

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA

GRANZIERA

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO

CBHSF

ESTUDO DE ALTERNATIVAS PARA O MODELO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO

RELATÓRIO 4

AVALIAÇÃO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DAS ALTERNATIVAS

MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA

Versão de 06. 06. 2007

AVALIAÇÃO DAS ALTERNATIVAS DE MODELO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO

1. INTRODUÇÃO

A partir da descrição das alternativas de modelo jurídico para a Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, efetuada no Relatório 3, o presente estudo tem por objeto estabelecer um juízo de valor sobre cada alternativa já descrita, apontando as vantagens e fragilidades das mesmas, especificamente para o caso estudado – Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, com vistas a apoiar tecnicamente as negociações e deliberações no âmbito do seu Comitê, no que diz respeito à escolha do modelo jurídico-institucional da Agência.

Esse juízo de valor observará os seguintes critérios:

1. **Viabilidade jurídica:** há que buscar um modelo jurídico cujas regras de funcionamento sejam compatíveis com as características da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, que congrega a União, seis Estados e o Distrito Federal – Administrações públicas distintas, no que se toca ao domínio das águas.

A natureza da entidade deve propiciar o uso de mecanismos claros de negociação (no momento da criação) e articulação (no seu funcionamento) entre os atores públicos e privados envolvidos.

Além disso, a entidade deve ser estruturada de modo a assegurar que o resultado das articulações possa ser implementado efetivamente, com possibilidades de ajuste às diferenças que se encontram no território.

2. **Viabilidade político-institucional:** a partir do que foi aferido nas diversas reuniões e entrevistas com membros do Comitê e da

equipe da Agência Nacional de Água - ANA, serão indicadas as facilidades e dificuldades a enfrentar, para cada alternativa de modelo.

Antes, porém, de analisar cada alternativa, será efetuada uma breve consideração acerca do papel da Agência diante do comitê e dos órgãos gestores, e também sobre a sustentabilidade financeira da Agência, questões que, desde o início dos trabalhos, vêm chamando a atenção. Segundo o Estudo da Cobrança na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco os valores a serem arrecadados nos corpos hídricos da União não conferem a necessária sustentabilidade. Mais especificamente, a sustentabilidade da Agência seria obtida contando-se com os recursos da cobrança em outros estados com território na bacia.

Uma terceira abordagem deste Relatório consiste nas alternativas de desenho institucional da Agência, considerando que a “Agência única” seria o modelo ideal. Todavia, é preciso considerar outras possibilidades, indicando, da mesma forma que nos modelos jurídicos, as vantagens e desvantagens dos desenhos a serem apresentados.

Finalmente, serão traçadas as conclusões finais do Estudo de Alternativas para o Modelo Jurídico-Institucional da Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, com as recomendações julgadas pertinentes. Independentemente das alternativas propostas ao final deste Relatório, há que considerar que não existem milagres. Pode-se apontar o modelo que melhor propiciará a gestão dos recursos hídricos. Mas, para que se obtenha êxito na criação e na implantação da entidade, os esforços políticos devem ser muito intensos. Não haverá sucesso sem o entendimento de todos de que a unidade de gestão a ser considerada, por força de lei, é a bacia hidrográfica e não os Estados que a compõem.

Esse é o desafio que se coloca para o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, nas decisões e encaminhamentos a serem dados a partir das escolhas sobre sua Agência.

2. O PAPEL DA AGÊNCIA. CAMPO DE ATUAÇÃO.

Os modelos institucionais de Agência de Água e Entidade Delegatária constituem figuras novas no direito brasileiro. Embora a Lei nº 9.433/97 tenha sido editada há mais de dez anos e o processo de sua implementação seja intenso e dinâmico, tanto a cobrança pelo uso de recursos hídricos como a instituição das Agências encontram-se em fase embrionária. Independentemente das competências previstas na legislação, cabe tecer algumas considerações acerca do papel da Agência.

Trata-se de uma entidade com personalidade jurídica própria, com duas funções precípuas: 1. técnica, para fornecer os subsídios de ordem técnica necessários a orientar os membros do(s) Comitê(s) de Bacia Hidrográfica em suas decisões – lembre-se que as deliberações do comitê constituem o acordo político sobre temas técnicos: plano de bacia hidrográfica, enquadramento, critérios e valor da cobrança pelo uso de recursos hídricos, plano de aplicação dos valores da cobrança, definição de usos de pouca expressão etc.; 2. e de cunho administrativo, para propiciar o funcionamento do comitê. É a função de secretaria executiva.

