



Ministério da Educação
UNIVERSIDADE FEDERAL DE ITAJUBÁ
Criada pela Lei no. 10.435, de 24 de abril de 2002
Pró-Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação

**A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA A
CONFLITOS ASSOCIADOS À GERAÇÃO HIDRELÉTRICA:
UMA ANÁLISE JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Universidade
Federal de Itajubá como parte dos
requisitos necessários à obtenção do
título de mestre em Engenharia da
Energia

SANDRO MASSELI
Itajubá 2005



Ministério da Educação
UNIVERSIDADE FEDERAL DE ITAJUBÁ
Criada pela Lei no. 10.435, de 24 de abril de 2002
Pró-Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação

**A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA A
CONFLITOS ASSOCIADOS À GERAÇÃO HIDRELÉTRICA:
UMA ANÁLISE JURÍDICA**

Orientador: Prof. Dr. Afonso Henriques Moreira Santos
Co-orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

SANDRO MASSELI
Itajubá 2005

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Sr. Adailton e Dona Nina, que, com muito amor, me ensinaram a verdadeira razão da vida e me trouxeram até aqui.

AGRADECIMENTOS

A concepção deste trabalho é fruto da brilhante e criativa mente do professor Afonso Henriques Moreira Santos, a quem agradeço não apenas por ter me orientado, mas também por ter me acolhido como um filho, acreditando em minhas habilidades profissionais e construindo uma relação íntima de amizade a ponto de transferi-la a todos os seus familiares. Sem sombra de dúvidas, esta foi a conquista mais valiosa desses quatro anos de convívio, o que vale mais do que qualquer título que este trabalho possa conferir.

Agradeço ao professor Alexandre Santos de Aragão, que de imediato se prontificou a auxiliar na construção deste trabalho e o fez com contribuições especiais nas pesquisas bibliográficas e no horizonte a ser desbravado no âmbito jurídico.

Agradeço também: aos amigos do Centro de Excelência em Recursos Naturais e Energia – CERNE, em especial aos amigos Marco Aurélio Raphul de Azevedo Garcia e Leopoldo Uberto Ribeiro Júnior, pela contribuição direta no trabalho; aos meus sócios e amigos, Alexandre Masseli e Marcos Vinícius Crisafule Leuba, pelos reparos e críticas feitas ao trabalho, e; ao grande amigo Willian Nogueira Arcanjo, pela revisão e críticas postas.

A todos, o meu muito obrigado!

“O direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de qualquer direito que seja, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito”.

*M. Planiol,
Traité élémentaire de droit civil, t.2, no. 871*

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS.....	9
LISTA DE TABELAS	10
RESUMO	11
ABSTRACT.....	12
1 Introdução.....	13
2 A formação do estado democrático	16
2.1 A descentralização.....	16
2.2 O estado federativo	18
2.3 O princípio da subsidiariedade e o fortalecimento do poder local.....	20
2.4 O federalismo como garantia das minorias.....	21
2.5 A repartição de competências no Estado federativo.....	22
2.6 As técnicas de repartição de competências.....	26
2.7 A repartição de competências nas Constituições brasileiras	27
2.8 A repartição de competências na Constituição Federal de 1988	30
2.8.1 Competência legislativa.....	33
2.8.2 Competência administrativa	34
2.9 Conclusão do capítulo.....	36
3 “interesse público”	38
3.1 Introdução	38
3.2 O Poder Público e o “interesse público”	41
3.3 A evolução do Estado: da centralidade e unicidade à pluralidade dos “interesses públicos”	44
3.4 O conflito interesse local vis a vis interesse global.....	48
3.5 O nascimento de um interesse ambiental “superior” ao local ou global	51
3.6 A supremacia do “interesse público”	53
3.7 Conclusão do capítulo.....	55
4 O panorama institucional da gestão dos recursos hídricos	57
4.1 A gestão dos recursos hídricos: aspectos legais e institucionais	59
4.2 O setor elétrico	61
4.3 Saneamento	62
4.4 Agricultura e pecuária	63
4.5 Pesca e aquicultura	65
4.6 Navegação.....	66
4.7 Lazer e turismo	67

4.8	Atenuação de condições críticas	68
4.9	Conclusão do capítulo.....	69
5	<i>Ponderação de interesses sob a ótica jurídica</i>	70
5.1	Introdução	70
5.2	Princípios constitucionais.....	71
5.3	O princípio da dignidade da pessoa humana	74
5.4	O princípio da proporcionalidade	78
5.5	A ineficácia do modelo de resolução dos conflitos normativos quando aplicada ao caso concreto deste trabalho.....	80
5.6	A técnica da ponderação de interesses.....	82
5.7	A ponderação de interesses aplicada ao conflito nos reservatórios hidrelétricos..	85
5.8	Conclusão do capítulo.....	89
6	<i>A argumentação jurídica como justificativa de uma análise multicriterial</i>	91
6.1	Introdução	91
6.2	A teoria do discurso prático na ética analítica	92
6.2.1	O naturalismo e intuicionismo.....	92
6.2.2	O emotivismo	93
6.2.3	O discurso prático como atividade guiada por regras	94
6.3	A teoria consensual da verdade de Habermas	94
6.4	Teoria do discurso prático racional geral.....	95
6.5	A teoria da argumentação jurídica	96
6.6	Direito positivo e direito natural	97
6.7	O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.....	99
6.8	A justificação interna	101
6.9	A justificação externa	102
6.9.1	A interpretação (lei).....	102
6.9.2	Da dogmática.....	103
6.9.3	Dos precedentes.....	103
6.9.4	Da argumentação prática geral (razão).....	104
6.9.5	Da argumentação empírica (empirismo);	104
6.9.6	Das formas especiais de argumentação jurídica.....	104
6.10	Conclusão do capítulo.....	104
7	<i>Formatação matemática da ponderação de interesses</i>	106
7.1	Introdução	106
7.2	A Interpretação matemática da ponderação de interesses	107
7.2.1	A aplicação do método da Programação de Compromisso – PC	107
7.3	A ponderação do conflito de interesses pelo uso da água no Trecho de Vazão Reduzida – TVR de uma central hidrelétrica de desvio	119
7.3.1	A conceituação do “interesse público” no caso do TVR.....	121
7.3.2	Impacto na biota	125

7.3.3	Relocação de comunidades.....	128
7.3.4	Recreação e turismo.....	129
7.3.5	Sistema de transposição de peixes.....	131
7.3.6	Usos da água.....	132
7.3.7	Produção de energia elétrica.....	133
7.4	A ponderação do conflito de interesses no uso dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos	135
7.4.1	A aplicação do método “trade-off”	139
7.5	Conclusão do capítulo.....	144
8	<i>Conclusões e recomendações</i>	<i>145</i>
9	<i>Bibliografia</i>	<i>147</i>

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Usos e programas autorizados pelo congresso Americano em reservatórios	59
Figura 2 – Estrutura esquemática do discurso baseado no naturalismo.	93
Figura 3 – Estrutura esquemática do discurso baseado no intuicionismo.	93
Figura 4 – Estrutura esquemática do discurso baseado no emotivismo	94
Figura 5 – Estrutura esquemática do discurso prático racional geral.	96
Figura 6 – Tabela de variação da medida da sala entre o melhor e o pior ponto	109
Figura 7 – Incidência da variação de “s” sobre a variação de medida	110
Figura 8 – Variação das curvas em função do coeficiente “s”	111
Figura 9 – Representação cartográfica da região da PCH Paraitinga.....	120
Figura 10 – Usinas ligadas à cascata de Furnas.....	136
Figura 11 – Demonstração gráfica do método de “trade-off”	140
Figura 12 – Aplicação do método de “trade-off” aos dados de Furnas.....	142
Figura 13 – Aplicação do método de “trade-off” aos dados de Furnas – com peso dois.....	144

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Demonstrativo de repartição de competências na Constituição Federal	33
Tabela 2 – Desenvolvimento institucional dos usos múltiplos da água	58
Tabela 3 – Variação das medidas	108
Tabela 4 – Adoção do peso da sala.....	115
Tabela 5 – Adoção do peso da cozinha	116
Tabela 6 – Adoção do peso do quarto do filho.....	117
Tabela 7 – Adoção do peso do quarto dos pais	118
Tabela 8 – Resultado da ponderação da medida dos cômodos – com a limitação imposta ...	118
Tabela 9 – Resultado da ponderação da medida dos cômodos – sem a limitação imposta....	119
Tabela 10 – Dados técnicos da PCH Paraitinga	120
Tabela 11 – Coeficientes “s” adotados para os cômodos	123
Tabela 12 – Pesos adotados para a biota	128
Tabela 13 – Pesos adotados para a relocação de comunidades	129
Tabela 14 – Pesos adotados para a recreação e turismo	131
Tabela 15 – Pesos adotados para sistema de transposição	132
Tabela 16 – Pesos adotados para o uso da água	133
Tabela 17 – Pesos adotados para a produção de energia elétrica	134
Tabela 18 – Pesos adotados nos atributos	135
Tabela 19 – Matriz de critérios.....	135
Tabela 20 – Resultado da ponderação	135

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os interesses incidentes nos reservatórios hidrelétricos, propondo estruturas matemáticas que incorporem conceitos jurídicos e sociais que não só os econômicos monetarizados. Assim, o que se busca é construir uma gestão pluralista dos recursos hídricos, que consiga incorporar princípios democráticos e considerar o interesse de minorias atingidas e influenciadas diretamente por este recurso natural em centrais hidrelétricas.

Neste sentido, se faz uma revisão de princípios jurídicos, ligados à descentralização e à própria formação do Estado democrático, demonstrando a necessidade do respeito à pluralidade de interesses e às minorias. Os conceitos jurídicos, tratados no trabalho, seguem dois objetivos, o primeiro de demonstrar a necessidade do respeito às minorias, a pluralidade de interesses e às garantias fundamentais. O segundo, de quantificar a importância de cada um dos agentes, pautando-se em princípios éticos e morais ligados a princípios jurídicos consolidados.

Assim, sequencialmente, elaborou-se a formatação matemática que busca representar a ponderação desses diversos interesses. Para isto, o trabalho busca fundamentação nos conceitos filosóficos da teoria da argumentação jurídica e utiliza ferramentas matemáticas como os métodos da Programação de Compromisso – PC e de *Trade-off*. Desta forma, o trabalho atribui pesos, induzidos pelos conceitos jurídicos apresentados, para equilibrar os interesses incidentes, limitando-se, contudo, às garantias fundamentais impostas pelo Estado democrático de Direito.

Como aplicação prática, da ponderação sugerida, o trabalho se volta a resolução dos conflitos existente em reservatórios hidrelétricos e no trecho de vazão reduzida em pequenas centrais hidrelétricas, onde há um evidente conflito entre os interesses locais, representados pela população linderá, e os interesses globais, representado pelo setor elétrico nacional.

ABSTRACT

This job aims to analyze the interests incurring on the hydro-electric reservoirs, proposing mathematics structures which includes legal and social concepts in addition to the monetary economic ones. So, it is presented a way for constructing a pluralist management of hydric resources, being able to incorporate democratic principles and to consider the interest of minorities affected and influenced directly by this natural resource in hydroelectric plants.

In this sense, it is presented a review of the legal principles, associated to the decentralization and to the formation of the democratic State, showing the need of respect to the interests' plurality and to the minorities. The legal concepts, treated in this job, follow two aims: the first one is to show the need of the respect to minorities, to interests' plurality and to the fundamental warranties. The second one is to quantify the importance of each agent, basing on ethic and moral principles connected to consolidated legal principles.

Therefore, sequentially, it was elaborated the mathematics formatting which searches to represent the ponderation of these different interests. For this, the job looks for basis in the philosophic concepts of the legal argumentation theory and uses mathematics tools such as the methods of the Compromise Programming – PC and *Trade-off*. In this way, the job attributes weights, induced by the legal concepts presented, for balancing the incident interests, limiting, however, to the fundamental warranties imposed by the democratic State of Right.

As a practical application of the ponderation suggested, this job is also aimed to the resolution of the conflicts existing in hydroelectric reservoirs and in the stretch of reduced outflow in small hydroelectric plants, where there is an evident conflict between the local interests, represented by the bordering population and the global interests, represented by the national hydroelectric sector.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar os interesses incidentes nos reservatórios hidrelétricos, propondo estruturas matemáticas que incorporem conceitos jurídicos e sociais que não só os econômicos monetarizados. O que se busca é construir uma gestão pluralista dos recursos hídricos em centrais hidrelétricas, que consiga incorporar princípios democráticos e, assim, considerar e incorporar o interesse de minorias atingidas e influenciadas por esse recurso natural.

