

A Alocação Negociada de Água como Estratégia de Regulação Responsiva

The Negotiated Allocation of Water as Responsive Regulation Strategy

Submitted: 27/12/2016

Revised: 13/01/2017

Accepted: 18/03/2017

Paulo Celso Maistro Spolidorio*

Resumo

Proposta – O objetivo do presente artigo é discutir a alocação negociada de água como uma alternativa de regulação responsiva à clássica abordagem do comando e controle, seja por meio da formação de um *networking* a partir dos usuários diretamente envolvidos nas negociações acerca do uso dos recursos hídricos, seja por um processo de atuação mais proporcional e responsivo do Estado Regulador, de forma que a regulação da água se dê de forma mais democrática e participativa.

Metodologia/abordagem/design – Utilizou-se a Teoria da Regulação Responsiva aplicada aos processos de alocação negociada de água dentro de uma nova perspectiva de regulação setorial. A partir de uma maior participação dos usuários diretamente interessados no uso do recurso e outros atores do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGREH, tais como o Comitê de Bacia Hidrográfica e os Conselhos Estaduais e Federal de Recursos Hídricos, procurou-se demonstrar, por meio da proposição de uma pirâmide regulatória específica, como esta nova visão pode ser aplicada na gestão e controle do uso da água.

Resultados – Os processos de alocação negociada da água podem trazer uma perspectiva diferenciada na regulação dos recursos hídricos, notadamente em regiões que sofrem com a escassez hídrica, nas quais existe grande disputa e conflito pelo uso da água, como no caso do semiárido nordestino. Os processos de alocação negociada inserem-se adequadamente numa lógica de regulação responsiva, na medida em que defende uma intervenção estatal mais branda, pois contam com outros processos regulatórios, tais como a autorregulação.

Originalidade/relevância do texto – O presente artigo aborda, pela primeira vez, a regulação responsiva aplicada aos processos de gestão (e regulação) dos recursos hídricos no Brasil, como uma alternativa clássica ao intervencionismo estatal e ao comando e controle clássico.

Palavras-chave: alocação negociada de água, Política Nacional dos Recursos Hídricos, regulação responsiva, participação social.

Abstract

Purpose – *To discuss the negotiated allocation of water as appropriate for a responsive regulation, instead of the usual command-and-control, approach, either through users'*

*Especialista em Recursos Hídricos na Agência Nacional de Águas – ANA. Especialista em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2014). Graduado em Direito (2014), e Bioquímica pela Universidade de São Paulo – USP (2004). E-mail: spolidorio@yahoo.com.br.

networks, or through a keen Regulatory State process responsive to the regulatees' behavior.

Methodology/approach/design – *The theory of responsive regulation was used to test the Brazilian model of negotiated allocation of water by envisioning an enforcement pyramid with stronger participation of players in Brazil of the National System of Water Resources Management (SINGREH), such as the Watershed Committee and the Federal and States Water Resources Commissions.*

Findings – *Places in which water scarcity is common, such as the Brazilian Northeast, responsive regulation may help build a regulatory strategy attuned to mediating disputes on water usage and reinforce auto-regulation.*

Originality/value (optional) – *This paper addresses, for the first time, how responsive regulation could be applied to water management processes in Brazil, as an alternative to the command-and-control approach.*

Keywords: Negotiated allocation of water, National Hydric Resources Policy, responsive regulation, social participation.

Introdução

Há quase duas décadas da existência da Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH, a regulação do uso das águas no Brasil ainda se apoia em métodos clássicos e, não raras vezes pouco eficientes para garantir o acesso à água e apresentar soluções em situações de crise hídrica. A busca de alternativas regulatórias é essencial no setor, de modo que o Poder Público realize o controle do uso deste recurso, não só com a abordagem técnica necessária, mas também com um grau satisfatório de participação social. Deve-se buscar, desta sorte, uma regulação mais participativa, na qual o diálogo e a construção coletiva de soluções para os problemas sejam a regra.

Tanto a regulação como a gestão de águas no Brasil são corolários da PNRH, estabelecida pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Já em seu primeiro artigo, a PNRH assinala, dentre seus fundamentos, que a água é um recurso limitado e dotado de valor econômico. Aponta que sua gestão (e controle) deve se dar de forma descentralizada e participativa, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade, de forma a assegurar seu uso múltiplo pelos diversos segmentos socioeconômicos, além de preservar a água para as presentes e futuras gerações¹.

¹Art. 1º da Lei nº 9.433 de 1997: A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V - a

Para garantir o direito de acesso à água e o controle de seus aspectos quantitativos e qualitativos, a lei incumbiu o Poder Público da prerrogativa de outorgar o direito ao uso dos recursos hídricos em âmbito estadual e federal². O ato de outorga pode ser entendido como ato administrativo de autorização, por meio do qual o Estado faculta a utilização dos recursos hídricos para aqueles que a pleiteiam³. O descumprimento dos termos da outorga ou a utilização dos recursos hídricos sem este instrumento constituem infrações e ensejam a aplicação de penalidades por parte dos órgãos gestores, num verdadeiro exercício clássico do poder de polícia administrativo e do binômio regulatório do comando e do controle⁴. Aqui toma-se a acepção de comando e controle como a forma clássica de regulação direta pelo Poder Público notadamente por meio de agências governamentais, abordagem que ganhou força na década de 1960 (AALDERS e WILTHAGEN, 1997).