2.1. RELAÇÃO ENTRE COMITÊ E AGÊNCIA

Conceitualmente, a Agência é o braço técnico do Comitê. Muitas vezes, a Agência formula um determinado estudo para fornecer o necessário embasamento técnico às decisões do Comitê. Em outros momentos, a Agência atua como Secretaria Executiva do Comitê. E em outros momentos, suas atribuições são relativas apenas à gestão de recursos hídricos. Todavia, as atribuições não se confundem.

Para uma visão mais esclarecedora desse tema, cabe detalhar as atribuições da Agência e do Comitê, indicando algumas intersecções dessas atividades, em que parte delas cabe à Agência e parte ao Comitê, de modo sempre complementar e nunca conflitante. Nessa linha, são **atribuições** de cunho **político-administrativo** do Comitê:

1. Debater questões relacionadas a recursos hídricos;
2. Arbitrar conflitos entre usos e usuários;
3. Articular a gestão de todos os agentes;
4. Integrar a gestão com os comitês estaduais.

No que se refere às **atribuições técnicas** do **Comitê**, cabe salientar que as mesmas devem ser embasadas em estudos preliminares, a serem formulados pela Agência. São elas:

1. Aprovar o Plano de Recursos Hídricos, elaborado pela Agência;
2. Propor usos não-outorgáveis, com base em estudos elaborados pela Agência;
3. Definir as prioridades de usos;
4. Propor áreas sujeitas a restrição de uso;
5. Acompanhar a execução do Plano pela Agência;
6. Definir metas quanto aos recursos hídricos (racionalização, qualidade e quantidade), com base em estudos elaborados pela Agência;
7. Indicar a alternativa de enquadramento, de acordo com estudos elaborados pela Agência;
8. Aprovar o Plano de Aplicação dos Recursos arrecadados com a cobrança, de acordo com estudos elaborados pela Agência;
9. Aprovar a cobrança (valores e mecanismos), conforme estudos elaborados pela Agência.

Por seu turno, no que se refere ao **gerenciamento técnico**, cabe à **Agência**:

1. Elaborar e executar o Plano de Recursos Hídricos, a ser aprovado e ter sua execução acompanhada pelo Comitê;
2. Manter o balanço hídrico atualizado;
3. Manter o cadastro de usuários;
4. Promover estudos sobre a gestão dos recursos hídricos;
5. Elaborar os estudos sobre o enquadramento dos corpos, para embasar as deliberações do Comitê sobre o enquadramento dos corpos hídricos da bacia hidrográfica;
6. Analisar e emitir pareceres técnicos sobre investimentos;
7. Propor o Plano de Aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos, para embasar as deliberações do Comitê sobre esse tema;
8. Elaborar estudos sobre a cobrança, como subsídio às decisões do Comitê sobre a matéria.

Compete ainda à Agência, nas funções de **secretaria executiva** do Comitê de Bacia Hidrográfica:

1. Apoiar o Comitê quanto ao cumprimento do Regimento Interno;
2. Organizar internamente o Comitê;
3. Operacionalizar ações para as reuniões.

Além disso, em relação ao modelo institucional de entidades Delegatárias, o Comitê possui **atribuições de interveniente e controlador no contrato de gestão**, no que se refere a:

1. Indicar a entidade de celebrará o Contrato de Gestão com a Agência Nacional de Águas – ANA (e outros contratantes estaduais, caso houver);
2. Aprovar o Contrato de Gestão;

3. Avaliar o cumprimento das metas do Contrato de Gestão;
4. Aprovar a proposta orçamentária anual.

A Entidade Delegatária submete-se ao conteúdo do contrato de gestão, sob pena de não haver renovação do mesmo, cabendo, nesse caso, a busca de outra entidade a ser aprovada pelo Comitê, para receber delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Essa relação contratual por si só já define e delimita o universo de atividades da Agência, ficando claro que se trata de um órgão técnico, cabendo ao comitê a articulação política, ainda que sobre temas de cunho técnico.

É de se ressaltar que, mesmo nessas questões, de natureza técnica, encaminhadas pela Agência ao Comitê, para deliberação, é este que tem o poder de decidir. É a decisão política sobre questões técnicas. Todavia, sem a atuação da Agência, não haveria a informação suficiente para que os membros do comitê se pronunciem. Daí a importância de uma Agência na bacia hidrográfica.

No modelo das Agências de Água, não se evoluiu nas normas que regem a relação Comitê - Agência, cabendo à lei de criação da entidade, se for essa a alternativa a ser adotada, fixar os moldes dessa relação institucional, lembrando que a possibilidade de um contrato de gestão não é descartada. Apenas há que compatibilizar esse instrumento com uma instituição pública, criada especialmente para esse fim. Dessa forma, haveria que buscar outros critérios de gestão do contrato, uma vez que não caberia a renovação do mesmo, pois o entendimento, nesse caso, é que a Agência seria a entidade criada para a finalidade específica.

