Poder Judiciário a sua solução. A mediação é mais uma ferramenta para a tutela multinível de direitos fundamentais.

Mas há diversas críticas ao procedimento de mediação. A sua publicidade é deficiente, inclusive, bem menor do que a publicidade dos processos judiciais, que, ao menos, estão disponíveis em sítios eletrônicos. Não há evidência da participação efetiva de grupos interessados

no tema e, muito menos, de que tenham efetiva participação no resultado da negociação. Não foi possível verificar se há problemas de (im)parcialidade do mediador, mas é de se presumir que, como o acordo apresenta relevantes obrigações para União, o mediador atuou de modo isento, efetivamente ajudando as partes a construir o acordo.

Também ainda não é possível se apurar se o Pré-Acordo, bastante recente, por ser construído conjuntamente pelas próprias partes interessadas, terá maior chance de cumprimento. Novas pesquisas sobre esses e outros temas são desejáveis para que se avance no tema sobre a utilização da mediação como forma de reforçar direitos fundamentais.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. *União e estados receptores assinam pré-acordo para operação comercial do PISF*. 29 abr. 2021. Disponível em <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/uniao-e-estados-receptores-assinam-pre-acordo-para-operacao-comercial-do-projeto-de-integracao-do-rio-sao-francisco> . Acesso em 26 jan. 2022.

AMARAL FILHO, Jair do. Princípios do Federalismo: Contribuições Metodológicas para Sair do Labirinto Fiscalista. In: GUIMARÃES, Paulo; AGUIAR, Rodrigo; LASTRES, Helena; SILVA, Marcelo (orgs.). *Um Olhar Territorial para o Desenvolvimento: Nordeste*. Rio de Janeiro: BNDES, 2014, p. 304-327.

ARTICULAÇÃO SEMIÁRIDO BRASILEIRO - ASA. 2021. *Página inicial*. Disponível em <https://www.asabrasil.org.br/> . Acesso em 26 jan. 2022.

BACAL, Eduardo Braga; RODRIGUES, Ana Carolina de Souza. A Mediação em Conflitos Coletivos Envolvendo o Poder Público. In: PINHO, Humberto Dalla de; RODRIGUES, Roberto de Aragão (orgs.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018, p. 99-125.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38, n. 153, p.225-270, jan./mar., 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8, p.11-22, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.433, de 08 de Janeiro de 1997*. 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000*. 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas (atualmente Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Ministérios da Integração Nacional, de Minas e Energia, do Meio Ambiente e Ministério da Casa Civil. *Termo de compromisso firmado entre a União, por intermédio dos Ministérios da Integração Nacional, de Minas e Energia, do Meio Ambiente e da Casa Civil da Presidência da República, e os Estados do Ceará, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte, para a garantia da operação sustentável do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional - PISF*. Brasília, DF, 01 set. 2005. Disponível em https://arquivos.ana.gov.br/projetos/pisf/TermoDeCompromisso_01-09-2005.pdf . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 5.995 de 19 de Dezembro de 2006*. 2006. Institui o Sistema de Gestão do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5995.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Ato Regimental nº 5 de 27 de setembro de 2007*. 2007. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. Disponível em <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/24505#ementa> . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Cartilha*. 3ª Edição. Brasília, DF, 2012. Disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/manuais/cartilha_ccaf-indd.pdf . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. 2015a. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de Junho de 2015*. 2015b. Lei de Mediação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Termo de Pré-Acordo nº 001 / 2021 / CACAF / CGU / AGU-JRCP*. Brasília, DF, 2021a.

BRASIL. *Decreto nº 10.608 de 25 de Janeiro de 2021*. 2021b. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Procuradoria-Geral Federal, remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10608.htm . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. 2022a. *Projeto de Integração do Rio São Francisco: O Projeto*. Disponível em <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/projeto-sao-francisco/o-projeto> . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. 2022b. *Projeto de Integração do Rio São Francisco: Mudança em sua vida*. Disponível em <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/projeto-sao-francisco/mudanca-em-sua-vida> . Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União - AGU. *Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF*. 2022c. Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccaf>. Acesso em 26 jan. 2022.

BRITO, Franklyn Barbosa de. *Conflitos pelo acesso e uso da água: integração do Rio São Francisco com a Paraíba (eixo leste)*. 2013. 370 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Geografia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/77990/000898236.pdf?sequence=1&isAllowed=y> , acesso em 26 jan. 2022.

BUSSATO, Karoline. Considerações sobre a Lei de Mediação e a Administração Pública. In: PINHO, Humberto Dalla de; RODRIGUES, Roberto de Aragão (orgs.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018, p. 165-190.

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom. *Mediação na Administração Pública Brasileira: O Desenho Institucional e Procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Semiárido Brasileiro: o que é*. 2021a. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15974-semiarido-brasileiro.html?=&t=o-que-e> . Acesso em 02 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA*. 2021b. Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6732#resultado> . Acesso em 02 ago. 2021.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 18. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

MACEDO, Hypérides Pereira de. Uma Nova Agenda para o Semiárido do Nordeste. In: GUIMARÃES, Paulo; AGUIAR, Rodrigo; LASTRES, Helena; SILVA, Marcelo (orgs.). *Um Olhar Territorial para o Desenvolvimento: Nordeste*. Rio de Janeiro: BNDES, 2014, p. 388-418.

MACHADO, Máira Rocha. O Estudo de Caso na Pesquisa em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-390.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo e sua Contribuição para a Desjudicialização da Política Pública. In: PINHO, Humberto Dalla de; RODRIGUES, Roberto de Aragão (orgs.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018, p. 211-225.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2022. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6>. Acesso em 26 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS; FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. *Progress on drinking water, sanitation and hygiene: 2017 update and SDG baselines*. 2017. Disponível em <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/launch-version-report-jmp-water-sanitation-hygiene.pdf> . Acesso em 26 jan. 2022.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais. *Quaestio Iuris*, v. 08, n. 3, p. 2080-2114, Rio de Janeiro, 2015.

PERNAMBUCO; PARAÍBA; RIO GRANDE DO NORTE; CEARÁ. *Carta dos Governadores*. Brasília, DF, 15 fev. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; NUNES, Patrícia Elael. A Confidencialidade e suas Peculiaridades no Procedimento de Mediação Envolvendo a Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla de; RODRIGUES, Roberto de Aragão (orgs.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018, p. 13-24.

RAMOS, Carlos Henrique. O Novo CPC, Mediação e a Administração Pública. In: PINHO, Humberto Dalla de; RODRIGUES, Roberto de Aragão (orgs.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018, p. 51-89.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem Políticas Públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Como citar este artigo:

RAMOS, Caio Cavalcanti; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e direito à água: Um estudo da mediação intergovernamental no projeto de integração do São Francisco. *Revista Culturas Jurídicas*, Ahead of Print, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/>.