A motivação inicial deste estudo se deu durante o racionamento de energia elétrica de 2001, quando os reservatórios de regularização do Sistema Elétrico Interligado - SIN foram fortemente esvaziados, causando um enorme transtorno econômico, social e ambiental em seu entorno. Do lado da população lindeira aos reservatórios, após o racionamento, cresceu a organização e competência na luta em defesa de seus interesses, que não estão restritos a atividades econômicas muito monetarizadas. O lazer, o turismo ou simplesmente o interesse cênico são suficientes para que a população local também tenha espaço na exploração desse potencial hídrico. Dessa forma, o trabalho fará o estudo de dois casos: o primeiro se dá no âmbito do planejamento e projeto de uma pequena central hidrelétrica, onde a definição do trecho de vazão reduzida - TVR gera enorme polêmica entre os distintos atores que exploram o recurso hídrico nesse trecho; o segundo se refere à operação de um reservatório de uma central hidrelétrica, onde a população local tem sofrido com o intenso e duradouro esvaziamento do mesmo.

No caso do reservatório, vale observar que, se de um lado, o impacto ambiental está associado à área e ao volume do mesmo, de outro, o impacto social pode ser medido pelo comprimento de sua borda. As análises tradicionais de usos múltiplos seguem, fundamentalmente, dois caminhos: o primeiro se prende à monetarização dos diferentes produtos e serviços associados ao insumo água. Essa monetarização, que pode se dar diretamente, por meio de pesos, assumindo, muitas vezes, preços de certo momento, pela impossibilidade de suas projeções; estabelecendo cenários de desenvolvimento econômico segundo a ótica tecnocrática; desprezando parâmetros socioeconômicos, culturais e psicológicos, como aversão a risco, risco de crédito, preferências, irreversibilidade, dentre outras. O segundo caminho pode ser o da incorporação de utilidades, ponderações difusas, dentre outras. Seguramente, esse segundo caminho é mais eficaz no que diz respeito à capacidade de captar os diferentes interesses sobre o lago, e, se necessário, ponderá-los. Resta, entretanto, uma questão fulcral: como

estabelecer pesos entre os interesses local e global, enquadrando dentro do global principalmente a geração de energia elétrica.

Sabe-se que, historicamente, o setor elétrico sempre prevaleceu sobre os usos da água, notadamente por ser ele o principal detentor de capital entre os vários usuários. Nesse caminho desenvolvimentista, e porque não dizê-lo, juridicamente positivista, o setor agrediu fortemente o meio ambiente, tendo sido, na realidade brasileira, um dos grandes motivadores para o fortalecimento da ética ambiental.

Mas a questão ambiental não se restringe aos impactos das intervenções de novas centrais. O racionamento, como já foi dito, pôs à mostra as chagas ambientais da operação, entendendo-se “ambientais” no seu sentido *lato* em que o homem é um dos principais atingidos e não apenas a biota. Essa nova ética é reforçada a partir de princípios consolidados na Constituição Federal de 1988, mas a falta de regulamentação complementar e de uma cultura apropriada permitem que o setor elétrico continue no seu movimento inercial, sufocando os demais interesses.

De outro lado, observa-se que o Ministério Público e o próprio Judiciário incorporam, dia-a-dia, essa nova visão ambientalmente equilibrada e, com a força constitucional que lhes é nata, começam a mudar tais práticas. Neste trabalho, um dos principais pontos de desenvolvimento é o estudo dos princípios éticos que permitem ponderar os diferentes interesses e fortalecem os interesses minoritários. O que se busca aqui é uma utópica “teoria unificada da ponderação”, onde a análise técnica, a análise econômica e a análise jurídica mapeariam, cada uma por si, os diferentes interesses, ponderando-os. E, após as restrições técnicas associadas às funções de produção, as valorações econômicas, associadas às funções de custo e benefício, não seriam suficientes para encontrar o ótimo da sociedade, em que se tenha eficiência produtiva e eficácia alocativa. Necessita-se de incorporações de externalidades, das quais se destacam os princípios éticos da análise jurídica.

A integração dessas análises levará a um ponto robusto, com viabilidade técnica, eficiência econômica, sustentabilidade institucional e respaldo social. Enfim, o objetivo maior deste trabalho é, sobre a análise de poucos casos, contribuir para o conhecimento dos diferentes interesses sobre o reservatório hidrelétrico, e buscar, de formas diversas, ponderar esses mesmos interesses.

Outro fato, que determina a exploração pluralista dos recursos hídricos na geração hidrelétrica, é a forte tendência da sociedade brasileira de se voltar ao interesse individual ou

coletivo organizado, aproximando, cada vez mais, a atividade Estatal dos anseios das comunidades difusas.

É oportuno observar que a simples interpretação literal do texto normativo não deve ser acolhida no caso em tela, já que esse envolve conflitos maiores e com reflexos em princípios supra-legais, como o da dignidade da pessoa humana, a formação federalista do Estado brasileiro e os próprios Direitos fundamentais individuais.

Para essa análise subjetiva, o presente trabalho se compromete a montar estruturas matemáticas que possibilitem avaliar esse conflito sob o enfoque jurídico doutrinário, curvando-se para alguns institutos consolidados no Direito Brasileiro, como a formação do Estado Federativo, a conceituação do “interesse público” e a supremacia deste sobre os demais, a garantia da Dignidade da Pessoa Humana e o respeito aos Direitos Fundamentais Individuais.

Assim, inicialmente, o trabalho faz um estudo sobre a formação do Estado Democrático, partindo do conceito da unicidade de poder para a descentralização federativa. Adiante, é estudada a questão do “interesse público”, demonstrando seu caráter evolutivo e uma breve demonstração do panorama institucional dos recursos hídricos no Brasil, visando a contextualizar a visão normativa desse setor. Nos capítulos seguintes, apresentam-se: a teoria da ponderação de interesses e a justificativa filosófica da análise multicriterial para a aplicação do Direito. Consolidando o estudo, estruturas matemáticas, que normalmente subsidiam as análises técnicas e econômicas, buscarão integrar o discurso com a formulação matemática, incorporando a essas equações a análise ética oriunda das reflexões do Direito. Para tanto, serão adotados dois estudos desenvolvidos por Ribeiro Júnior, a Programação de Compromisso – PC e a técnica de negociação “trade-off”, conflitando visões locais com visões distantes, sempre ligadas à geração hidrelétrica.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

O grande motivador da inserção deste tópico no trabalho é a necessária apresentação da crescente importância dos interesses locais, dispersos territorialmente pelo Estado, na tomada de decisão em assuntos que lhe afetam direta ou indiretamente. Assim, este capítulo demonstrará o fortalecimento do cidadão individualizado e a sua inserção nas discussões “globais”, de repercussão coletiva.

Dessa forma, serão discutidos os conceitos de descentralização e de federação, bem como o princípio da subsidiariedade e a repartição de competências, demonstrando-se, assim, a evolução do Estado, que passa a sofrer influências do conceito de democracia e se aproxima cada vez mais dos anseios individuais, caminhando para a auto-gestão.

O Estado, desde sua formação até chegar ao modelo descentralizado, atualmente vivido nos países democráticos, passou por uma série de modificações em sua estrutura administrativa, alterando sua formação não apenas territorial, mas principalmente, política, governamental e social. Neste trabalho, toda discussão, acerca da formação do Estado, será pautada pelo necessário respeito às minorias e à inserção destas na pauta dos tomadores de decisão e na atuação do Estado como gestor da coisa pública.

Sabe-se que naturalmente o homem necessita viver em sociedade e, para isso, cria estruturas políticas que lhe garantam um mínimo de segurança para o seu desenvolvimento, sendo gerenciado pelo interesse das majorias, mas, também, garantindo um mínimo de respeito a sua vida individual e a sua dignidade¹. Assim, a evolução histórica demonstra que o homem se distancia cada vez mais dos regimes autoritários e centralizados de governo, tendendo fortemente à descentralização administrativa e à gestão local.

2.1 A DESCENTRALIZAÇÃO.

Descentralizar quer dizer retirar, afastar, desviar do centro, dispensar ou distribuir as funções ou poderes de um governo. Porém, para o modelo de Estado contemporâneo, além de objetivar um desmembramento das atividades do governo, a descentralização requer independência, ou seja, não basta apenas a divisão das atividades em vários ramos periféricos se forem estes submissos a um centro de decisões. Na definição do professor espanhol

¹ Nesse sentido, é bom que fique claro que a pretensão do autor é demonstrar a necessidade de o Estado garantir o respeito aos Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana, princípios esses já consagrados em todos os países de organização política democrática, sendo estes pressupostos para o real exercício da democracia.

Ellorrieta y Artaza, a descentralização é a forma de organização em que os poderes centrais reconhecem aos grupos locais uma certa independência.²

A estrutura descentralizada do Estado possui duas definições formais: a territorial ou geográfica, típica dos Estados federados e a por serviços ou funcional, com a criação de pessoas jurídicas de direito público, detentoras de funções específicas e de competência do Estado.

Como se vê, para o Estado contemporâneo, o tema descentralização deu uma maior importância à governabilidade democrática, pois assim se tem o Estado mais ágil e eficiente, além de responder de forma mais transparente e imediata aos anseios da sociedade. Alexandre Santos de Aragão, da mesma forma, afirma que “a mera criação de pessoas jurídicas da Administração Indireta, sem que possua um grau de razoável e efetiva autonomia para desenvolver suas atribuições, não tornará o seu desempenho mais ágil e eficiente”.³

Essa concessão de autonomia, necessária à descentralização, não se demonstra soberana, podendo, quando muito, ser tida como autônoma, porém submissa, de alguma forma, a algum poder, seja o poder constituinte ou a própria personalidade jurídica do Estado, devendo se submeter, por exemplo, aos direitos fundamentais. Para Elliz Katz, “Descentralizar implica a existência de um centro que, dentre outras finalidades opta pela conveniência de distribuir parcelas de autoridade aos poderes governamentais hierarquicamente inferiores”.⁴

A descentralização das atividades do Estado teve forte influência sobre a formulação do Estado democrático moderno em dois momentos históricos: primeiro com a Revolução Americana de 1776, onde se concebeu a união dos 13 Estados independentes, por meio da criação de um Estado Federativo, formando-se os Estados Unidos da América; segundo com a Revolução Francesa, por meio da teoria da Tripartição dos Poderes, concebida por Montesquieu. A partir daí, pode-se dizer que o Estado contemporâneo passou a atuar de forma descentralizada sob dois aspectos: de forma horizontal, com a divisão do Estado em três poderes independentes e harmônicos, podendo um opor-se ao outro; e de forma vertical, em um corpo federativo, porém não hierárquico, contendo, cada um dos Estados, atribuições próprias advindas do poder constituinte.

² Ellorrieta y Artaza, *Derecho Político Comparado*, Madrid, 1916, p.237.

³ Aragão, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002. pp. 212.

⁴ Katz, Ellis. *Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano*.in *Revista de Direito Público*. Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, no. 65, Janeiro / Março -1983.

É oportuno observar que a origem do federalismo americano ocorreu de modo “centrifugo”, ou seja, as colônias reuniram-se e formaram o Estado. Já no federalismo brasileiro, a origem é contrária, já que o Estado, já independente, busca descentralizar-se de modo a criar os diversos estados membros. Neste caso, pode-se dizer que tal fenômeno ocorreu de modo “centrípeto”.

Neste trabalho, abordaremos apenas a forma vertical, pois se acredita que esta se aproxima mais do objetivo deste, de demonstrar a importância do ser individualizado e, conseqüentemente, da força dos interesses locais difusos.

2.2 O ESTADO FEDERATIVO

O surgimento do federalismo conhecido pelo mundo moderno teve origem na elaboração da Constituição Americana de 1787. Naquele momento, o constituinte buscava a solução para problemas advindos da independência das 13 colônias, sendo necessário criar um Estado central forte o suficiente para garantir a segurança de seus membros e eficiente para alcançar o desenvolvimento econômico e social pretendido por todas as colônias, sem, contudo, ferir a liberdade que acabara de conquistar. Nessa pretensão, fortalece-se demasiadamente a figura do cidadão individualmente, dando-se importância para uma série de interesses difundidos pelo Estado Americano.