No modelo das Entidades Delegatárias, essa relação é mais clara na medida em que a Lei nº 10.881/04 estabelece as cláusulas e condições do contrato de gestão. Cabe lembrar que o Comitê, embora não seja parte no contrato, é interveniente no mesmo, inclusive no que se refere à escolha da Entidade Delegatária que celebrará o contrato com o órgão gestor, no caso a

Agência Nacional de Águas – ANA e de outros fatores relativos ao contrato de gestão. Aliás, esse é a essência da descentralização: um órgão colegiado, de bacia hidrográfica, pode definir critérios e condições de arrecadação, repasse e aplicação de recursos públicos.

Além das observações acima efetuadas, cabe ponderar que, além das normas legais em vigor, o Estatuto da Agência pode estabelecer com mais detalhes as relações entre a Agência e o Comitê. Dessa forma, mantendo-se o entendimento de que é o Comitê quem pautará a atuação da Agência, esse relacionamento há que ser negociado e estabelecido no Estatuto do modelo jurídico a ser adotado para a Agência do São Francisco.

É nos atos constitutivos da entidade que poderá ficar estabelecida, por exemplo, a competência do Comitê para participar do processo de indicação da Diretoria e para aprovar o planejamento da Agência e a sua execução.

Cabe ainda mencionar, como atribuição da Agência, **o gerenciamento administrativo e financeiro**, sob a competência da **Agência**, conforme segue:

1. Acompanhar a administração dos recursos da cobrança;
2. Administrar os recursos financeiros recebidos;
3. Celebrar contratos e convênios;
4. Elaborar o relatório de gestão e a prestação de contas;
5. Elaborar a proposta orçamentária anual;
6. Gerir pessoal e compras.

2.2. AGÊNCIA E ÓRGÃOS GESTORES

No que se refere às competências de caráter técnico, há que estabelecer uma divisão conceitual em relação aos órgãos gestores de recursos hídricos - federal e estaduais.

Aos órgãos gestores compete o exercício do poder de polícia, conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional como “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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Em matéria de recursos hídricos, esse poder de polícia refere-se à regulamentação da lei, à outorga do direito de uso de recursos hídricos, à fiscalização e à aplicação de penalidades. Trata-se de função exclusiva do Poder Público, que somente pode ser delegada a outro ente público, mediante lei, ou por convênio, desde que essa prática seja autorizada por lei. O poder de polícia não pode ser exercido nem delegado a pessoa jurídica de direito privado.

Aqui, duas conclusões:

1. se a Agência for Entidade Delegatária, não poderá exercer o poder de polícia. É o que ocorre com a AGEVAP, na bacia do Paraíba do Sul e com o Consórcio PCJ, nas bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí. Nesses casos, a Agência Nacional de Águas, o Instituto Mineiro de Gestão de Águas – IGAM, o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE (SP) e a Fundação Superintendência Estadual de Rios e Lagoas – SERLA (RJ), cada qual em sua jurisdição, são os órgãos competentes para o exercício da polícia das águas;

2. se for adotado o modelo da Agência de Água, entidade com a natureza jurídica de direito público, não há óbice legal para que a mesma assuma funções pertinentes ao exercício do poder de polícia desde que devidamente previsto na lei de criação da entidade.

Na segunda hipótese, ocorre que atribuir tais funções à Agência abriria uma possibilidade de conflito de competências (conflito positivo) entre os órgãos e

entidades de gestão e controle, hoje estruturados e em funcionamento, com corpo técnico e administrativo funcionando em cada Estado. A possibilidade de conflito de competência com os órgãos gestores, sobretudo os estaduais é negativa, pois é fundamental que esses órgãos e entidades, e também a Agência Nacional de Águas – ANA, apoiem as negociações para a criação da Agência.

Sob o aspecto técnico, cabe ainda enfatizar que a Agência pode e deve exercer um papel estratégico de articulação técnica entre todos os órgãos gestores – federal e estaduais de recursos hídricos, e com Ministérios que exercem competências na bacia hidrográfica, como por exemplo, os Ministérios de Integração Nacional e da Agricultura, e ainda com entidades que atuam no território, como as Centrais Elétricas do São Francisco – CHESF, a Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG, o Departamento de Obras de Combate à Seca - DNOCS - e a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF. Essas entidades estão envolvidas na gestão desse território, cada qual no cumprimento de suas finalidades legais e estatutárias, ficando evidente uma lacuna institucional, de caráter técnico.