A outorga individual de direito de uso, instrumento tradicional da regulação, é um meio importante de que dispõe o Poder Público para controlar o uso de recursos hídricos. Todavia, isoladamente, tal instrumento não foi capaz de apresentar soluções aos desafios em relação à gestão da água no país. Entre os grandes problemas do sistema das outorgas individuais, podemos destacar: i) os usuários de água solicitam a autorização em volumes maiores do que realmente necessitam, mesmo em bacias onde há cobrança, ii) se o uso da água cessa, o usuário não solicita o cancelamento de sua outorga; iii) raramente as outorgas individuais serão revistas ou atualizadas pelo Poder Público, a menos que haja alguma situação excepcional que assim o exija. Exemplifica-se como o caso do estado de Goiás, onde se estima que 7% dos pivôs centrais outorgados para irrigação estejam inativos (OCDE, 2015); iv) alto número de usuários irregulares de água; v) o universo de usuários é muito grande e difundido pelo território

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.

²O artigo 21 da Constituição Federal de 1988 estabelece que é competência da União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios (gerais) de outorga de direitos de seu uso. Já em seu art. 23, inciso III, define as águas de domínio da União como sendo os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. Paralelamente, no art. 26, inciso I, inclui entre os bens dos estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

³Instrução Normativa nº 4, de 21.6.2000, do Ministério do Meio Ambiente (DOU de 3.7.2000, pp. 25-30).

⁴O art. 49 da Lei nº 9.433 de 1997 define as infrações quanto ao uso dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos. O art. 50, por sua vez, define as sanções, quais sejam, a advertência, a multa simples, a multa diária, o embargo provisório e definitivo.

nacional, dificultando a fiscalização do uso da água. Somam-se a isso as fraquezas institucionais dos órgãos gestores de recursos hídricos estaduais, muitos dos quais possuem baixa capacidade outorgante e fiscalizadora. O cenário, de uma forma geral, é de baixa capacidade de regulação por parte dos órgãos gestores de recursos hídricos.

Nesse contexto, a busca por outras abordagens regulatórias é premente. A alocação negociada de água é uma prática que vem se fortalecendo como uma espécie de alternativa ao binômio comando e controle puro, especialmente quando acompanhada de uma efetiva e direta participação social por meio da construção de diálogos entre o Poder Público e os usuários, dentro de uma estratégia de regulação responsiva. Sua prática, sobretudo se verdadeiramente atrelada a processos participativos e à concessão de outorgas coletivas, por exemplo, pode fortalecer a capacidade reguladora do Estado, pois além de contar com o apoio dos próprios usuários da água, diretamente interessados no processo, ainda pode se beneficiar da criação de ambientes de verdadeira autorregulação entre esses usuários. E isso é ainda mais fortemente verificado em bacias onde haja escassez hídrica.

Conceitualmente, pode-se entender a alocação negociada da água como o conjunto de processos e instrumentos utilizados para compartilhamento dos recursos hídricos com os diversos segmentos de usuários, de forma a se aproveitar, ao máximo, as oportunidades de desenvolvimento econômico, proteção ambiental e uso racional do recurso. Para que o processo seja consistente, é imperioso que haja uma avaliação técnica dos órgãos gestores e outros atores do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGREH quanto à disponibilidade de água para ser alocada em dado corpo hídrico, além da definição de critérios de priorização⁵ entre os usuários e critérios para a concessão de outorgas para dado grupo de interessados (OCDE, 2015). Entretanto, o processo de alocação não pode, nem deve, se restringir aos aspectos meramente técnicos, em uma postura unilateral do Poder Público. Deve-se, efetivamente, garantir a participação social, seja na definição dos critérios por parte do Poder Público, seja nos parâmetros das negociações que alocam a água entre os diversos setores, tais como a agricultura, a geração hidrelétrica, o abastecimento humano, o esgotamento sanitário, a indústria, etc. Nesse contexto participativo, os riscos e oportunidades são compartilhados entre o Estado e os usuários, em uma perspectiva regulatória mais democrática. Em última instância, considera-se o poder da sociedade e não apenas do Estado, fortalecendo o próprio papel do

⁵A PNRH aponta um critério legal de prioridade para os usos de recursos hídricos em situações de escassez, qual seja o uso para o abastecimento humano e a dessedentação dos animais (Inciso III do art. 1º da Lei nº 9.433/97).