Para Ellis Katz⁵, “Essas duas metas, eficiência e autogoverno, criaram a necessidade de um balanceamento delicado entre o poder federal e governos estaduais. Por um lado, se o governo federal, em nome da eficiência, fosse excessivamente poderoso, o autogoverno estaria ameaçado. Por outro lado, se os Estados permanecessem muito poderosos e autônomos, agora em nome da liberdade, os diversos objetivos que iluminaram a criação do Governo Federal estariam ameaçados”.

Em contrariedade ao modelo de Estado unitário, nascido na Revolução Francesa, o conceito de Estado Federativo se apresentou como uma organização política realmente nova, possibilitando uma maior aproximação das funções do Estado aos anseios da sociedade que estivessem mais próximos do indivíduo, deixando-se de lado o que acreditavam ser o “interesse público”. Nesse momento, o valor do interesse da maioria deixa de ser supremo, fazendo com que o Estado se aproxime mais dos interesses difusos da sociedade.

⁵ Katz, Ellis. *Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano*.in Revista de Direito Público. Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, no. 65, Janeiro / Março -1983.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, a justificação do federalismo é feita por motivações racionais, sendo que a doutrina elenca alguns pontos essenciais como: 1) o federalismo **preserva a diversidade histórica e a individualidade**; 2) **facilita a proteção das minorias**;⁶ 3) (...); 4) o federalismo é um meio de proteção da liberdade; 5) o federalismo encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática; 6) a eficiência é, também, considerada como uma das razões que justifica o federalismo”.⁷

O ideal federativo, concebido pelo pensamento americano, previa uma grande descentralização do governo central aos Estados membros, dando-lhes autonomia administrativa e política. Para José de Castro Nunes, “salvo o requisito constitucional de guardar a forma republicana, cada Estado adota para si a Constituição que entender”.

Ao Governo Federal, concede-se apenas a competência para tratar de assuntos de interesses globais, visando à representação e defesa do Estado, respeitando as diferenças, costumes e interesses locais (adote-se a definição de interesse local dada neste trabalho), ficando a cargo dos estados membros, distrito federal e municípios, a competência de atuar mais próximo aos interesses individuais ou dos nichos comunitários, tendo uma atuação administrativa mais corriqueira e próxima do dia-a-dia da sociedade.

A repartição de competências é a peça fundamental dessa “máquina” administrativa buscada pelo federalismo, devendo ser muito bem efetuada para que se alcancem os objetivos de eficiência e liberdade, buscados pelo ideal federalista.

A descentralização geográfica e política obtida com o federalismo, por meio da concessão de autonomia, traz o respeito às diferenças regionais, típicas de nações com grande extensão territorial. Para a efetiva garantia da liberdade, buscada pelo federalismo, deve-se considerar e respeitar as diversas formas de vida e convívio social adotadas pelo homem.

A evolução do conceito democrático de vida social leva, cada vez mais, a certeza de que qualquer estrutura governamental, que busque a democracia e o bem comum, deve considerar que as pessoas são diferentes entre si, em sua forma física, social e também na interpretação do que seja o “interesse público”, conforme será apresentado⁸.

Para Robert Nozick, os homens “diferem em temperamento, interesses, capacidade intelectual, aspirações, inclinações naturais, anseios espirituais e modo de vida. Divergem nos

⁶ Grifo nosso.

⁷ José Alfredo de Oliveira Baracho. O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução. Revista de Direito Administrativo, Volume 200, abril/junho 1995, Edições Renovar, Rio de Janeiro, p. 48

⁸ Vide capítulo 3.

valores que aceitam e usam pesos diferentes àqueles que compartilham (desejam viver em climas diferentes – alguns nas montanhas e outros em planícies, desertos, beira-mar, cidades grandes e pequenas). Não há razão para pensar que haja uma única comunidade que sirva como ideal para todas as pessoas e há muitas para pensar que não existem”.⁹

Assim, a descentralização, determinada pelo ideal federalista, garante o respeito às divergências sociais do ser humano, possibilitando, contudo, uma administração central mais eficiente. Porém, para isso, é imprescindível uma repartição de competência que garanta a autonomia necessária aos estados membros (“interesses locais”), que passam a ter atribuições próprias, constitucionalmente garantidas. Estas o aproximam do ser individualizado, criando assim um elo institucional de ligação.

É oportuno observar que a doutrina classifica a origem do Federalismo sob dois aspectos: o Federalismo centrípeto (caso brasileiro) e o Federalismo centrífugo (caso americano). No caso do primeiro tem-se que o Estado não se descentraliza territorial e administrativamente, nascendo os estados membros através da vontade da federação. No caso do Federalismo centrífugo o poder emana de dentro para fora, ou seja, os estados membros decidem pela união e o conseqüente nascimento na nação federalizada.

2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O FORTALECIMENTO DO PODER LOCAL

O princípio da subsidiariedade será tratado neste trabalho apenas superficialmente, não sendo aprofundado em sua conceituação. Aqui, este deverá aparecer apenas como fundamento da força que tem sido dada ao poder local e o propulsor do seu próprio desenvolvimento nas constituições modernas.

Na definição de José Alfredo de Oliveira Baracho, “a subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual **as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível**”, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas ou executadas”. Paulo José Leite Farias completa dizendo que esse princípio está relacionado à descentralização política e administrativa, associado ao fortalecimento do poder local.¹¹

Muitos doutrinadores vinculam o princípio da subsidiariedade ao federalismo, traçando para ambos o mesmo objetivo, o de respeito ao individualismo e às minorias. A subsidiariedade

⁹ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, trad. De Ruy Jungmann.

¹⁰ Grifo nosso

¹¹ Citado por Paulo José Leite Farias, *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1999. p. 319

garante a manutenção do individualismo, dentro dos já classificados neste trabalho como “nichos” sociais.

O princípio da subsidiariedade é o instrumento que possibilita conciliar a integração (central) com a autonomia regional (autogoverno). Atualmente, frente aos novos acontecimentos políticos mundiais, de aglomeração de nações, como é o caso da União Européia e do Mercosul, o princípio da subsidiariedade garante o individualismo do cidadão frente aos interesses supranacionais.

Em face de todo o exposto, o princípio da subsidiariedade vem de encontro ao que se defende neste trabalho. O respeito às minorias e à individualidade do cidadão deve, cada vez mais, tomar força e ditar os caminhos a serem seguidos pelo Estado moderno. É falsa a crença de que a função do Estado deve se limitar aos anseios do sufrágio majoritário. A doutrina jurídica da formação do Estado moderno tem demonstrado o contrário.

2.4 O FEDERALISMO COMO GARANTIA DAS MINORIAS

Conforme já citado anteriormente, o surgimento do ideal federalista acontece na revolução americana, que buscava, após a independência das 13 colônias, criar um corpo forte o suficiente que garantisse a segurança dos pequenos estados que se haviam formado, nascendo a necessidade de se criar um ente que fosse central, garantindo a eficiência do todo e, contudo, mantivesse nas colônias o poder de autogoverno.

O grande problema enfrentado na época foi como conciliar um governo central, que concedesse estabilidade aos estados, sem, dessa forma, destruir a liberdade conquistada pelas colônias após a independência. Eliz Katz advertia que “por liberdade, os **founding fathers**¹² entendiam algo mais do que direitos individuais; certamente eles eram parte dela. Mas, mais importante, liberdade envolvia o direito do povo de autogovernar-se”.¹³

Essa preocupação com a autogovernança, em verdade, representa uma cautela ao direito de propriedade dado ao indivíduo, que, por natureza, é um ser divergente, sendo que esta é, sem sombra de dúvidas, a primeira garantia às minorias. Dessa forma, o ideal federalista procura equalizar as divergências existentes entre seus membros, buscando o desenvolvimento conjunto e o respeito às minorias.

¹² Grifo do autor

¹³ Eliz Katz, Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. Tradução do Bacharel Artur Lima Gonçalves. Revista de Direito Público. Janeiro/Março – 1983, no. 65, Ano XVI. Editora Revista dos Tribunais. P. 98 – 101.

É obvio que não existe um modelo de vida ideal e aceito por todos da mesma maneira, a divergência de pensamento e de condução de vida é salutar e fomentador do desenvolvimento social humano, contudo, o desrespeito aos que não estão agregados ao pensamento majoritário pode levar a humanidade a catástrofes. Para José Alfredo de Oliveira Baracho “qualquer tipo de estrutura deverá, primeiramente, considerar que as pessoas são diferentes entre si”.¹⁴

Em face de tão farta divergência de interesses, o federalismo procura aproximar o poder público dos anseios regionais, garantindo voz às minorias, por meio da representatividade política e da repartição territorial. No ideal federalista, as minorias possuem espaço e fazem parte das decisões globais.

2.5 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ESTADO FEDERATIVO

Competência é a autoridade que o Estado delega a determinado ente, administrativo ou não, sobre tal assunto ou patrimônio. A demonstração das competências, constitucionalmente garantidas aos órgãos administrativos, é de suma importância para este trabalho, já que assim se verificam os legítimos detentores do poder de atuação, nas diferentes áreas.

Segundo Maria Helena Diniz (1998)¹⁵, competência, para o Direito Administrativo, é a aptidão de uma autoridade pública, órgão ou funcionário público, para efetivação de certos atos ou para apreciar e resolver determinados assuntos. Para o trabalho, adotar-se-ão, primeiramente, as competências estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a competência legislativa e administrativa, referidas, diretamente ou indiretamente, aos recursos hídricos.

Considerando que o tema a ser discutido neste capítulo trata da divisão de atribuições entre os entes da federação, delegando poderes de interesse global à União e de caráter local aos Estados e Municípios, a discussão acerca da repartição é fundamental para a compreensão da influência dos diversos interesses no equilíbrio buscado pela federação, no que se refere ao tema principal desta pesquisa. Assim, estudar a técnica de repartição, no que se refere à competência administrativa e legislativa da União, dos Estados e dos Municípios, a respeito do recurso hídrico e seus diversos usos é fundamental à busca da ponderação dos conflitos existentes sobre esse recurso.

Como questão fundamental do federalismo moderno, a repartição de competências garante a efetiva autonomia aos estados membros, possibilitando uma maior eficiência na execução de

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *O princípio da subsidiariedade conceito e revolução*. Revista de Direito Administrativo. Volume 200, abril/junho 1995. Editora Renovar, Rio de Janeiro-RJ. Pp. 21-54.

¹⁵ Diniz, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Editora Saraiva. São Paulo, 1998

suas atribuições, além de impossibilitar a concentração de poderes nas mãos do Estado central, típica de Estados unitários.

Considerando que competência se equivale a capacidade de praticar atos jurídicos, a repartição garante à União e aos Estados a capacitação para exercer os poderes que a cada um incumbe a Constituição. Dessa forma, a repartição de competências é encarada por Raul Machado Horta como “a chave da estrutura do poder federal”, “o elemento essencial da construção federal”, “a grande questão do federalismo”.¹⁶ Assim, é na repartição de competências que se constata o maior ou menor grau de descentralização de uma nação.

Consoante o precioso ensinamento de Paulo José Leite Farias,¹⁷ *verbis*: “A autonomia do Estado-membro pressupõe repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa. O Estado Federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia. A técnica de repartição é elemento específico e essencial ao sistema federal. E, sob o ângulo da autonomia, a distribuição constitucional de competência entre o governo central e os governos estaduais irá conduzir ao conteúdo da atividade autonômica. A fórmula da repartição de competências constituiu preocupação absorvente na confecção do modelo originário do Estado Federal e a solução encontrada, para os intérpretes iniciais da Constituição norte-americana, deveria favorecer os poderes estaduais ou reservados, fundados em cláusula expansiva, enquanto os poderes federais seriam limitados pelo volume definido dos poderes enumerados”.

Constatado que o federalismo é um grande sistema de repartição de competências¹⁸, a definição e a correta distribuição dessas atribuições, administrativas e legislativas, é essencial ao bom funcionamento de toda federação. Contudo, ao longo de seus duzentos anos de história, o ideal federalista tendeu a desviar-se de sua formatação original, que proporcionava equilibrar eficiência e liberdade por meio da repartição de competências para a União e os Estados.

Amoldando-se aos imperativos de ordem social, econômica e política, típicos da evolução natural das sociedades, o sistema federativo tem sido classificado de duas formas, os chamados: *federalismo dual* e *federalismo cooperativo*.