A Agência, nessa linha de raciocínio, deve ser capaz de proceder à articulação técnica entre esses vários atores, sobretudo no que toca à implementação do Plano de Recursos Hídricos da Bacia com as políticas setoriais e com os planos das bacias afluentes. A idéia é que essa entidade enxergue a bacia hidrográfica por inteiro, buscando assegurar um equilíbrio técnico - institucional.

3. SUSTENTABILIDADE DA AGÊNCIA

Tanto a Lei federal como as normas estaduais condicionam a implantação da Agência à sua sustentabilidade financeira – implantação e custeio administrativo, assegurada basicamente pelo produto da cobrança pelo uso de recursos hídricos. Se por um lado é óbvio que uma entidade, para existir no campo jurídico, deve ter assegurada a sua sustentabilidade, cabe indagar, no caso

específico da Agência do São Francisco, se essa sustentabilidade deve ser garantida tão somente com os recursos da cobrança.

À Agência, por disposição legal, cabe uma série de atribuições de cunho técnico, como já foi visto. Para fazer frente às mesmas, é necessária uma estrutura administrativa compatível, assim como um corpo técnico preparado, treinado e apto para cumprir as funções. Cabe, para tanto, a aplicação de recursos financeiros na entidade, na proporção das necessidades impostas pelas atribuições legais.

De acordo com os estudos sobre a cobrança na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, a sustentabilidade da Agência no São Francisco, se considerados apenas os valores da cobrança, depende da arrecadação nos corpos hídricos de domínio da União e de outros estados. Só assim haveria arrecadação compatível com a necessidade de financiamento da Agência.

Considerando a letra da lei, se não houver acordo sobre uma única Agência, que administre recursos arrecadados em função dos corpos de água de domínio dos Estados, sobretudo Minas Gerais, seria possível prescindir de uma Agência? Considerando que em Minas Gerais foi autorizado pelo Conselho Estadual que a Associação Peixe Vivo, indicada pelo Comitê do rio das Velhas, pudesse exercer funções de Agência para este Comitê e celebrar Contrato de Gestão com o IGAM, não há segurança de que os recursos arrecadados nessa bacia afluente sejam destinados a uma Agência a ser instituída para toda a Bacia. Isso significa que a falta de sustentabilidade da Agência propiciada unicamente pela cobrança implicaria sua não criação ou a adoção necessária da Associação Peixe Vivo como Agência de toda a Bacia, somente em função dos recursos da cobrança?

Parece que não. O papel da Agência, na Bacia do São Francisco, vai muito além dos valores auferidos pela cobrança. A bacia hidrográfica em tela, por sua extensão, diversidade, e complexidade necessita de uma Agência, para

compor juntamente com o Comitê, um aparato institucional de gestão eficiente dos recursos hídricos poderia vislumbrar outras fontes de financiamento.

A destinação de um percentual da compensação financeira pelo uso de recursos hídricos para geração de energia elétrica (proposta em discussão no estudo elaborado pela ANA para subsidiar a implantação da cobrança pelo uso dos recursos hídricos na bacia) é uma possibilidade concreta. Essa destinação, no entanto, depende de vontade política e de acordo entre União, Estados e Distrito Federal, pois há necessidade de previsão desse aporte ao sistema pelas leis estaduais que tratam, sobretudo, dos fundos de recursos hídricos existentes. O que não deixa de ser um balão de ensaio para as negociações acerca da gestão da bacia e a criação da Agência.

4. DESENHO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA

Conceitualmente, e partindo das experiências em curso - modelos adotados no Paraíba do Sul e no Piracicaba, Capivari e Jundiaí, o ponto de partida deste estudo seria a instituição de uma entidade única para toda a bacia hidrográfica, composta por corpos hídricos de domínio da União, e dos Estados de Alagoas, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe e do Distrito Federal.

Esse seria um “modelo ideal” sob o aspecto da gestão, pois estaria garantida a sustentabilidade financeira e institucional da Agência, condição essencial para a sua implantação, de acordo com o direito em vigor¹. Evidentemente, o modelo deveria ser compatível com as respectivas normas legais, assegurando-se também a necessária segurança jurídica.

Todavia, a partir das primeiras reuniões realizadas no âmbito do Comitê do São Francisco, nota-se que a figura de uma Agência Única não é uma

¹ A Lei nº 9.433/97 condiciona a instalação da Agência de Água à existência de viabilidade financeira, assegurada pela cobrança do uso dos recursos hídricos em sua área de atuação (art. 43, II).

unanimidade. As próprias dimensões da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, e suas diversidades econômica, cultural, geográfica e ambiental, ensejam que se busquem alternativas que respondam ao desafio de implantar uma entidade que efetivamente atue na gestão eficiente da Bacia Hidrográfica.