Administração Pública e o sistema de pesos e contrapesos no qual ela se insere (SELZNICK, 1992). JACOBI e BARBI, 2007, orientam que

“O fortalecimento dos espaços deliberativos tem sido peça fundamental para a consolidação de uma gestão democrática, integrada e compartilhada. A ampliação destes espaços de participação cidadã promove um avanço qualitativo na capacidade de representação dos interesses e na qualidade e equidade da resposta pública às demandas sociais (...). Portanto, estes espaços de formulação de políticas, onde a sociedade civil participa, marcado pelas contradições e tensões, representam um avanço na medida em que publicizam o conflito e oferecem procedimentos de discussão, negociação e voto de forma legítima”.

A regulação responsiva lança luz a uma modalidade de regulação participativa e se apoia na avaliação sobre qual a melhor abordagem regulatória adotar, ou seja, uma resposta mais ou menos intervencionista por parte do Estado. Em outras palavras, o Estado avalia o quão eficientemente os cidadãos e as empresas podem lidar com o problema, para então aplicar a melhor escala de intervenção, de quando, como e em que intensidade punir ou persuadir. Assim, os diálogos, a negociação e a autorregulação ocupariam a base da pirâmide regulatória. Na medida em que as tratativas e negociações falham em dar uma resposta satisfatória ao problema, o Estado adotaria medidas com um viés punitivo mais forte, mais próximo da perspectiva clássica de comando e controle, no exercício do poder sancionador (BRAITHWAITE, 2006).

Desta sorte, a alocação negociada de água pode ser vista como um processo regulatório que se aproxima da teoria da responsividade, seja por apostar em mecanismos iniciais do diálogo, negociação e autorregulação. Esses estágios seriam os níveis iniciais da pirâmide pois fomentam a formação de verdadeiros grupos que fortalecem a regulação e reduzem a unilateralidade e o intervencionismo estatal em todos os assuntos regulatórios.

O objetivo do presente artigo é discutir a alocação negociada de água como uma alternativa de regulação, seja por meio da formação de um *networking* a partir dos usuários diretamente envolvidos nas negociações e outros entes do SINGRHE, seja por um processo de atuação mais proporcional e responsivo do regulador. Nas próximas páginas, objetiva-se discutir a alocação negociada como alternativa de regulação, mediante um fortalecimento da participação social.

A alocação negociada de água: o Poder Público diante de uma postura alternativa de regulação

Quando a atuação regulatória se constrói por meio do diálogo inicial e de formas mais indutivas e fomentadoras por parte do Estado, o regulado vê com mais legitimidade e justiça a aplicação de punições, sobretudo se tais círculos de diálogo, negociações e autorregulações iniciais não surtirem efeito, e, por consequência, houver a transgressão à regra. Em outras palavras, a adesão e o respeito à norma tenderiam a ser maiores, se houver uma resposta gradativa por parte do Estado, em termos de intervenção, dentro de uma abordagem procedimentalmente mais justa (TYRAN e FELD, 2002).

A maneira clássica de realizar a regulação, o comando e controle, de forma pura e isolada, pode não ser uma atitude estratégica dos órgãos gestores dos recursos hídricos, em grande parte devido à baixa capacidade fiscalizadora e mesmo outorgante destes órgãos, os quais contam com reduzidos recursos humanos, materiais e orçamentários. É preciso buscar abordagens e métodos alternativos, com base em pressupostos regulatórios que possam mesclar a atuação do Poder Público e a participação social direta nesses processos de comando e controle. Nesse contexto, a regulação responsiva pode ser um bom caminho, na medida em que aponta, além de uma ampla participação nas tomadas de decisão, uma avaliação, por parte dos governos sobre qual a escala de intervencionismo necessária em sua resposta regulatória. Ou seja, a abordagem punitiva deve ser empregada apenas quando o diálogo e o controle social falham. Há, pois, uma lógica piramidal de regulação, com abordagens menos punitivas na base, dentro de um sistema de justiça restaurativa, baseadas no diálogo, na negociação e na construção coletiva.

Na medida em que o regulado resiste ao cumprimento das normas, passa-se ao estágio da dissuasão, e por fim, ao da incapacidade. Neste último, há necessidade de uma intervenção com viés mais punitivo por parte do Estado, já que o agente não retificou sua conduta infratora (BRAITHWAITE, 2006), ou mesmo a reiterou.

Ao ser construído coletivamente, com participação social e negociações entre os vários usuários em dado corpo hídrico, o ambiente regulatório se torna mais democrático, menos unilateral e, assim, ganha em legitimidade. Ou seja, a percepção dos usuários é de que as regras, em sendo construídas coletivamente, podem ser aplicadas de forma mais legítima, dentro de um acordo que envolve o Estado Regulador, os usuários de água e a sociedade em geral. Fomenta-se, pois, uma postura virtuosa, de negociação que visa ao bem comum. Nesse contexto, a alocação negociada de água se mostra como alternativa interessante, devendo ser

estruturada com ampla participação social, seja dos usuários de água, diretamente, seja dos Comitês de Bacia Hidrográficas ou outros entes do SINGREH.