¹⁶ HORTA, Raul Machado. *Organização constitucional do federalismo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília:ano 22, no. 87, jul./set. 1985.

¹⁷ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre - RS, pp. 95.

¹⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. Editora Atlas, São Paulo – 2000.

No federalismo dual, a repartição de competências é operada em dois campos de poder mutuamente exclusivos, a União e os Estados, sendo estes limitadores e absolutamente iguais, possuindo uma esfera de atuação bem definida e delimitada pela Constituição. Nos Estados Unidos, o sistema dual prevaleceu desde o momento da concepção da Constituição de 1787 até a grande depressão dos anos 30, quando o Governo Federal assumiu uma enorme força para o restabelecimento da ordem econômica que havia sido abalada por uma crise mundial que teve origem na bolsa de Nova York, fato esse que ocorreu em diversos países, inclusive no Brasil.

Ponderando sobre o federalismo dual, passa-se a transcrever os ensinamentos de Ellis Katz¹⁹ *verbis*: “...constitucionalmente, a concepção do governo federal deixou de ser aquela de um governo limitado e passou a ser aquela de um governo geral, com ampla autoridade para promulgar qualquer lei que acredite ser do interesse dos cidadãos norte-americanos. Isso não significa sugerir que o governo nacional use sempre sua autoridade. Tal como todos os governos, o governo nacional norte-americano continua limitado por fatores econômicos e políticos.”

Em contrariedade ao sistema apresentado, o federalismo cooperativo segue uma tendência de organização centrípeta das competências, fortalecendo o Governo central, onde este adquire uma grande força para interferir em matérias que antes eram de competência dos Estados. O surgimento deste sistema, nos Estados Unidos, deu-se, efetivamente, a partir das medidas energéticas do *New Deal*, o que foi paulatinamente sendo apoiado pela Suprema Corte Americana.

Inicialmente, o federalismo cooperativo, nos Estados Unidos, restringi-se apenas a intervenções de caráter político e econômico, não se estendendo às questões dos direitos civis e à tão valiosa liberdade. Contudo, no que se refere às garantias individuais e à defesa das minorias, é importante ressaltar que os Estados Unidos da América teve importante papel no combate ao racismo, na adjudicação dos negros nas escolas, e no caso do respeito aos imigrantes.

Contudo, o cenário político americano, diferentemente do passado, tem demonstrado que esse impedimento do Governo Federal sobre as questões individuais de direito fundamental tem-se distanciado cada vez mais da realidade, haja vista o que o Governo Federal americano tem

¹⁹ Katz, Ellis. *Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano*.in Revista de Direito Público. Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, no. 65, Janeiro / Março -1983.

praticado atualmente, em nome do combate ao terrorismo, não só em relação aos cidadãos de outros povos, mas também aos seus próprios cidadãos.

O momento vivido atualmente pela nação americana é totalmente atípico e não deve ser considerado como evolução do ideal de desenvolvimento social, já que essa aproximação do que se acredita ser o “interesse público” (combate ao terrorismo) é fruto do medo e se dá pelo instinto de conservação humana, motivo principal da formação do Estado. Além disso, essa política atualmente vivida nos Estados Unidos não modificou a forma de representatividade proporcional, que representa a minoria, nem o federalismo americano.

Apesar de a reeleição do atual governo americano demonstrar um possível referendo ao que se vem fazendo no campo político (restrição dos direitos individuais), a história tem mostrado que isto não prospera, já que a repressão conduz à revolução e o silêncio da sociedade se dá, neste momento, refletido pelo medo do que se acredita ser um mal maior, o terrorismo. Além disso, diversas denúncias colocam em dúvida a credibilidade do resultado das eleições americanas.

No Brasil, a reboque dos Estados Unidos, o federalismo se iniciou, juntamente com a República, por meio da aplicação da teoria clássica do federalismo, com esferas de competências bem definidas e delimitadas à União e remanescentes para os Estados-membros. Assim, o poder central não podia interferir nos assuntos sobre os quais não lhes era atribuída competência, restringindo-se somente aos assuntos contidos para si na Constituição.

Contudo, em face da grande disparidade de condições, principalmente econômicas, os estados mais ricos como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul prosperaram e conseguiram realizar plenamente as necessidades públicas, o que favorecia ainda mais o próprio desenvolvimento. Porém, em contrário, alguns estados, insuficientes até mesmo em se sustentarem, não atendiam nem mesmo as necessidades elementares.

Assim, sob a influência norte-americana, o Brasil, quase que instantaneamente também adere ao federalismo cooperativo, basicamente a partir da Constituição de 1934, que centralizava o poder no Governo Federal e atribuía a competência a este de promover, também, a equalização das condições dos Estados-membros. Demonstrando que, mesmo com a intenção de centralizar-se o poder na União, existia uma grande preocupação com as disparidades existentes no território nacional e o respeito às minorias hipossuficientes.

A partir daí, a centralização do poder não cessou mais, aumentando gradativamente e chegando ao seu ápice na Constituição de 1967, principalmente a partir da Emenda

Constitucional 1/69, sendo estes os anos de estrangulamento do federalismo no Brasil, criando, cada vez mais, uma maior dependência das autoridades estaduais frente ao Governo Federal.

É evidente que em face da exagerada concentração de poder nas mãos do Governo Federal, o ideal de equilíbrio entre eficiência e liberdade foi seriamente prejudicado.

Contudo, o que é entendido por muitos como a solução para esse desequilíbrio de funções, a garantia de autogoverno tem assegurado uma maior proximidade do governo com a sociedade, garantindo, de certa forma, a realização dos anseios da população. Porém, é bom registrar que a majoração alcançada com o sufrágio universal não quer dizer necessariamente que haja nela a efetiva realização do “interesse público” e que este, muito menos, é supremo a tudo. Como já foi demonstrado, o ideal democrático e a função do Estado prevêm o respeito aos direitos fundamentais e ao interesse particular.

Sobre essa “homogeneidade” dos interesses sociais, resulta-se o que afirma José Alfredo de Oliveira Baracho *verbis*: “O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade”.²⁰

Finalmente, tem-se que a repartição de competências é o mecanismo fundamental e mais importante do Estado Federativo, o qual garante o respeito aos interesses individuais e difusos da sociedade. Por meio dela, o Estado se aproxima do indivíduo e, conseqüentemente, de seus anseios. A forma de repartição adotada pelo Estado brasileiro (cooperativa) se fundamenta na necessidade de equilibrar o desenvolvimento nacional em todos os pontos do país. O que demonstra sobremaneira que a grande preocupação do Estado brasileiro é garantir o desenvolvimento global por meio de um equilibrado desenvolvimento em todo território.

2.6 AS TÉCNICAS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

A história do federalismo sempre teve a divisão de competências por meio de combinações diversas dos poderes enumerados, remanescentes e concorrentes. Da forma que foi concebido, o federalismo clássico previa a chamada técnica da repartição horizontal, que, como já foi dito, previa a delimitação dos poderes em uma radical divisão entre a União e os Estados.

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *O princípio da subsidiariedade conceito e revolução*. Revista de Direito Administrativo. Volume 200, abril/junho 1995. Ed. Renovar, Rio de Janeiro. Pp. 21-54.

Nesta, atribuem-se à União questões de caráter global, concernentes às relações exteriores, à defesa nacional, ao sistema monetário e de pesos e medidas, à nacionalidade, ao comércio e comunicação interestadual. Assim, resta ao Estado membro atuar em todas as matérias que não lhe são proibidas e que não estejam a cargo da União.

A repartição horizontal de competências, além de aplicada nos Estados Unidos, foi seguida por diversas Constituições, como a Argentina, de 1853; a da Venezuela, de 1961; a do México, de 1917; a da Suíça e outras. Contudo, constatam-se algumas pequenas diferenças do modelo original.

A repartição vertical, típica do federalismo cooperativo, utiliza competência concorrente, atribuindo a mesma matéria a concorrentes entes da Federação, porém em níveis diferentes, concedendo, sobre uma mesma matéria, ao Governo Federal, a competência de estabelecer normas gerais, particulares e específicas, porém, seguindo sempre a orientação traçada pela norma federal.

A repartição vertical de competências é claramente perceptível na Constituição de Weimar, da Alemanha, onde o artigo 6º relacionava as competências legislativas exclusivas da União e o artigo 7º atribuía a um elenco de matérias, a competência concorrente dos Estados e da União. Assim, aos Estados-membros, cabia apenas legislar sobre as matérias em que o governo central não utiliza tal prerrogativa, contendo, ainda naquela Constituição, o dispositivo de que os dispositivos federais deveriam prevalecer sobre os dispositivos estaduais (art. 12 e 13).

A Constituição Alemã de 1949, assim como no Brasil, após um turbulento período de concentração de competências ao poder central, reorganizou as estruturas democráticas de um grande país que passou a ser chamado de República Federal da Alemanha.

A técnica de repartição de competências é a peça fundamental da formação de um Estado federativo, a delimitação da atuação de cada um dos membros da federação delimita o grau de descentralização dado aos diversos membros. Assim, a repartição de competências determina a força dos interesses locais e regionais. Adiante, será demonstrado como foi operacionalizada tal repartição nas diversas Constituições brasileiras, desde o século XIX, com a formação da República até a Constituição democrática vigente de 1988.

2.7 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As elaborações das Constituições brasileiras sempre sofreram uma forte influência do modelo proposto por outros países, sendo que a primeira, de 1891, nasceu com uma grande influência

americana, instituindo o federalismo dual no Brasil. Já na Constituição de 1934, apesar de repartir as competências conforme o federalismo cooperativo, como foi o caso dos Estados Unidos, essa Constituição sofre, agora, uma grande influência das Cartas Alemã e Austríaca, que também instituíam a competência concorrente.

Basicamente, a repartição de competências, no Brasil, teve essas duas fases, iniciando com o federalismo clássico, com a repartição dual de competências e, posteriormente, passando para o cooperativo, o que perdura até os dias de hoje.

No fim do século XIX, o Brasil se deparava com a derrocada do regime monárquico, no qual se previa uma exagerada concentração de poderes no monarca, não possuindo qualquer forma de descentralização de poderes às regiões do País. De forma contrária ao que havia ocorrido nos Estados Unidos, o federalismo no Brasil vem diretamente da transição da monarquia para o republicanismo, não havendo, no caso, a independência prévia dos Estados, como foi no caso americano.

De todas as Constituições brasileiras, essa foi a mais fiel ao federalismo clássico, com a repartição dual de competências, dando uma grande autonomia aos Estados-membros, o que gerou uma série de conflitos entre os Estados e entre estes e o Governo Federal.

Além das competências implícitas (art. 33) e as privativas (art. 34) da União, a Constituição de 1934 concedia, também, alguns poderes residuais aos estados (art. 65) e inovava em relação ao Município, assegurando a sua autonomia nos assuntos de seu peculiar interesse (art. 68).

Sob o aspecto tributário, o que garantiria a autonomia financeira dos Estados e da União, os artigos 7º e 9º, foram relacionados os tributos da União e dos Estados, respectivamente, além de possibilitar aos Estados a criação de outros, cumulativamente ou não (art.12).

A Constituição de 1934, seguindo a tendência americana e influenciada pelas Constituições Austríaca e Alemã, instituiu uma repartição de competências centralizada, com competências privativas da União, além de inserir as competências concorrentes não cumulativas, conferindo à União a fixação de normas gerais sobre certas matérias e aos Estados a legislação complementar nessas mesmas matérias.

Aos Municípios foram atribuídas as competências de organizar-se politicamente, instituir os seus tributos, atuar de forma a aplicar suas rendas e organizar os serviços de caráter local, ficando sob sua autonomia, os assuntos de seu particular interesse (art. 13).

A partir dessa, as Constituições brasileiras não trouxeram muitas novidades no tocante à repartição de competências, pautando-se sempre por uma mesclagem dos poderes enumerados, remanescentes e concorrentes.

A Constituição de 1937, apesar de ainda sofrer a influência do ideal centralizador, trazia uma novidade: o artigo 17 facultava aos estados legislarem sobre matérias de competência privativa da União, contudo, somente para regulamentá-la ou de forma a suprimir lacunas, mas sempre sob a condição de serem assuntos de predominante interesse do Estado, necessitando, ainda, a chancela do Governo Federal.