Única ou não, a(s) entidade(s) deverá(ão) integrar, preferencialmente, todos os aspectos técnicos relativos à Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco ou do(s) afluente(s) de sua área de atuação. No caso de haver mais de uma Agência, há que se pensar na forma de articulação a ser realizada entre as mesmas, sobretudo quanto aos aspectos técnicos da gestão, além da sustentabilidade financeira, viabilizada pela cobrança pelo uso de recursos hídricos.

A gestão financeira, independentemente do número de Agências criadas, deverá ocorrer em contas separadas da União e de cada um dos Estados (Alagoas, Bahia, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe, e do Distrito Federal). Na medida em que os recursos da cobrança, enquadrados na categoria de preço público pelo uso de bens de domínio público, devem ser geridos e aplicados de acordo com o titular do domínio dos mesmos.

5. ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS

5.1. AGÊNCIA DE ÁGUA

Os modelos jurídicos considerados no estudo são: 1. a autarquia; 2. a fundação pública e 3. o consórcio público de direito público.

Ao contrário das Entidades Delegatárias, cujo regime jurídico está fixado na Lei nº 10.881/04, e que não necessitam de lei de criação, com exceção do consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, as Agências de Água são criadas por leis específicas, que trarão, em seu conteúdo, o regime jurídico da entidade.

O princípio da legalidade rege as entidades da Administração Pública, na forma do art. 37 da Constituição Federal. Desde que não fira as Constituições Federal e Estaduais, a lei de criação de uma entidade Agência de Água embasa o seu funcionamento. Ainda que fira as normas hierarquicamente superiores, é necessário que essa transgressão seja declarada pelo Poder Judiciário, e encaminhada aos Legislativos, para que cesse sua eficácia.

Dessa forma, a lei que criar uma Agência pode estabelecer várias competências, sem ferir as normas em vigor. Todavia, há outros parâmetros a considerar, além da legalidade: trata-se da possibilidade de geração de conflito de competência com os órgãos gestores estaduais e outras entidades que já atuam na bacia hidrográfica. Como exemplos, podem-se citar as atividades relativas ao monitoramento de recursos hídricos e a construção do cadastro de usuários.

Tendo em vista que é condição *sine qua non* para a criação da Agência a negociação, esses temas devem ser claramente definidos, entre a União e os Estados e Distrito Federal, de modo que incertezas no tocante às competências dos órgãos gestores e demais entidades públicas não venham a travar as negociações.

5.1.1. AUTARQUIA

5.1.1.1. VANTAGENS

Além do fato de que uma entidade nova, criada para um propósito específico, é isenta de qualquer passivo na bacia, não se verificam outras vantagens no modelo da autarquia tradicional, considerando as características da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, na qual se situam sete unidades da Federação (6 Estados e o Distrito Federal), detentoras do domínio de seus corpos d'água, além da União, a quem pertencem os corpos hídricos localizados de acordo com o art. 20, II, da Constituição Federal.

6.1.1.2. FRAGILIDADES

No campo das fragilidades, a questão a colocar, no que toca às autarquias, refere-se ao fato de que essa entidade é criada e vincula-se a um único ente federativo: União ou Estados ou Distrito Federal², por intermédio de um órgão público – Ministério ou Secretaria de Estado.

Para uma autarquia federal ou de um Estado constituir-se como Agência de Água, no que se refere aos recursos hídricos de outro Estado, necessariamente, deverá esse ente editar uma lei reconhecendo a competência da entidade e autorizando o Poder Público a celebrar convênio com a mesma. Releva salientar que não há normas gerais estabelecendo regras para essa possibilidade, o que dificulta uma tentativa nesse sentido, o que não deixa de constituir um fator de insegurança do modelo jurídico para o caso em estudo. Não é prevista a participação da sociedade civil organizada nas autarquias tradicionais.

Trata-se de alternativa de difícil sustentação, na medida em que, na categoria das Agências de Água, o consórcio público, regido pelo direito público, nos termos da Lei nº 11.107/05, de natureza autárquica, possui normas claras que regem seu funcionamento, estabelecendo como deve ser o relacionamento entre os consorciados – direitos e obrigações – e a participação da sociedade civil, entre outras condições. Dessa forma, entende-se que ficaria prejudicada a adoção da autarquia tradicional como entidade passível de ser constituída para a Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco.