A alocação negociada de água, é bom repisar, não deve ser um processo que envolva exclusivamente uma questão técnica e assim restrita às avaliações unilaterais dos órgãos gestores de recursos hídricos. Mas também deve envolver interesses de outras naturezas, tais quais os políticos, sociais e econômicos entre atores diversos, em contextos e realidades locais diferenciadas. O gestor-regulador, ao se lançar nesse processo, deve se atentar para alguns procedimentos que são fundamentais para que este trabalho alcance seus objetivos. Dentre eles destacam-se o respeito às peculiaridades de cada situação, enquanto espaço de negociação social, com o intuito de mediar eventuais conflitos que venham a ocorrer; a veiculação de informações técnicas entre os usuários, para que eles possam ter uma visão global e integrada da problemática dos recursos hídricos; e, por fim, a capacitação aos setores interessados para que possam acompanhar as ações governamentais e colaborar com o processo de gestão dos recursos hídricos, principalmente no que diz respeito à implementação dos instrumentos de gestão (SILVA, 2006) e outros processos afetos à regulação de água.

Esta abordagem da alocação negociada participativa ainda se torna mais estratégica se estiver atrelada à concessão, pelo Poder Público, de outorgas coletivas para determinado grupo de usuários, em dada bacia hidrográfica ou corpo hídrico. Nas outorgas coletivas, o Poder Público autoriza o uso da água em pontos determinados, normalmente os pontos de entrada e saída da água, para um grupo de usuários ou associação. Cabe a este grupo de usuários, no entanto, a “regulação” e o “controle” do uso de recursos hídricos internamente, num verdadeiro processo de autorregulação e auto-organização. Ao regulador caberia avaliar e controlar se a vazão total de captação ou de lançamento estaria dentro dos parâmetros estabelecidos no instrumento de outorga, e não se preocuparia em fiscalizar cada um dos usuários individualmente.

Assim, há grande vantagem nessa escolha regulatória, pois coletivizar a concessão da outorga, notadamente após os diálogos e negociações referentes à alocação entre os usos e os usuários de recursos hídricos, oferece uma opção de simplificação da gestão e regulação deste bem público. Verifica-se uma verdadeira transferência da responsabilidade gerencial a esses usuários locais, organizados ou não formalmente em associações. Com isso, o Poder Público reduz a necessidade de controle e monitoramento, já que este é realizado localmente, num ambiente de conformidade entre os usuários (OCDE, 2015), em um verdadeiro pacto pela água. E mais, formam-se verdadeiros ambientes de autorregulação, sobretudo onde se verifica escassez do recurso e um consequente conflito pelo uso deste bem público.

Para ser exitoso, todavia, os processos de alocação devem ser desenvolvidos em um ambiente de confiança e respeito entre os atores envolvidos.

Mas não só. O conhecimento técnico das equipes que atuam deve ser sólido, pois é necessário conhecer dados da disponibilidade hídrica a ser alocada, balanço hídrico, além de conhecimentos sobre a estrutura institucional dos diversos atores do SINGREH. Por fim, deve-se ter um sólido arcabouço legal, com a criação de regras formais ou informais que balizem as negociações e a partilha da água disponível (LUCIVÂNIA et al., 2006).

Na prática, o que se verifica no país, na maioria das vezes, são processos de alocação negociada unilaterais, baseados exclusivamente na avaliação técnica dos órgãos gestores, com baixa ou nula participação social. Não é possível conceber a gestão e regulação dos recursos hídricos sem a efetiva participação social e uma efetiva “articulação do conjunto de ações entre os diversos agentes sociais, econômicos e políticos, objetivando a compatibilização do uso, controle e proteção da água, disciplinando as ações antrópicas de acordo com a PNRH” (ABREU, 2015).

Por isso, para se ter efetivamente uma ação regulatória que se apresente como alternativa ao clássico binômio comando e controle puro, deve-se priorizar a alocação negociada baseada no usuário, inseridos em uma verdadeira ação coletiva das instituições com autoridade sobre a alocação de água. A alocação baseada nos usuários tem, como vantagens, a flexibilidade de adaptação aos diversos requisitos de uso da água e o elevado grau de aceitabilidade pública e política. Uma desvantagem é a possibilidade de criação de reservas de água para determinados setores usuários, caso a instituição não queira ou não possa alocar água fora de seu setor de atuação. No caso brasileiro, essa desvantagem tem menos importância, uma vez que é previsto que as discussões sejam realizadas no âmbito de comitês de bacia, com representantes dos diversos setores usuários (LOPES; FREITAS, 2007), o que minimizaria o problema.

A alocação negociada é uma alternativa interessante de regulação, desde que garantida a participação social e o envolvimento direto dos usuários interessados no uso da água, não apenas por intermédio do Comitê de Bacia Hidrográfica, que embora seja representativo, não reflete a totalidade dos interesses setoriais de uma bacia. Este envolvimento dos usuários fomenta outras formas de participação e democratização da tomada de decisões, contribuindo-se para a formação de verdadeiros *networkings* de outros atores sobre o processo.