Visando a suprimir deficiências ou a atender a peculiaridades locais, porém cumprindo as exigências da lei federal, quando houvesse, o Estado poderia legislar sobre matérias específicas, sendo que, caso contrariasse a norma federal já existente ou que viesse a ser sancionada, ficaria a legislação estadual revogada, prevalecendo a do Governo Federal (art. 17 e 18).

O Governo Federal poderia, ainda, conceder ao Estado-membro a competência para executar serviços de sua responsabilidade, havendo, também, uma reciprocidade do Estado, que poderia delegar a funcionários federais atribuições estaduais (art. 22).

Apesar dessas inovações, as competências remanescentes dos Estados continuaram fortes (art. 21), sendo que aos Municípios criaram-se apenas algumas restrições ao autogoverno (art. 26). Quanto aos tributos, continuou-se com a mesma essência da de 1934, especificando os tributos cabíveis a cada esfera (art. 20, 23 e 28), proibindo a bi-tributação e determinando que os Estados partilhassem com os Municípios os impostos da indústria e das profissões (art. 23).

Tratando de analisar as duas Constituições, de 1934 e 1937, Fernanda Dias Menezes de Almeida presta-se à seguinte análise: “O fato, porém, é que a duração fugaz da Constituição de 1934 e a circunstância sobejamente conhecida de não ter sido efetivamente aplicada a Constituição de 1937 impediram a produção de resultados que permitiriam melhor sopesar o valor dos dois documentos na prática constitucional”.

Mantendo, ainda, o ideal de federalismo cooperativo de repartição vertical de competências, a Constituição de 1946 basicamente em nada mudou, no tocante a esse tema, em relação à de 1934, tratando dos poderes enumerados da União no art. 5º, dos poderes remanescentes dos Estados, no art. 18, e dos poderes concorrentes no artigo 6º, mantendo a competência supletiva complementar para os Estados, mantendo, também, inicialmente, as mesmas divisões no tocante à repartição dos tributos, tendo, posteriormente, pequenas alterações.

Fruto de um governo autoritário e ditatorial que se vivia à época, a Constituição de 1967 estrangula, por definitivo, o federalismo, possibilitando posteriormente a intervenção do governo central até mesmo na vida individual dos cidadãos. No tocante à repartição de competências, não se alterou o que vinha da Constituição de 1946. Contudo, com a Emenda 1/69, algumas alterações foram colocadas no texto original, inovando-se na que se refere à competência concorrente, já que o art. 13 previa a possibilidade de, mediante convênios, União, Estados e Municípios poderem combinar a execução de suas leis, de seus serviços e de suas decisões, por intermédio de seus funcionários.

Aos Municípios manteve-se, em grande parte, sua autonomia, reprimindo-se apenas o que se referia à eleição de seus governos, o que foi gradativamente retornando ao original. No tocante aos tributos, também se manteve o que vinha da Constituição anterior.

Em face do longo período vivido pelo Brasil, de centralização do poder, principalmente nos anos que a sucederam, a Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, montou uma nova ordem federativa no Estado brasileiro, sofrendo uma grande influência dos ideais democráticos e aplicando o que se viu de mais moderno no que se refere à garantia dos direitos individuais, eficiência administrativa e liberdade. Tão grande sua complexidade e inovação, a Constituição de 1988 será tratada separadamente em um capítulo próprio.

2.8 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o amadurecimento dos ciclos revolucionários, iniciados em 1967, a sociedade brasileira demonstrava um desejo manifesto pela democracia, determinando as eleições diretas e clamando pela recomposição das instituições democráticas brasileiras que, há tempos, haviam sido estranguladas pelas mãos do autoritarismo. Assim, o povo brasileiro iniciou um ciclo de movimentos populares jamais visto na história do Brasil, o movimento denominado como “Diretas Já”.

Ao fim do mandato do Presidente João Figueiredo, ainda por eleições indiretas, Tancredo Neves é declarado o próximo Presidente da República, contudo, o destino mostraria outro caminho ao Brasil. Tancredo morre antes de ser empossado e José Sarney, seu vice, assume a Presidência.

Por meio da Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985, José Sarney convoca a Assembléia Nacional Constituinte, composta pelo Congresso Nacional, que viria a ser eleita

em 15 de novembro de 1986. Assim, em primeiro de fevereiro de 1987 instala-se a Constituinte, que prepara a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988.

Para a direção dos trabalhos de elaboração dessa nova Carta Constitucional, que deveria trazer contribuições do povo, por meio de diversos segmentos da sociedade, o Presidente nomeia a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta por variados membros da sociedade e presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, a posteriormente chamada de “Comissão dos Notáveis”.

Nos trabalhos de elaboração, a discussão acerca do tema repartição de competências deu origem a três subcomissões distintas e vinculadas à Comissão da Organização do Estado, sendo elas: Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; a Subcomissão dos Estados, e a Subcomissão de Municípios e Regiões.

A intenção de se criar um Estado totalmente diferente do que se tinha na época era claro em todos os pensamentos. Buscavam-se a democracia e a descentralização efetiva dos poderes do Estado brasileiro. Isso fica claro em todos os relatórios das comissões e subcomissões, pois estes demonstram claramente a intenção de modificação da estrutura federativa, na busca de uma descentralização maior que levasse à recuperação das autonomias periféricas.

Contudo, em face do histórico de centralização dos poderes, o Estado brasileiro não poderia sofrer uma modificação brusca em sua estrutura federativa; era, pois, necessário uma mudança lenta, na qual se implantasse a descentralização de maneira gradual, sendo recomendada, para isso, a criação de uma esfera comum de competências para a União, os Estados e os Municípios.

Por fim, o anteprojeto constitucional trazia em seu escopo a distribuição de competências com a combinação dos poderes enumerados, remanescentes e concorrentes, originando um sistema complexo, com competências privativas e concorrentes, possibilitando, também, a delegação de competência. Adiante, segue uma pequena descrição do modelo adotado.

Para a União, o artigo 21 reserva as competências administrativas e políticas, inerentes ao funcionamento do Estado (nação), sendo que, no artigo 22, estão elencadas as matérias de competência normativa privativa deste.

Aos Estados-membros reservou-se a competência residual não enumerada (artigo 25), além de atribuir a competência privativa de explorar os serviços locais de gás canalizado (art. 25, §2º); instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art.25, §3º); criar

Municípios (art. 18, §4º), e a competência administrativa e política de sua organização interna (art. 25).

Aos Municípios foi reservada a competência de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30 inciso I), além de outras de caráter administrativo, elencadas nos incisos III, IV, V e VIII.

O Distrito Federal assumiu as competências reservadas aos Estados e ao Município, conforme artigo 32, § 1º.

Analisando as competências comuns, o artigo 23 apresenta uma série de assuntos, os quais em conjunto ou separadamente, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem defender. As competências comuns devem ser tratadas como a forma que o constituinte se utilizou para abordar assuntos de relevância geral, além de não afrontar demasiadamente a cultura centralizadora vivida pelo Brasil na época.

De forma concorrente, o artigo 24 atribui competência legislativa à União, aos Estados e ao Distrito Federal a uma série de matérias, sendo que, apesar de excluído dessa competência concorrente, o inciso II do artigo 30 atribui a competência ao Município de suplementar legislação federal e estadual nos assuntos que couber.

A Constituição de 1988 traz, também, a figura da competência delegada, que, conforme o artigo 22, à União é permitido autorizar, através de lei complementar, legislar sobre questão específica de matéria de competência legislativa da União.

Seguindo seu princípio federativo, a Constituição Federal delegou competências legislativas exclusivas, ora à União (art. 22), ora aos Estados (art. 25, § 1o.) e ao Distrito Federal (art. 32, § 1o.) ou ora aos Municípios (Art. 30, I e II), além de competência concorrente a estes entes (art. 24).

Grandes inovações democráticas foram postas nessa Carta Constitucional, que, no que se refere ao meio ambiente e aos recursos hídricos, possui grandes particularidades, delegando competência concorrentes a todos os entes da federação e ampliando a participação popular e dos interesses locais difundidos pela sociedade, o que pode ser constatado na Tabela 1, que segue adiante. Nessa tabela, buscou-se trabalhar a repartição de competências administrativa e legislativa, além de demonstrar os órgãos administrativos responsáveis (cenário institucional) e a divisão constitucional por atribuição aos diversos entes da federação.

Tabela 1 – Demonstrativo de repartição de competências na Constituição Federal

Entes da federação	Competência legislativa	Competência administrativa (atuação ambiental)	Órgãos administrativos	Divisão da atribuição por matérias definidas
União	<ul style="list-style-type: none"> • PRIVATIVA Monopólio: águas, energia, crimes, recursos minerais, questões indígenas (Congresso Nacional) Art. 22 da CF • CONCORRENTE Estabelece as normas gerais (Congresso Nacional) Art. 24, 1º, da CF 	<ul style="list-style-type: none"> • COMUM Poder de Polícia Multar Licenciar Fiscalizar Embargar Interditar Art. 23 da CF 	Ministério do Meio Ambiente CONAMA IBAMA DNPM ANA ANEEL	Caça Energia nuclear Agrotóxicos Águas Mineração Garimpo Lixo Unidades de conservação Floresta
Estados	<ul style="list-style-type: none"> • CONCORRENTE Assembleia Legislativa Art. 24 da CF 	<ul style="list-style-type: none"> • COMUM Poder de Polícia Multar Licenciar Fiscalizar Embargar Interditar Art. 23 da CF 	Secretarias do Meio Ambiente Secretarias de Energia Secretarias de Recursos Hídricos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente Órgãos Ambientais Estaduais	Águas internas Solo agrícola Erosão Lixo Floresta
Municípios	<ul style="list-style-type: none"> • SUPLEMENTAR Interesse local Plano diretor Art. 30 da CF 	<ul style="list-style-type: none"> • COMUM Poder de polícia Multar Licenciar Fiscalizar Embargar Interditar Art. 23 da CF 	Secretarias Municipais de Meio Ambiente Conselhos Municipais de Meio Ambiente	Zoneamento urbano Plano diretor Distrito industrial Parcelamento do solo urbano Poluição sonora Edificação Trânsito Lixo

Para o melhor entendimento do trabalho, passa-se a enumerar a competência legislativa de cada um desses, restringindo-se àquelas relevantes ao tema “água”.

2.8.1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Conforme determina o artigo 22 da Constituição Federal, trata-se de competência exclusiva da União, dentre outros assuntos, legislar sobre: “águas, energia, informática, telecomunicação e radio difusão (inciso IV); regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (inciso X); trânsito e transporte (inciso XI).”

Porém, o parágrafo único do referido artigo autoriza a delegação de tal competência legislativa para os Estados, por meio de Lei Complementar, ainda inexistente.

Em seu artigo 24, a Constituição Federal dá atribuição legislativa comum aos entes federados nos seguintes temas relativos à água: “floresta, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso

VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, cultural, turístico e paisagístico (inciso VIII)”.

Concorrente, a Constituição limitou à União a competência de estabelecer normas gerais, atribuindo aos Estados o dever de legislar de forma suplementar. A lógica constitucional reflete a realidade da sociedade, uma vez que os assuntos selecionados neste artigo são de maior interesse local, dando, assim, ao cidadão importância maior, sem, contudo, excluir os interesses coletivos maiores. É a descentralização sem chegar ao cúmulo do feudalismo.

Para os Estados, a Constituição Federal reservou-lhes a competência de legislar somente sobre os assuntos sobre os quais a Constituição não lhe vedou autoridade nem a atribuiu exclusivamente à União. Já o Distrito Federal detém competência de legislar sobre as mesmas matérias reservadas aos Estados e aos Municípios.

Ao Município compete legislar sobre matérias de interesse local, que não contrariem legislação federal ou estadual vigente.

2.8.2 COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A competência administrativa, aqui evocada, trata da autoridade da administração pública para cuidar dos assuntos de sua responsabilidade, sendo que este trabalho abordará somente os aspectos voltados aos recursos hídricos. Por vezes, o domínio é suficiente para definir a competência plena administrativa. No entanto, existem competências concorrentes, mesmo esse não havendo. Dessa forma, domínio de bem público e competência administrativa quase sempre se confundem, porém uma não está inserida na outra, isto, em face da preocupação da Constituição em descentralizar os assuntos de interesse regional e local, conforme se verifica em alguns artigos, em que se atribui competência comum para os entes da federação, não só no tocante à legislativa como também à administrativa.