5.1.2. FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

5.1.2.1. VANTAGENS

Além do fato de uma entidade nova, criada para um propósito específico, ser isenta de qualquer passivo na bacia, da mesma forma que nas autarquias tradicionais, não se verificam vantagens no modelo da fundação pública, considerando as características da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, na qual se situam seis unidades da Federação e o distrito Federal,

² Em face do objeto deste estudo, ficam excluídas as entidades municipais, que não detêm domínio das águas.

detentoras do domínio de seus corpos d'água, além da União, a quem pertencem os corpos hídricos localizados de acordo com o art. 20, II, da Constituição Federal.

5.1.2.2. FRAGILIDADES

No campo das fragilidades, a questão a colocar, no que toca às fundações públicas, refere-se ao fato de que essa entidade é criada e vincula-se a um único ente federativo: União ou um Estado, por intermédio de um órgão público – Ministério ou Secretaria de Estado, com competências correlatas.

Para uma fundação pública criada pela União, ou por determinado Estado, tornar-se Agência de Água da Bacia Hidrográfica, necessariamente, deverá cada um dos demais Estados, além daquele que a tiver instituído, editar uma lei reconhecendo a sua competência e autorizando o Poder Público estadual a celebrar convênio com a mesma. Releva salientar que não há normas gerais estabelecendo regras para essa possibilidade, o que dificulta qualquer tentativa nesse sentido. Além disso, não há previsão da participação da sociedade civil nas fundações públicas.

Trata-se de alternativa de difícil sustentação, na medida em que, na categoria das Agências de Água, o consórcio público, regido pelo direito público, nos termos da Lei nº 11.107/05, de natureza autárquica, possui normas claras que regem seu funcionamento, estabelecendo como deve ser o relacionamento entre os consorciados – direitos e obrigações – e a participação da sociedade civil, entre outras condições. Dessa forma, entende-se que ficaria prejudicada a adoção da fundação pública como entidade passível de ser constituída para a Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco.

5.1.3. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PÚBLICO

5.1.3.1. VANTAGENS

Ao contrário da autarquia tradicional e da fundação pública, o consórcio público, com personalidade jurídica de direito público é, por disposição legal, ente

da Administração Indireta de todos os consociados. Essa condição oferece uma possibilidade de equilíbrio institucional para a Agência, que será maior na medida em que mais entes políticos aderirem à entidade. A própria lei dos consórcios públicos prevê, ainda, a possibilidade de uma adesão paulatina à entidade ao longo do tempo, pelos diversos entes da Federação. Isso permite que os acordos já estabelecidos se formalizem e que as negociações em curso desenvolvam seu processo, sem emperrar as soluções já encontradas.

O consórcio público é formado, unicamente, por entes políticos federados (União, estados e municípios). Todavia, a negociação, entre os consorciados, nos termos do estatuto da Agência, poderá estabelecer a participação da sociedade civil em instâncias orgânicas do mesmo, assim como podem ser estabelecidos direitos aos Comitês sobre a Agência.

A possibilidade de todos os Estados e o Distrito Federal, juntamente com a União participarem de um mesmo ente, em igualdade de condições, pode propiciar uma gestão administrativa e financeira mais efetiva e democrática.

Para uma bacia hidrográfica do porte da do Rio São Francisco, uma entidade de direito público que seja vinculado a todos os entes políticos consorciados, confere mais consistência ao processo, inclusive na questão relativa aos repasses de recursos públicos à Agência, tendo em vista que a sustentabilidade financeira não necessariamente será resolvida apenas com os recursos da cobrança de cada um dos entes, isoladamente.

Por meio do contrato de rateio, instrumento de gestão financeira do consórcio, a entidade pode receber recursos dos consorciados, de forma ordenada e rígida, para efetivamente realizar a gestão na bacia hidrográfica.

Sendo ente de direito público, o consórcio público regido pelo direito público pode receber delegação por lei da União, Estados e DF para executar todas as tarefas relativas à gestão de recursos hídricos, inclusive o exercício do

poder de polícia, desde que previsto no contrato de consórcio e homologado por legislação específica de cada ente. Todavia, ainda que repetindo o que já foi mencionado neste relatório, há duas questões a considerar: 1. o campo de atuação da Agência, independentemente de sua natureza jurídica, deve ser equivalente ao da sua sustentabilidade financeira e 2. recomenda-se evitar conflito de competência com os órgãos gestores (reguladores). Lembre-se de que o consórcio público é ente da Administração Indireta de cada consorciado, que definirá o âmbito de atuação da entidade, nos limites de seu território.