Formação de um *networking* a partir dos usuários diretamente envolvidos nas negociações sobre a alocação da água

A busca de alternativas de gestão e regulação passam necessariamente por um fortalecimento de diversas formas de participação dentro de opções políticas

as quais exercem certos poderes políticos, permeando o Estado e suas ações (JACOBI, 2000). E este fortalecimento ganha ainda mais relevância sob efeito da degradação ambiental que acomete as bacias hidrográficas brasileiras, bem como os problemas de crise hídrica, notadamente a seca em algumas regiões, e os conflitos pelo uso da água (JACOBI e BARBI, 2007). O próprio sistema inaugurado pela PNRH baseia-se no trinômio descentralização, participação e integração na gestão (e regulação) dos recursos hídricos.

Embora ainda seja um ideal de gestão em processo de construção, o sistema claramente estabelece uma “política participativa e um processo decisório aberto aos diferentes atores sociais vinculados ao uso da água, nos quais se reveem as atribuições do Estado, o papel dos usuários e o próprio uso da água” (JACOBI e BARBI, 2007). Esta gestão descentralizada de cada bacia hidrográfica deve contar com a participação dos respectivos comitês, subcomitês e agências, que, juntamente com a instituição da cobrança pelo uso do recurso, formam um arcabouço consistente de atuação no setor. É necessário pois forçar a adoção de uma outra perspectiva, ou seja, a gestão e regulação técnica cedendo espaço para uma abordagem de caráter político, econômico e cultural, dentro de uma lógica sociotécnica (GUIVANT e JACOBI, 2003).

O ideal democrático e a própria regulação se fortalecem quando existe uma rede de *accountability*, que possa, juntamente com o Poder Público, auxiliar o processo de fiscalização e regulação dos recursos hídricos. Essa rede inicial pode ser concebida pelos próprios usuários, que por meio da negociação da alocação da água, formam um ambiente de vigilância mútua para cumprir os termos da negociação, num verdadeiro ambiente de autorregulação (ciclos de diálogo e negociação). A partir deste grupo de usuários, outros atores podem se aglutinar, tais como as organizações sociais, associações, auditores, o sistema judicial, e os Comitês de Bacia Hidrográfica, de modo a tornar a regulação dos recursos hídricos mais estruturada, garantindo-se os usos múltiplos da água, além de seu uso racional.

Muito embora os países em desenvolvimento possuam mercados mais fracos, uma atuação da sociedade civil ainda incipiente e instituições ainda pouco consolidadas (EVANS, 1995), a autorregulação verificada em processos de alocação negociada de água é evidente e talvez possa ser explicada pelo fato de que em ambientes de escassez hídrica, ambientes estes típicos para a alocação negociada como os açudes do semiárido brasileiro, a regulação responsável possa ter uma receptividade maior. Ou seja, a escassez de determinado bem público pode impulsionar a solução de conflitos por seu uso, nos círculos de diálogo e negociação, em detrimento da aplicação do comando e controle, abordagem clássica da regulação por parte do Estado. A percepção da escassez tem levado governos do mundo todo a reorganizar o ambiente institucional e definir novos direitos de propriedade por meio de um sistema de gestão participativo e

descentralizado que estimule a utilização do recurso de forma racional. Contudo, esse processo não é homogêneo e simultâneo (SCARE, 2003).

Além dos usuários e setores diretamente envolvidos nos processos de negociação para uso da água, os Comitês de Bacia Hidrográfica, Conselhos de Reservatórios e os Conselhos de Recursos Hídricos, juntamente com o Poder Público, por meio dos órgãos gestores de recursos hídricos, formam uma estrutura complexa, verdadeiros *networkings*, para incrementar o processo de regulação do uso dos recursos hídricos, seja nos processos de alocação negociada propriamente dito, seja em outros processos regulatórios do setor. Some-se a isso a atuação de organizações sociais de cunho ambiental, cuja atuação abarca a proteção dos ambientes hídricos e seu uso racional, de acordo com os ditames da Lei nº 9.433/97.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica⁶ exercem um papel importante neste espaço de *accountability*. Cabe aos usuários, além da participação individual nos processos de negociação do uso da água, a organização para efetivamente ocupar os espaços dentro dos Comitês de Bacia Hidrográfica, de acordo com o interesse de cada setor. Ao aprovar e acompanhar a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos na bacia hidrográfica de sua jurisdição, o Comitê deve cobrar do Poder Público a inclusão de parâmetros e diretrizes no Plano para serem utilizados na alocação negociada de água, nas outorgas individuais e coletivas, em consonância com o Plano Nacional e Estadual de Recursos Hídricos⁷.

⁶Art. 38 da Lei nº 9.433/97 - Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação: I - promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; II - arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; III - aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; IV - acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; V - propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; VI - estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; (...) IX - estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo.

⁷ Os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados para uma bacia hidrográfica, para os estados e para o país (art. 6,7 e 8 da PNRH) e têm natureza de plano diretor, com vistas a fundamentar e orientar a implementação da PNRH e o gerenciamento dos recursos hídricos. Este instrumento deve abarcar um diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos, análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo, além do balanço entre as disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, identificando os principais conflitos. Da mesma forma, estabelecem a prioridade para a outorga e diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso da água. Consolida-se, pois, como importante instrumento para a gestão das águas no país.