Embora a discussão de competência e domínio seja de fundamental interesse, não é este o foco deste trabalho. Aqui, busca-se uma interpretação menos hermenêutica, atendo-se às necessidades das populações, o que, em última instância, deveria conduzir à prática do direito. José Afonso da Silva (2000)²¹ afirma: “O princípio geral, que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal, é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predomínio

²¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros – 17a. edição. São Paulo, 2002.

interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local...”

Conforme determina a alínea “b”, do inciso XII, do artigo 21 da Constituição Federal, é competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidrenergéticos. A alínea “d”, do mesmo inciso, estabelece, ainda, que os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, e dos portos marítimos, fluviais e lacustres, também deverão ser explorados pela União.

No tocante ao aproveitamento energético dos cursos d’água, não haveria a necessidade de se definir competência à União, uma vez que já é dela o potencial hidrenergético. Deduz-se, daí, que o objetivo do artigo 21 é o de permitir a exploração dos mesmos de maneira indireta e o de estabelecer a obrigatoriedade de articulação com os Estados, para a exploração hidrelétrica. Entende-se, aqui, como “exploração” a construção e a operação do aproveitamento energético, sendo que, “articulação” não é meramente um processo de comunicação ou de aconselhamento, constituindo-se, sim, em uma decisão comum, partindo-se de iniciativa da União.

Ainda, no artigo 21, verifica-se a competência da União: no planejamento e na defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; na instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e na definição de critérios de outorga de direitos de seus usos, o que foi efetivamente cumprido a partir da lei 9.433/97, que institui a política nacional de recursos hídricos e determina o aproveitamento múltiplo das águas.

Porém, o artigo 23 da Constituição atribui competência comum à União, aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios, para o registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Ficam, pois, definidas ações concorrentes e harmônicas que devem buscar o interesse coletivo sem oprimir os interesses locais, independente de quem seja o domínio.

O artigo 20, da Constituição Federal, indica, também, entre os bens da União, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Também são da União as águas em depósito, em rios estaduais, quando decorrentes de suas obras (art. 26, inciso I). Esse último ponto, foco de muita contestação, está submetida à exigência constitucional de edição de lei, que ainda não ocorreu, não havendo, tampouco legislação anterior que seja recepcionada.

Aos Estados e ao Distrito Federal, a Constituição (art. 26, I) reservou o domínio das águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas aquelas de domínio da União.

De forma recíproca à União, conforme estabelecido no artigo 23 da Constituição Federal, os Estados poderão ter, em suas águas, ações administrativas de fiscalização, registro e acompanhamento por parte dos municípios e da própria União.

2.9 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Conforme se vê do estudo, a evolução do Estado leva a uma descentralização administrativa e, conseqüentemente, fortalece os anseios locais, diversificados em toda sociedade.

Evolutivamente, a formação social do Homem o levou ao modelo de Estado moderno, o qual garante o respeito aos direitos individuais fundamentais e se preocupa com os anseios populares das minorias. Além disso, vê-se que a história conduz sempre à criação de instrumentos que impossibilitem a tirania e garantam o respeito ao Homem individualizado.

A criação do modelo de Estado Federativo busca garantir o fortalecimento de determinada “nação” sem que, conseqüentemente, seja enfraquecido o interesse do indivíduo e de sua localidade.

O princípio da subsidiariedade demonstra que mesmo que o Estado busque mecanismos de fortalecimento do global, estes deverão sempre encontrar espaço para os anseios das minorias localmente assentadas. Assim, o Estado moderno busca a democratização, por meio do respeito às minorias e da busca do bem comum global.

Para a instrumentalização de tal formação estatal, a constitucionalização dos conceitos federativos requer a configuração dos mecanismos de repartição de competências, o que garante a preparação da “máquina” do Estado.

No caso do Estado brasileiro, a Carta cidadã de 1988 traz a redemocratização e uma ampla descentralização, seja administrativa ou territorial. A formalização de um Estado Federativo cooperativo faz da União o agente responsável pelo desenvolvimento “global” com o equilíbrio das desigualdades regionais e, dos Estados, os instrumentos administrativos que se

aproximam do indivíduo e se adaptam às diferenças regionais. Além disso, a Constituição atribui, como já foi mencionado, uma responsabilidade solidária na proteção ao meio ambiente, determinando que este deva ser ecologicamente equilibrado de forma a garanti-lo para as atuais e futuras gerações.

Tornando o Poder Público mais próximo do indivíduo, a Constituição de 1988 concede ao poder local, o Município, uma série de autonomias e responsabilidades, o que demonstra a crescente importância dada ao poder local.

Em todo texto constitucional, nota-se, claramente, que o Constituinte teve uma grande preocupação quanto ao fortalecimento das questões locais, seja por meio da repartição de competências, seja nas garantias individuais e, também, na criação de mecanismos de participação popular, como proposição de projetos de lei e outros.

Sobre a questão ambiental, a Carta de 88 buscou atribuir competência a todos os entes da federação na atuação de forma a preservar e proteger o meio ambiente, já que o “interesse ambiental” possui uma forma diferente das demais questões.

Por fim, conclui-se que, apesar de ser de competência exclusiva da União tratar de assuntos relacionados à água e à energia, a questão do conflito no uso dos reservatórios hidrelétricos, por não ser de caráter exclusivamente vinculado à energia e à água, deve considerar a questão local, haja vista que o que se defende, nesse caso, são questões muito maiores do que às ligadas a esses setores, afetando princípios constitucionais, como o do direito à vida, o do desenvolvimento regional, e o de um ambiente ecologicamente equilibrado.

3 “INTERESSE PÚBLICO”

3.1 INTRODUÇÃO

É comumente aceita no mundo jurídico a fundamentação de decisões administrativas evocando-se a supremacia e a indisponibilidade incondicionais do chamado “interesse público”. Contudo, é unânime o entendimento de que não há uma conceituação concreta desse termo e que este não é absoluto nem possui uma lógica concreta que o torne perceptível e universalmente aceito. Ou seja, não há um instrumento jurídico que possibilite a determinação efetiva do que seja o “interesse público”.

No entanto, pode-se verificar que há uma grande facilidade em apresentar o que não seja o “interesse público”. Marçal Justem Filho²² apresenta três equívocos na tentativa de apresentação de uma teoria para visualização do “interesse público”. Primeiro, segundo ele, pode-se dizer que não há qualquer possibilidade de se confundir “interesse público” e interesse estatal, isso por haver interesses estranhos à atividade estatal e que se qualificam como de “interesse público”, como os interesses do chamado terceiro setor, e, também, por ser o “interesse público” o próprio formador do Estado. Segundo, na alegação de que o “interesse público” não se confunde com o interesse do aparato do administrativo, ou seja, vantagens administrativas não podem ser vistas como “interesse público”. E, por fim, que o “interesse público” não se confunde com o interesse do agente público.

Assim, algumas tentativas foram traçadas por Marçal Justem Filho²³ para tentar criar uma lógica interpretativa do “interesse público”, chegando-se às seguintes conclusões:

- O “interesse público” não é o interesse particular compartilhado por todos, pois não há qualquer possibilidade de um consenso universal sobre qualquer assunto que seja, já que o homem é diferente em sua essência;
- O “interesse público” não pode se fundamentar, em uma democracia, no interesse da maioria, já que, dessa forma, sufocaria as minorias e “um Estado Democrático caracteriza-se pela tutela tanto dos interesses das majorias como das minorias”.
- Não é possível reconhecer um único e absoluto interesse que possa ser tido como “interesse público”. Uma sociedade democrática se caracteriza pelo respeito a pluralidade de pensamento e de interesses.

²² Marçal Justem Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo – SP.2005.

²³ Marçal Justem Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo – SP.2005.

É certo afirmar que, em um Estado Democrático de Direito, qualquer atividade que envolva uma variada gama de interesses, os quais, em certos casos, respaldam-se no “interesse público”, merece uma ponderação em sua interpretação, pautando-se em princípios éticos do direito relacionados a princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. Para Marçal Justen Filho “nem sequer há um modo prático de descobrir “o” interesse da “maioria” do povo. É que existe um conjunto homogêneo de interesses privados aos quais se possa atribuir a condição de interesse da maioria. Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos”²⁴.

Dessa forma, no tema central deste trabalho, a grande discussão acerca do conflito sobre o uso dos recursos hídricos em centrais hidrelétricas ocorre entre os interesses locais, representados pelas comunidades locais que exploram os recursos hídricos e os interesses globais, que se reflete nos setores dependentes da energia gerada pela usina, ou seja, na indústria, comércio, residências, hospitais, escolas, segurança pública, etc, de todo país, já que a energia gerada será posta no sistema interligado e distribuída em todo país. Inicialmente, é bom que se deixe claro que não há uma impossibilidade de convivência entre os dois interesses, pois, tecnicamente, é possível chegar-se a um ponto que possibilite tanto a geração de energia quanto a exploração dos recursos hídricos pelos demais agentes.

No caso em debate, os interesses locais lutam por uma cota mínima de água, que deveria ser respeitada pelo setor elétrico no despacho operativo (que determina a geração e a vazão de água) das usinas hidrelétricas. Vale dizer que a manutenção da água nos reservatórios não satisfaria apenas interesses econômicos, mas, também, ambientais e até o de consumo humano de água.

Os interesses globais requerem a liberdade de operação dos reservatórios hidrelétricos, de forma que estes possam maximizar a geração de energia elétrica, minimizando o custo operativo, o que, conseqüentemente, resulta no deplecionamento dos reservatórios.

O que se percebe é que, nesse caso, não há uma configuração exata e determinada do que seja o “interesse público”. Aqui, os dois conflituosos agentes prestam-se a fundamentar-se na supremacia e indisponibilidade do “interesse público”. Dessa forma, este estudo buscará encontrar um equilíbrio entre estes, de forma que se alcance o “interesse público”, a partir da razoabilidade e racionalidade da discussão, fundamentando-se em princípios humanos, sociais

²⁴ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo – SP.2005.

e éticos de bem-estar social e não apenas na matemática do máximo alcance dos “beneficiados” econômicos.

Este capítulo terá como papel demonstrar que o “interesse público” não pode ser visto de forma única e absoluta, devendo este se apresentar frente a determinado contexto fático. No caso deste trabalho, não se deve considerar que haja um interesse particular envolvido, mas sim interesses coletivos conflituosos, pela forma de operação do lago.

É bom que se afaste a idéia ideologicamente contaminada de que os interesses locais estão inseridos nos interesses particulares e por isso não pode prosperar pelo fato de beneficiar indivíduos determinados. O que se tem aqui são comunidades dispersas pelo entorno dos reservatórios que se utilizam destes economicamente e também como suprimento do consumo humano de água, o que garante a vida desses indivíduos em uma extensa faixa territorial e em um importante aglomerado populacional.

A visão que se deve ter do caso é a de que as comunidades do entorno representam não apenas interesses individuais, mas, também, os interesses difusos e coletivos. Contudo, considerando que o “global” é formado por universo composto de “indivíduos”, estes, em certos momentos, também deverão ser respeitados em sua vida individual.

A questão ventilada por este capítulo nos remete à discussão em torno do conflito de interesses (princípios), sendo que, neste caso, estão, de um lado, os interesses locais (comunidades do entorno do lago), que garantem a sobrevivência das comunidades lindeiras dos reservatórios e, de outro, o setor elétrico, que busca a maximização da geração de energia, por meio da minimização dos custos, ou seja, este, caso atendesse os anseios locais, não deixaria de gerar energia, mas sim necessitaria de uma complementaridade, por meio de outra usina. Considerando-se que os setores dependentes da energia gerada por esta usina pode ser atendida por outra usina já existente ou a ser construída, isso graças a “fungibilidade” da energia elétrica. Desta forma, pode-se dizer que os interesses globais encontram respaldo unicamente por fundamentos econômico-financeiros. Assim, o presente estudo deverá traçar uma discussão que possibilite contextualizar o “interesse público” no caso em discussão, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, nascido, no Brasil, com a Constituição de 1988.

Para isso, será feita uma discussão ideológico-jurídica, na qual será contextualizado o Estado e sua evolução histórica, partindo do Estado feudal e chegando ao Estado moderno. Em seguida demonstrar-se-á a estrutura administrativa deste e suas funções perante os indivíduos,

demonstrando, também, que o termo “interesse público” não possui uma forma única e absoluta.