Uma entidade nova, criada para um propósito específico, é isenta de qualquer passivo na bacia, seja a que título for.

O sistema de celebração de protocolo de intenções, que depende de ratificação por lei para que o contrato vigore, e as regras rígidas sobre os repasses de recursos exigem um comprometimento muito forte dos governos.

5.1.3.2. FRAGILIDADES

O fato de o consórcio público ser constituído unicamente pelos entes políticos – União e Estados – pode ensejar dúvidas quanto à efetividade da participação da sociedade civil na própria entidade, basicamente no que se refere ao entendimento da Agência como braço técnico do Comitê.

Pelo fato do consórcio público de direito público ter o potencial de assumir várias competências na bacia, poderá ensejar conflitos com entidades que tradicionalmente atuam no território, como CODEVASF, DNOCS e os próprios órgãos gestores estaduais. A solução dessa questão passa pela negociação, entre os consorciados, na fase da formulação do protocolo de intenções, com vistas a definir o campo de atuação da Agência, evitando conflitos.

O sistema de celebração de protocolo de intenções, que depende de ratificação por lei para que o contrato vigore e as regras rígidas sobre os repasses

de recursos exigem um comprometimento muito forte dos governos e pode ser de difícil pactuação.

5.1.4. COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DO VALE DO SÃO FRANCISCO - CODEVASF

5.1.4.1. VANTAGENS

O modelo CODEVASF já está pronto, tendo em vista que a entidade já atua na bacia há décadas, possuindo vasto conhecimento técnico de todo o território.

5.1.4.2. FRAGILIDADES

Como entidade pública, a CODEVASF vincula-se a um único ente político, no caso, a União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional. Para atuar em nome dos Estados e do Distrito Federal, caberia a celebração de convênios, o que já é previsto na legislação especial da entidade. Cada Estado, todavia, deve ser autorizado por lei para celebrar tais convênios.

A atuação da CODEVASF na Bacia do São Francisco não se dirige à gestão integrada, sendo muito mais uma agência de fomento à agricultura. Cabe a alteração das leis de sua criação e de sua estrutura organizacional, para que a mesma possa assumir o papel de Agência de Água.

5.2. ENTIDADES DELEGATÁRIAS

As entidades analisadas são: 1. fundação de direito privado; 2. consórcio público com personalidade jurídica de direito privado e a associação civil sem fins lucrativos, constituída na forma de consórcios intermunicipais, associação de usuários, organização de ensino e pesquisa, e organização não governamental – ONG, sempre com fins relacionados com recursos hídricos.

5.2.1. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

5.2.1.1. VANTAGENS

A fundação de direito privado pode assumir o papel de Entidade Delegatária consoante com a legislação federal.

5.2.1.2 FRAGILIDADES

Apenas a União prevê o modelo da fundação de direito privado em suas normas, como entidade passível de constituir uma Entidade Delegatária. Nenhum Estado possui essa previsão.

5.2.2. CONSÓRCIO PÚBLICO DE DIREITO PRIVADO

5.2. 2.1. VANTAGENS

O consórcio público com natureza jurídica de direito privado assemelha-se a uma associação civil.

5.2.2.2. FRAGILIDADES

O esforço político de instituir um consórcio público com natureza semelhante à de uma associação civil parece ser desnecessário. Nesse caso, mais interessante é adotar o modelo das associações civis.

5.2.3. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS

5.2.3.1. VANTAGENS DO MODELO

Com estrutura flexível, o modelo está pronto para a União e para Minas Gerais. Neste último caso, apenas para associações de usuários e intermunicipais que atendam à especificidades definidas por Deliberação Normativa do Conselho Estadual de Minas Gerais.

5.2.3.2. FRAGILIDADES DO MODELO

Somente as leis da União e do Estado de Minas Gerais estão aptas a implementar esse modelo da associação civil sem fins lucrativos. Os demais

Estados e o Distrito Federal devem alterar suas leis e definir a forma de relacionamento dos estados com estas entidades.

6. ENTREVISTAS REALIZADAS

Tendo em vista a definição no Plano de Trabalho, de uma agenda de entrevistas no âmbito do Comitê do São Francisco, foram entrevistados os membros da Diretoria (reunião de trabalho), a Secretaria Executiva (reuniões de trabalho) e outros membros do Comitê (Reuniões Plenárias de dez/06 e abr/07), assim como a Diretoria e a equipe técnica da Agência Nacional de Águas – ANA (reuniões de trabalho)³.