Nesse processo os Conselhos de Recursos Hídricos também ganham relevância. É por meio desses colegiados, tanto no âmbito estadual quanto nacional, que se promove a integração dos planejamento em recursos hídricos em âmbito local, estadual e nacional, além de disciplinar normativamente a gestão de recursos hídricos no país, incluindo o regramento básico para o processo de outorgas e regras para a alocação negociada.

Um exemplo que pode ser considerado exitoso em alocação como estratégia de regulação participativa é o caso do estado brasileiro do Ceará, em que grande parte do abastecimento hídrico da região se dá em decorrência dos reservatórios de águas, já que os rios estaduais são, na sua maioria, intermitentes e não-perenes (MOLINA, 1996). Estes reservatórios tem a função de perenizar os trechos de rios à sua jusante e garantir o abastecimento de água local e possuem conselhos de usuários, que, juntamente com a Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará – COGERH realizam a alocação negociada de suas águas, respeitando-se a demanda hídrica que pode ser atendida ponderando-a com o risco de esvaziamento dos reservatórios (90% da vazão regularizada com 90% de garantia). Diante desses limites, os conselhos de usuários e os comitês de bacia hidrográfica, com a supervisão dos órgãos gestor, discutem, negociam e definem os volumes de água que se pretende consumir ao longo do ano e os riscos que estão dispostos a correr. As decisões finais são endossadas pela COGERH que passa a monitorar os termos acordados. (LOPES e FREITAS, 2007). O que se pode ver no caso do estado do Ceará é uma experiência exitosa em alocação negociada de água com ampla participação social, seja por meio dos conselhos de reservatórios, seja pelo Comitê de Bacias Hidrográficas, o que evidencia a importância da participação social no processo de regulação, seja para defender seus interesses, seja para assumir e democratizar riscos, em conjunto com o Poder Público.

Em ambientes de escassez hídrica, a regulação participativa por meio de processos de alocação negociada, como visto, é uma alternativa interessante à lógica clássica regulatória, centrada unilateralmente no Poder Público, e no comando e controle puro. Futuros estudos, entretanto, são necessários para mostrar a efetividade desse método em bacias com alta disponibilidade de água, típicas da região norte do país. Ou seja, os processos negociados e a autorregulação parecem ter mais efetividade em bacias acometidas pela escassez, nas quais os usuários são compelidos a se organizar para coadunar as demandas setoriais crescentes de água com a pequena oferta hídrica.

A lógica piramidal da regulação responsiva aplicada aos processos de alocação negociada de água

A responsividade não só traz à baila novas abordagens regulatórias e a ideia da importância de o Poder Público avaliar seu grau de intervenção no universo regulado. Ela defende uma verdadeira delegação do poder regulador do Estado a certo grupos, sejam do mercado, sejam de outros segmentos sociais específicos diretamente ligados ao objeto regulado. Ressalta-se que a regulação responsiva não se pretende como um pacote pré-estabelecido de como o Estado deve agir. As peculiaridades da situação, do universo regulado, além de fatores sociais, políticos, econômicos e históricos irão moldar como este tipo de abordagem será posta em prática (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). A ideia é que haja esta delegação regulatória para grupos de interesse, que não raras vezes se autorregulam em verdadeiros *networkings*. Busca-se uma gradativa desregulação monitorada.

Como abordado anteriormente, a alocação negociada de água, se realizada num viés efetivamente participativo, pode ser um bom exemplo de abordagem responsiva por parte da Administração Pública, seja pela Agência Nacional de Águas, no caso de recursos hídricos de domínio da União, seja pelos órgãos gestores estaduais, no caso de jurisdição estadual da água. E esta perspectiva se fortalece se o processo de alocação se atrelar a processos de coletivização do instrumento da outorga, o que fomenta um ambiente de autorregulação entre os usuários, dentro de uma lógica piramidal de regulação. A relação entre a pirâmide regulatória e sua adaptação à regulação dos recursos hídricos, especialmente aos processos de alocação negociada de água é representada pela Figura 1 abaixo.

Ao analisarmos a pirâmide regulatória proposta por Braithwaite (2006) podemos identificar três ou mais níveis de responsividade regulatória, de acordo com o intervencionismo do Estado, a característica do ator regulado e a formação de *networkings* e sua complexidade. São eles:

(a) neste nível a resposta do regulador deve seguir os princípios da *justiça restaurativa* (*restorative justice*) e pressupõe-se que o regulado é um ator virtuoso. Preponderaria um ambiente de diálogo e negociação autocontrolado, sem necessidade de uma intervenção punitiva por parte do Estado. Nesse estágio a forma mais comum de controle é a própria autorregulação dentro do grupo.