3.2 O PODER PÚBLICO E O “INTERESSE PÚBLICO”

Fruto da busca pela conservação própria da humanidade, o Estado surge a partir da socialização do homem e sua busca por segurança e desenvolvimento. Assim, o homem submete sua liberdade individual a uma liberdade social, ao bem comum, sujeitando-se aos interesses desse Estado, que passa a personificar e representar uma aglomeração social. Para Hobbes²⁵, tal fenômeno ocorre pois, cansado de sua condição incerta de guerra e sujeito às suas paixões naturais, o homem verifica a necessidade de sua conservação e cria um ente, forte o suficiente para dar-lhe segurança e garantir o bem comum, no qual exerce o poder de toda uma coletividade sobre o ser individual. Para Hans Kelsen²⁶, o Estado é apenas uma unidade de indivíduos criada por um vínculo comum de interação mútua.

Visualizando o Estado de uma forma mais contratualista, passando a ponderar os interesses envolvidos nesta troca da liberdade individual pela submissão à coletividade, Rousseau contextualiza, no que chama de primeira forma de Estado, a relação de submissão e conservação, afirmando que “a mais antiga de todas as sociedades, e única natural, é a da família; ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para a própria conservação”.

A idéia de necessidade de conservação e união de poder, também é compartilhada pelo citado filósofo, que passa a supor que os homens, em dado momento, não podem mais “engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes”, não possuindo outra forma de conservar-se senão por meio da aglomeração de um conjunto de forças, criando um ordenamento que possibilite a tal aglomeração atuar de forma a operar em “concerto”.²⁷

Não é a intenção do estudo fazer uma definição absoluta e incólume acerca do Estado, já que a mutabilidade social e histórica do Homem afeta frontalmente as finalidades e a estrutura do Poder Público. Como já alertou Floriano Marques Azevedo Neto²⁸, é possível tratar do Estado referindo-se às diversas de suas dimensões. “Pode-se estar enfocando-o enquanto detentor do monopólio da violência legítima. Pode-se, de outra feita, estar privilegiando o Estado

²⁵ Hobbes, Tomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Editora Nova Cultural, tradução de João Paulo Monteiro *et al.* São Paulo 1999. Pp.141.

²⁶ Kelsen, Hans. *A Democracia*. 2ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 2000. pág. 305.

²⁷ Rousseau, Jean Jaques. *Contrato social ensaio sobre a origem das línguas, Do*. Volume I. Editora Nova Cultural, tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo-SP, 1999. Pp. 55.

²⁸ Azevedo Neto, Floriano Marques de. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. Editora Malheiros, 2002, São Paulo – SP.

enquanto formulador ou executor de políticas públicas. Por fim, pode-se estar privilegiando a concepção de Estado enquanto aparelho decisório, detentor de um poder vinculante dos indivíduos”.

Melhor se adapta às intenções deste trabalho o enfoque dado ao Estado por Marques Neto, que o coloca como “núcleo que reúne a capacidade concentrada de deliberar, politicamente, sobre a alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos amealhados junto à coletividade social com vistas, potencialmente, a atender as necessidades dispersas por essa coletividade (“bens públicos” ou “utilidades públicas”)

O grande enfoque que se pretende dar ao Estado, por este trabalho, é a aparência deste como instrumento que atenda as necessidades dispersas pela coletividade, ou, dentro de uma definição mais simplista, porém mais abrangente, como agente fomentador da busca do “bem comum”.

Em seu pensamento, Rousseau teoriza o que chama de “contrato social”, na submissão do indivíduo às regras do Estado, afirmando que o homem ao nascer socialmente renuncia a todos os seus direitos, inclusive à sua liberdade natural, em prol do respeito geral à sua própria liberdade, agora coletiva, transferindo todos os seus direitos, advindos de sua natureza livre, em prol do bem-estar geral, no qual está inserido. Com isso, conclui-se que esse pacto social dá ao corpo político (o Estado) um poder absoluto sobre todos os seus membros, que, sendo exercido por meio da vontade geral, ganha o nome de “soberania”.

Apesar de possuir o que chamam de soberania, o Estado, por ser fruto da liberdade individual, deve se submeter às garantias individuais dadas aos seus membros, respeitando o indivíduo e exercendo o interesse da maioria.

Nessa mesma linha, Sieyès, em 1799, escreveu que, embora a nação se caracterize pela “unidade da vontade comum”, não se poderia esquecer que “o indivíduo é a origem de todo o poder”²⁹. Daí, a liberdade do Estado é fruto da coletividade e do respeito ao ser individual, que também compõe essa chamada soberania.

É bom que se deixe claro que esse interesse da sociedade não está presente apenas na matemática da maioria dos membros deste Estado, mas, também, em certas minorias e até mesmo no individual, pois, como já foi dito, ao submeter sua liberdade aos interesses do bem comum, o homem o faz na esperança de ter seus direitos individuais respeitados, formando de sua individualidade o todo da coletividade (o Estado).

²⁹ E. Sieyès, *Qu'est-ce que lê tiers état?*, pp. 65-6

Contudo, a exagerada concessão de poderes ao governante, na derrocada da Idade Média, mais precisamente com o advento do Absolutismo, fez com que o Estado afastasse sua prática dos verdadeiros anseios da sociedade, o real titular do poder. Como já preconizava Maquiavel, o homem quando detentor do “Poder” o exerce abusivamente e de forma a satisfazer seus anseios pessoais.

Neste trabalho, adotar-se-á o Estado sob duas de suas principais particularidades essenciais, tais como a soberania e a dicotomia entre público e privado, que, com a modernização do Estado, passam a se aproximar a se confundir.

Segundo Marques Neto, o Estado moderno adquire novas formas e passa a se modificar nesses dois pontos que ele afirma serem fundamentais ao exercício do poder público. Para ele, “difunde-se a idéia da substituição do poder do soberano (pessoa), para si e *contra o súdito* pelo poder do soberano (ente) para o *súdito*. Só que, onde havia o indivíduo (súdito), passa a haver a sociedade – o que envolve um conjunto de indivíduos dotados de alguma identidade coletiva”.³⁰

Tal conceituação faz-se pertinente ao trabalho no momento em que apresenta a atuação da soberania do Estado, não apenas na unicidade e centralidade do poder decisório, que antes era do soberano, mas na difusa multiplicidade de interesses que emergem da Sociedade.

Nesse Estado, concebido anteriormente, o poder indivisível e absoluto do Soberano encontra as limitações apenas no que se tem como esfera pública e na manutenção inabalável da esfera privada. Daí, fortalece-se a orientação do conceito de que o Estado deveria ser gerido pelo que se tem como interesse geral, que, de certa forma, pertence à totalidade social e a nenhum indivíduo em particular, o que, posteriormente se modifica para o atendimento da pluralidade de interesses existentes em um aglomerado social, sendo impossível existir um “interesse público” uno e absoluto.

Nesse ponto, chega-se no que se pretendia, inicialmente, neste capítulo, ou seja, demonstrar que o Estado moderno, em face das transformações sociais, da globalização e dos novos anseios populares, passa a atuar de forma a buscar o bem comum, não exclusivamente ditado pela maioria, mas sim difundido entre os diversos “clãs” sociais, os quais necessariamente convergem para a busca do “bem comum”, equilibrado na pluralidade social ideológica.

³⁰ Floriano Marques Neto, Ob. Cit. Pág. 51

3.3 A EVOLUÇÃO DO ESTADO: DA CENTRALIDADE E UNICIDADE À PLURALIDADE DOS “INTERESSES PÚBLICOS”

Apesar de, inicialmente, o Estado necessitar de uma estrutura administrativa extremamente bem definida e engessada, em que a Soberania seguisse o fluxo do soberano sobre o indivíduo e a dicotomia público e privado tivesse um espaço extremamente delimitado, a evolução social conduziu o Estado à descentralização e à preocupação com a pluralidade de interesses, em que a Soberania emana do povo para o povo.

Assim, pretende-se aqui, apresentar a evolução da estrutura do Estado, demonstrando que este necessitou criar meios que o tornasse mais sensível aos interesses difusos da sociedade, que, aqui, passa a ser a detentora do exercício da soberania.

O Estado feudal, que surge com a queda do Império Romano e a conseqüente formação de pequenas estruturas sociais em toda Europa, possuía uma formação centralizada, firmada na relação dos súditos com os senhores feudais, baseada no juramento de lealdade, nos laços de sangue, na proteção e na utilização do solo, gerando uma economia basicamente formada no escambo. Nessa estrutura, era absolutamente inviável a descentralização administrativa, estando o exercício da soberania exclusivamente nas mãos do senhor feudal, que a exercia sobre os vassalos, sendo o “interesse público” uno e absoluto, qual seja o que saísse da decisão do soberano.

Com a perda de poder por parte dos feudos para a classe econômica burguesa, o Rei concentra em suas mãos o monopólio da força e do Direito. Nesse período, o exercício do poder do Rei só existia graças à imposição da força, conectada aos grandes exércitos e posteriores às batalhas de conquista. Tudo era “real”, não havia uma divisão tão segura quanto ao que era privado, apesar deste, de certa forma, existir. Essa formação do Estado vincula o homem ao poder central, não apenas pelo espírito de conservação, mas, também, pela coerção exercida sobre o cidadão como forma de dominação.

No absolutismo monárquico e no feudalismo, a decisão centralizada não respeitava a possível existência de um interesse individual, contudo, o “contrato social” garantia o respeito aos direitos fundamentais, como contrapartida à submissão do súdito (indivíduo) ao soberano (pessoa), sendo que, neste caso, o bem comum se confundia com os anseios pessoais desse soberano, que vinculava o desenvolvimento social às suas aspirações. Essa exagerada concessão de poderes ao governante, na derrocada da Idade Média, fez com que o Estado afastasse sua prática dos verdadeiros anseios da sociedade, o real titular do poder.

Após as grandes revoluções, quase todas com motivação econômica, acometeu-se o fim do absolutismo monarca, no século XVIII, dando início ao Estado liberal-burguês. Então, o corpo estatal começa a se organizar politicamente em três pilares: (1) o poder Político só incumbia ao Parlamento; (2) os Poderes Executivo e Judiciário só podiam praticar atos que decorressem imediatamente dos atos aprovados pelo Legislativo e; (3) o Estado deveria respeitar os direitos de liberdade do indivíduo frente ao Poder Público. Nesse cenário, é possível visualizar o início de uma descentralização e da inversão da regulação do Estado, o que coloca o indivíduo como executor da soberania essa nova estruturação do corpo político do Estado começa, ainda que de forma modesta, a sensibilizar os anseios difusos da sociedade, existindo mecanismos capazes de atender aos diversos interesses existentes na sociedade.

O grande marco para a retomada do exercício do poder pelo povo ocorre com a Revolução Francesa, difundindo-se a teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, dando-se a primeira descentralização da gestão do Estado, o que vem a ser seguido por quase todo Mundo. Para Montesquieu, a repartição do Estado em três poderes autônomos, Executivo, Legislativo e Judiciário (descentralização política), traz uma maior segurança ao todo social. Com isso, Montesquieu descentraliza o ápice do governo do Estado, tornando cada um desses poderes autônomos e harmônicos. Tal autonomia é condição para a existência da descentralização, pois, sem ela, esses órgãos seriam apenas um sub-governo, subordinado ainda a um poder central.

Contudo, essa descentralização e a participação do povo na gestão administrativa não garantiam um amplo respeito às minorias, que também constituem o todo e devem ter espaço no que se vislumbrava ser o “interesse público”. Para Kelsen³¹, “se na origem parecia que o princípio da maioria absoluta correspondia mais à idéia democrática em vias de realização, hoje se percebe que o princípio da maioria qualificada, em determinadas circunstâncias, pode constituir uma aproximação ainda maior da idéia de liberdade, representando certa tendência à unicidade na formação da vontade geral”.

Com o início da formação do Estado, por meio do sufrágio, que inicialmente não era universal, e com o conseqüente surgimento do Estado democrático de direito, fica evidente o

³¹ Kelsen afirma que “o domínio de classe é o que o princípio majoritário – no âmbito do parlamentarismo – condição de realizar”. Em sua obra, fica evidente que o respeito às minorias é essencial para o efetivo cumprimento da democracia, já que para ele, o respeito e a proteção não são suficientes ao que representa a minoria, já que, para ele, a pluralidade de indivíduos forma o global, devendo este ser respeitado e ter participação, para que assim se cumpra a efetiva democracia.

exercício da soberania **pela e para** a sociedade, já que, toma força a idéia de que todo poder emana do povo e para ele esse deve ser exercido.