Nessas ocasiões, foi apresentado o escopo e o andamento do Estudo de Alternativas para o modelo jurídico-institucional da Agência da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, colocando-se em discussão questões relativas à importância do rio em cada trecho, ao papel da Agência, tendo os participantes se manifestado quanto a temas correlatos à criação da Agência.

De todas as reuniões realizadas, nos vários encontros ocorridos, algumas conclusões podem ser tiradas:

1. há uma clareza apenas parcial quanto à figura da Agência;
2. a necessidade de existir uma Agência para a bacia hidrográfica é uma unanimidade, embora se reconheça a dificuldade na implantação da mesma;
3. é necessário que as atividades da Agência sejam pautadas pelo Comitê;
4. a Agência deverá ser uma entidade eminentemente técnica;

³ Foram realizadas também entrevistas com membros do Alto São Francisco e Baixo São Francisco. Até a finalização do presente trabalho, serão feitas visitas ao Médio e ao Sub-Médio.

5. os interesses regionais e setoriais não estão claramente explicitados;
6. não há modelo pronto para a Agência.

7. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

De todas as considerações efetuadas, concluo que são duas as alternativas que possibilitam, de forma mais consistente, o alcance das finalidades desejadas para a Agência do São Francisco, conforme explicitado no item 5: 1. consórcio público com personalidade jurídica de direito público, no modelo de Agência de Água ou 2. associação civil, no modelo de Entidade Delegatária.

O consórcio público com personalidade de direito público implica, como já foi dito, um comprometimento político por parte dos Estados envolvidos, assim como da União, de acordo com o desenho institucional da Agência. Cabe lembrar que o protocolo de intenções, instrumento de acordo político entre os consorciados, só tem validade se ratificado por lei específica de cada ente federado.

Já a Entidade Delegatária, como já foi mencionado, não necessita de criação por lei. Todavia, na medida em que há repasse de recursos financeiros do ente federado a uma pessoa jurídica de direito privado, é necessária a edição de uma norma autorizando essa transferência e as respectivas condições.

Assim, não basta que o art. 51 da Lei nº 9433/97, alterado pela Lei nº 10.881/04, estabeleça que “o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos poderão delegar a organizações sem fins lucrativos relacionadas no art. 47 [...], por prazo determinado, o exercício de funções de competência das Agências de Água, enquanto esses organismos não estiverem constituídos.” Nesse dispositivo, a lei em tela fixou um modelo, cabendo a cada Estado regulamentar essa sistemática.

Por outro lado, há que ficar claro que, em nenhum caso, o acordo deve ser obrigatoriamente concomitante. Tanto no caso dos consórcios públicos, como no exemplo das associações civis, as adesões podem ser paulatinas, consubstanciando-se na medida em que ocorrerem acordos. Aliás, o objeto deste estudo, ou seja, a definição da figura jurídica e modelo institucional da Agência, assim como o seu desenho e atribuições, consistem em um intenso processo de negociação e gestão de bacia hidrográfica. O acordo possível, nessa tarefa, já indicará as possibilidades de real criação e implementação da entidade.

Dessa forma, fica claro que qualquer modelo institucional implica a necessidade de negociação entre os atores da bacia. Não é de se descartar, como medida temporária, a hipótese de, em um primeiro momento, a Agência Nacional de Águas – ANA - e uma entidade indicada pelo Comitê assinem um Contrato de Gestão. Basta que o Conselho Nacional de Recursos Hídricos delegue competências de Agência de Água, salvo efetuar a cobrança, viabilizando, assim, o início de sua atividade de a transferência dos recursos arrecadados pela cobrança pelo uso dos rios de domínio da União. Há de haver, porém, a necessária sustentabilidade desta “Agência” e a implantação da cobrança, assim como o atendimento aos demais condicionantes da Resolução CNRH n° 48.

O processo de escolha dessa Entidade Delegatária poderá ser efetuado mediante um chamamento público, indicando-se critérios objetivos de escolha, e cabendo ao Comitê a indicação da entidade, com base nesses critérios. Nesse processo, as entidades civis – compreendidas aí as associações de usuários, as organizações de ensino e pesquisa, as associações profissionais e as ONG's, desde que possuam finalidades estatutárias relativas aos recursos hídricos na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, poderiam apresentar-se.

A partir daí, pode-se iniciar um processo de negociação, em que os Estados poderiam adotar esse modelo, preparando-se para uma negociação maior, que seria a instituição de um consórcio público de natureza pública.

Essa Entidade Delegatária poderia conter, em seus Estatutos, inclusive, atividades de auxílio ao Comitê do São Francisco na formatação de uma futura Agência de Bacia, no formato de consórcio público, se o cenário político e institucional na Bacia assim indicar.