(b) após os mecanismos iniciais dialógicos falharem, a intervenção deve se centrar na *dissuasão* (*deterrence*). O nível de participação e mesmo intervenção social são mais complexos, envolvendo um maior número de atores. Pode haver a necessidade de uma atuação, por parte do Estado, um pouco mais forte que no nível anterior. Normalmente os atores aqui têm o perfil racional, ou seja, calculam as desvantagens e vantagens de transgredir as normas e os termos estabelecidos,

no âmbito de uma escolha racional com um código de conduta próprio (PATERNOSTER e SIMPSON, 1996).

(c) Por fim, chega-se ao nível da incapacitação (*incapacitation*), no qual o regulado tem o perfil de incompetente ou irracional. Neste estágio há necessidade de uma atuação mais incisiva por parte do Estado por meio de punições e sanções, e uma regulação fortemente estruturada em networkings, os quais auxiliam o Poder Público no comando e controle. A responsividade e a intervenção seriam maiores.

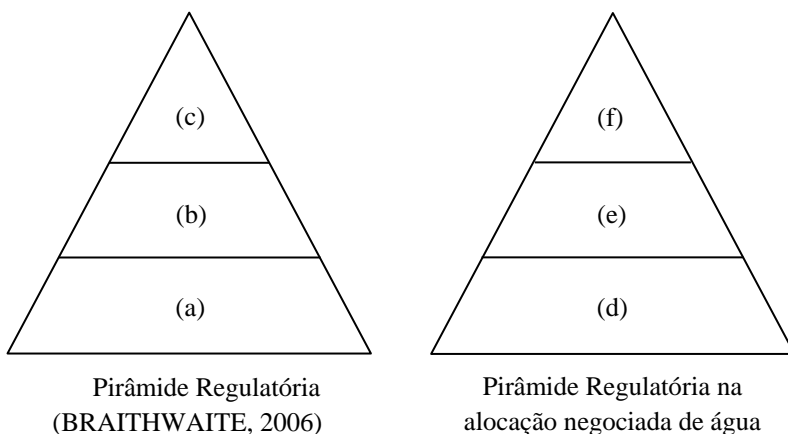


Figura 1. Aplicação da Pirâmide Regulatória à lógica da alocação negociada de água.

A partir da pirâmide regulatória acima exposta, é possível propor uma lógica de regulação responsiva para os processos de alocação negociada de água, com a participação dos usuários e de outros entes do SINGREH. Ou seja, uma alocação verdadeiramente participativa, dentro de um processo de regulação e intervenção proporcional por parte dos órgãos gestores de recursos hídricos:

(d) *Etapa Dialógica*: é a base da pirâmide, na qual as negociações, diálogos e acordos envolvendo o Poder Público e os usuários (e outros atores sociais) intentam viabilizar a alocação entre os diversos setores interessados no uso da água, tais como agricultura, indústria, saneamento, geração hidrelétrica e abastecimento humano, etc., de modo a equacionar os interesses, muitas vezes conflitantes, entre estes usuários. A administração Pública tem um papel importante no fomento dos diálogos e da construção dos termos da futura alocação, seja informando dados técnicos como a disponibilidade e o balanço hídrico em dada bacia hidrográfica ou corpo hídrico, as prioridades da outorga

aprovadas nos planos de recursos hídricos, ou assegurando as bases legais (leis, resoluções, portarias) para o processo.

(e) *Autorregulação*: após consolidação das regras e termos da alocação negociada, com a participação e monitoramento do Poder Público, e a equalização dos interesses dos usuários, eles entrariam em um processo de autorregulação do dentro do próprio grupo, informando à Administração alguma infração aos termos estabelecidos na negociação, nas outorgas individuais ou coletivas. A partir daqui, algumas penalidades da Lei nº 9.433/97 já podem ser aplicadas, tais como a advertência ou mesmo a tentativa de dissuasão do infrator pelo convencimento por parte do regulador e do próprio grupo.

(f) *Intervenção estatal*. Se mesmo após a construção coletiva dos termos da alocação negociada, e da autorregulação que se formaria no grupo, o regulado permaneça um infrator contumaz, estamos diante de um ator irracional, o que levaria os órgãos gestores a aplicar penalidades mais duras previstas Lei nº 9.433/97, tais como a multa, a multa diária e até mesmo o embargo provisório ou definitivo. Neste caso justifica-se uma intervenção maior do regulador, uma vez que não houve retificação da conduta por parte do regulado.

Por fim, quanto mais complexas as situações regulatórias, elas podem envolver a participação de um ou mais atores do SINGREH. Ou seja, cria-se uma rede de monitoramento e acompanhamento da efetividade dos processos de alocação negociada, atrelada ou não a concessões de outorgas coletivas. Esta envolve, além dos usuários, os Comitês de Bacias Hidrográficas, os Conselhos de Recursos Hídricos, as organizações sociais afetas ao tema, bem como as universidades e outros atores.

Seguir a lógica da responsividade parece ser uma estratégia interessante ao Poder Público, pois evita que este venha a intervir em todo e qualquer problema regulatório. Contando com uma rede de monitoramento e fiscalização composta pelos usuários da água e outros entes do sistema, o Estado pode centrar seu poder de controle e sanção em situações regulatórias de impacto real, em situações de descumprimento contumaz de normas e parâmetros.

Conclusão

A busca de alternativas regulatórias é essencial no setor de recursos hídricos. A Lei nº 9.433/97 inaugurou um regime descentralizado, desconcentrado e partilhado, na qual a participação social é fundamental na gestão e regulação da água, contando com a interação entre os setores usuários, o Poder Público, os Comitês de Bacia Hidrográfica e os Conselhos de Recursos Hídricos em âmbito nacional e estadual. A formação desses *networkings* favorece o ambiente

regulatório, classicamente dominado por uma regulação unilateral, centrada no Estado em sua função de comando e controle.

Os processos de alocação negociada da água podem trazer uma perspectiva diferenciada na regulação do uso da água, notadamente em regiões que sofrem com a escassez hídrica, onde existe grande disputa e conflito pelo uso da água. Um exemplo clássico dessas regiões no país é o semiárido nordestino. Os processos de alocação negociada inserem-se adequadamente numa lógica de regulação responsiva, na medida em que defende uma intervenção estatal após abordagens regulatórias mais brandas, que contam com a formação de grupos que se autorregulam. Incentiva-se, num primeiro momento a negociação e o diálogo na formação de um verdadeiro pacto pela água, na tentativa de equacionar a demanda dos usuários com a oferta e a disponibilidade hídrica local. Uma atuação mais incisiva por parte do Poder Público só se justificaria se os círculos de diálogo, negociação e autorregulação não surtirem efeito, diante de uma postura irracional ou incompetente do regulado.

Por isso, o processo de alocação negociada segue uma lógica de um tipo de pirâmide regulatória, com basicamente três níveis, quais sejam a etapa dialógica, a autorregulação e a intervenção estatal. Na medida em que se caminha ao topo da pirâmide, o intervencionismo estatal aumenta proporcionalmente. No último nível o que se verifica é um Estado que mostra efetivamente seu viés punitivo e sancionador, dentro dos ditames da PNRH. E a aplicação de penalidades então se legitima, pois o regulado pode se adequar à norma e às condicionantes de sua outorga desde a fase dialógica.

Entretanto, essa responsividade proporcional só pode ser alicerçada em processos de alocação de água efetivamente participativos, como foi exemplificado pelo caso do estado do Ceará, que contam com atores engajados no processo, na equalização de interesses pelo uso da água e na busca do bem comum. Um processo construído coletivamente, negociado, fomentado e pautado tecnicamente pelo Estado, estabelece laços mais sólidos de compromisso entre as partes, desonera o regulador e traz mais racionalidade a regulação setorial dos recursos hídricos.

Referências Bibliográficas

- ABREU, I. M. DE. *Alocação Negociada da Água no Ceará - Brasil: Proposta Metodológica para a tomada de decisão em cenário de escassez*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará, 2015.
- AALDERS, Marius; WILTHAGEN, Ton, *Moving Beyond Command-and-Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Environment*, *Law & Policy*, v. 19, n. 4, p. 415–443, 1997.

- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation - Transcending the Deregulation Debate*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1992.
- BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, p. 884–898, *World Development*, 2006.
- GUIVANT, J.; JACOBI, P. Da hidrotécnica à hidro-política: novos rumos para a regulação e gestão dos riscos ambientais no Brasil. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, p. 1–26, 2003.
- JACOBI, P. *Desafios na democratização da relação poder público-sociedade civil no Brasil*. Tese de Livre Docência. Faculdade de Educação. Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.
- JACOBI, P. R.; BARBI, F. Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *Revista Katál*, v. 10, n. 2, p. 237–244, 2007.
- LOPES, A. V.; FREITAS, M. A. DE S. A alocação de água como instrumento de gestão de recursos hídricos: experiências brasileiras. *REGA*, v. 4, n. setembro, 2016, p. 5–28, 2007.
- LUCIVÂNIA, A. et al. Pesquisa avaliativa da alocação participativa das águas dos vales do Jaguaribe e Banabuiú. *Anais do XIX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos*, 2006.
- MOLINA, P. A gestão dos recursos hídricos no semi-árido nordestino: a experiência cearense. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*, v. 1, p. 67–88, 1996.
- OCDE. *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OCDE, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264238169-pt>
- PATERNOSTER, R.; SIMPSON, S. *Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime*. *Law & Society Review*, v. 30, n. 3, p. 549–584, 1996.
- SCARE, R. F. *Escassez de água e mudança institucional: análise da regulação dos recursos hídricos no Brasil*. Dissertação. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo, 169 p., 2003.
- SELZNICK, P. *The moral commonwealth: social theory and the promise of community*. Berkeley and Los Angeles. University of California Press, 1994.
- TYRAN, J.-R.; FELD, L. *Why people obey the law: experimental evidence from the provision of public goods*. CESifo Working Paper, n. 651, 2002.
- UBIRAJARA P. A. S. *Experiência da Alocação Negociada de Água nos Vales do Jaguaribe e Banabuiú*. *Anais do VIII Simpósio de Recursos Hídricos do Nordeste*. Gravata, 2006.