Aqui, o Estado começa a ter um novo caráter: Estado de bem estar, Estado social, pós-capitalista, pós-industrial, intervencionista, propulsivo, administrativo, gestor, incitador, dirigente e, mais recentemente, regulador, etc³².

Mais recentemente, no fim da Segunda Guerra, a economia teve um forte aquecimento e o Estado passou a ter um papel extremamente interventor para garantir construção de infraestrutura e geração de empregos, o que perdurou até meados dos anos 80. Contudo, com a escassez de recursos, esse Estado precisa agora sair desta condição, necessitando abrir sua economia, antes monopolizada, para o capital privado.

Neste momento, o Estado ganha uma nova face, necessitando criar instrumentos que lhe confiram habilidade para uma percepção mais ampla para a pluralidade dos interesses sociais, o que resulta em uma forte descentralização de suas atividades; o que fortalece os interesses difusos, até mesmo os dos hipossuficientes.

Assim, o Estado moderno incorpora a preocupação com a pluralidade de interesses existentes em toda sociedade e, segundo Marques Neto, “hoje em dia os ordenamentos jurídicos outorgam relevância prática a outros tipos de interesses sociais, catalogados pela doutrina como interesses difusos e coletivos”.

Nas constituições modernas de quase todos os países, existem mecanismos os quais possibilitam a percepção dos interesses difusos e coletivos, que possibilitam a atuação do Estado sobre o sujeito individual.

Para Kelsen, “a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria”.

Tal afirmativa traz uma visualização igualitária dentro do Estado entre o que é o interesse da maioria e o da minoria, o que deve ser equalizado, ou ponderado. Contudo, a supressão de qualquer dos dois lados desse cenário contrariaria a função do Estado, qual seja o de promover o “bem social”. Respeitar as minorias faz parte do chamado Direito Fundamental, ao qual todo membro deste Estado pluralista deve ter direito. Daí, a teoria de Rousseau que coloca o homem como renegador de sua liberdade natural, para submeter-se ao Estado que lhe garantirá os Direitos Individuais Fundamentais.

³² Alexandre Santos de Aragão. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pág. 54 – 55.

Conforme se viu, o Estado passou por uma evolução em sua estrutura política que determinou que este atuasse de forma difundida, cumprindo os diversos interesses existentes na sociedade, não havendo mais espaço para uma administração una e soberana, já que a idéia de centralidade e unicidade desse poder entrou em colapso, dando espaço ao poder descentralizado, o que modificou bruscamente a relação soberano e indivíduo. Vale ressaltar que a descentralização citada não deve ser vista apenas como ideologia política (esquerda ou direita), mas sim da nova estrutura estatal.

Não é o objetivo deste tópico debater sobre formas de governo ou gestão administrativa, já que isso seria fruto de um outro estudo. Aqui se pretende focar apenas os tópicos concernentes ao Estado fomentador do “interesse público” e propulsor do “bem comum”.

Aproveitando-se do entendimento de Marques Neto, tem-se que o reconhecimento da impossibilidade de se edificar uma Teoria do Estado centrada na idéia de homogeneidade, universalidade e singularidade de “interesse público” nada tem a ver com a imprescindibilidade de o poder político manter-se na tutoria dos *interesses públicos dos hipossuficientes*. Nesse sentido, acredita-se ser possível sustentar a necessidade de prevalência dos interesses difusos (enquanto classe dos interesses públicos) no processo decisório levado a cabo no âmbito do Estado. Aqui, o indivíduo passa a ter maior participação no exercício da soberania do Estado, sendo o agente principal da existência desse Poder.

É claro e evidente que a estrutura institucional do Estado moderno deixa de atuar de forma soberana, centrada no que se acreditava ser o “interesse geral” transcrito na vontade da maioria, limitando-se apenas aos direitos fundamentais dos indivíduos. A evolução histórica da estrutura do Estado, como foi apresentada, parte da centralidade do poder decisório, justificada pela determinação divina dos absolutismos monárquicos, chegando à inversão do exercício dessa soberania, que agora é exercida pelo indivíduo (povo³³).

O desenvolvimento desse Estado moderno coloca seu direcionamento cada vez mais próximo dos interesses dos indivíduos, criando, cada vez mais, instrumentos capazes de perceber e operacionalizar o que se entende como “interesses públicos”. O acolhimento da expressão no sentido plural é provocativo e tem a intenção de demonstrar que é impossível à sociabilidade humana acolher um interesse uno e absoluto. A pluralidade de pensamentos e de anseios é fundamental ao tão sonhado desenvolvimento social, de modo que o torna mais forte, duradouro e justo. Forte no sentido de ter o respaldo de toda sociedade; duradouro, na medida

³³ Para Kelsen, “o ‘povo’ não é um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado”.

em que buscam agradar, de certa forma, os mais diversos interesses e justo, quando se busca uma forma de ponderar esses interesses e, assim, tratar de maneira igualitária essa pluralidade.

Para a unicidade do corpo político, formador do Estado, é essencial a visualização dos mais diferentes interesses difundidos pela sociedade, a conversão da independência individual em união só se dá em face do atendimento desses interesses individuais. A fortificação da estrutura particular é difundida, formadora de pequenos “clãs” sociais e torna, cada vez mais, imediata a necessidade de um Estado descentralizado e fomentador dos mais diversos interesses.

Goyarde-Fabre diz que “o direito político moderno tem a função de dirigir o Poder do Estado, exprimindo pelas leis a vontade geral que traduz a soberania do povo; simultaneamente, compete-lhe promover e garantir as liberdades dos cidadãos. Por meio dessa dupla tarefa, o direito político do Estado moderno realiza a síntese da ordem da liberdade”.

Essa apresentação evolutiva do Estado tem a pretensão de trazer uma interpretação do tema central deste trabalho dentro do corpo político do Poder Público. O conflito de interesses existentes em reservatórios hidrelétricos não prevê uma hierarquia ou uma supremacia de qualquer um deles, seja do setor elétrico, de geração de energia, seja dos demais interessados, pautados no uso múltiplo dos recursos hídricos. Está claro que o Estado não pode conduzir suas decisões firmadas no único e absoluto entendimento de um metafísico “interesse público”. O respeito às minorias e aos interesses locais deve ser levado em consideração, podendo até mesmo se sobrepor ao que chamam equivocadamente de “interesse público”.

3.4 O CONFLITO INTERESSE LOCAL VIS A VIS INTERESSE GLOBAL

Antes de iniciar qualquer discussão acerca deste tópico, faz-se extremamente oportuno definir o que se pretende delimitar com a utilização dos termos “interesse local” e “interesse global”, qual a amplitude e o que estes representam para o trabalho.

Ao falar de interesse local, pretende-se referir à representação de pequenos nichos sociais, os quais unam os particulares envolvidos aos mesmos interesses, devendo-se imaginar esses como os interesses difundidos pela sociedade, os quais, apesar de serem comuns em pensamento e objetivo, não possuem uma estrutura setorial bem definida e delimitada, não tendo força e representatividade suficientemente forte para chegar ao que se define como majoritário.

O que se representa com o termo “interesse local” pode-se definir como interesses pontualmente difundidos na sociedade, os quais compartilham do mesmo objetivo, alguma

coisa bem próxima ao indivíduo; concluindo, este estaria identificado pontualmente no pluralismo de uma sociedade pluralista. Vale registrar que não se pretende delimitar territorialmente o que seja o interesse local, haja vista que esse pode possuir uma fisionomia em cada análise feita em um caso concreto, podendo este aparecer como uma bacia hidrográfica, um município, um Estado-membro ou uma região do País, etc. Assim, definir-se-á o termo adotado como os interesses existentes na sociedade, que contrariam o que representa a maioria.

Para interesse global, adota-se, obviamente, o oposto do que seja interesse local, ou seja, tudo que representa a maioria ou a representatividade majoritária. Assim, é lógico e faz parte da própria definição adotada, que um estará sempre em conflito com o outro, visto que a existência de um depende da contrariedade ao outro. É bom que se reflita que a existência do majoritário se dá graças à existência de uma formação minoritária, que, se assim não fosse, seria absoluta e una, o que não cabe no Estado moderno.

Semelhante ao problema estudado neste trabalho, Marçal Justen Filho cita um exemplo, fictício, que demonstra uma situação na qual não é possível visualizar o “interesse público” de imediato. Imagina ele uma estrada com grande tráfego, necessitando de duplicação, o que melhoraria a atividade econômica da região, a qualidade de vida dos que ali transitam e, certamente, o desenvolvimento daquela região. Contudo, imagine se, para efetivar tal atividade, fosse necessário relocar toda uma população carente para uma localidade longínqua do centro urbano ou que, naquele local, houvesse uma floresta de preservação permanente e inestimável valor ecológico, ou que ali houvesse um importante sítio arqueológico. Veja que as duas situações, seja na duplicação da rodovia ou não, será atendido um determinado interesse, que possui um fundamentado respaldo no “interesse público”.

No objetivo central deste trabalho, entende-se como interesse global o interesse do setor elétrico, fundamentado na necessidade nacional de geração de energia elétrica, e interesse local aquele que está inserido em todos os demais exploradores dos reservatórios hidrelétricos (agricultura, pecuária, transporte hidroviário, lazer, turismo, etc.).

Conforme já foi apresentado, é papel do Estado buscar o “bem estar social”, por meio do bem comum, de onde se conclui que se deve, sempre, buscar um consenso entre a pluralidade da sociedade, para que não haja a opressão de uma classe sobre outra, ou melhor especificando, de um interesse sobre o outro. Assim, pode-se afirmar que é papel do Estado ponderar os interesses difusos e coletivos da sociedade para a busca do bem comum.

Para Hans Kelsen, a “proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão.”³⁴ Continuando seu pensamento, ele entende que a democracia, por estar intimamente ligada à liberdade, o “chefe” sempre encontrará opositores, e, com isso, o interesse geral deixa de existir, para ele, “na democracia ideal não existe lugar para chefe”

Apesar de o Estado, historicamente, ter suprimido os interesses das minorias, a democracia e a conseqüente descentralização do Poder Público exigem o respeito às minorias e, assim, o Estado moderno tem-se adaptado, cada vez mais, para recepcionar os interesses difusos dos hipossuficientes. Odete Medauar ressalta que “A atividade de consenso/negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração.”³⁵

Nessa nova concepção de Estado moderno, vê-se que este possui um caráter muito mais regulador, qual seja o de equilibrar interesses, que nada mais é do que ponderá-los para se chegar ao desejado bem-estar social. Desde a formação do Estado, tem-se, de maneira crescente, que os interesses particulares, ou tidos também como locais, têm sido cada vez mais importantes, resultando na descentralização administrativa.

Conforme já foi discutido, a primeira grande demonstração dada de descentralização administrativa foi prestada inicialmente por Montesquieu, em sua teoria de tripartição dos poderes. Contudo, a grande contribuição trazida pelo Estado moderno, de atuação descentralizada como garantia do respeito aos direitos fundamentais e individuais, que evidentemente dá ouvidos aos interesses das minorias, dá-se com o surgimento do conceito de Estado Federal, que, no século XVIII, com a Constituição Americana, apresenta-se de forma extremamente descentralizada e dá uma força grandiosa aos “interesses locais” frente ao Estado.

Devido à significativa importância do conceito de Estado Federativo para a apresentação de respeito às minorias, pretendida neste trabalho, este tema será tratado em momento oportuno, de forma a dar maior compreensão do tema no estudo proposto.

Buscando o “bem-estar social”, o grande desafio do Estado está na conciliação da liberdade individual de seus membros e na necessária submissão às leis do Estado. Conciliar o respeito

³⁴ Hans Kelsen. A Democracia. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2000. p. 67.

³⁵ Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno. São Paulo, Ed. RT, 1996. p. 202.

às minorias com a vontade da maioria é o grande problema enfrentado historicamente pelo Estado. Rousseau, considerado por Kelsen como um dos mais importantes teóricos da democracia, demonstra que o grande problema encontrado pelo Estado é, também, o grande objetivo da democracia, qual seja: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja qualquer membro a ela pertencente e na qual o indivíduo, mesmo se unindo a todos os outros, obedeça apenas a si mesmo e permaneça livre como antes”³⁶.

Assim, nessa busca pelo equilíbrio desse conflito, o Estado necessitou criar instrumentos que, alheios às decisões políticas de representação classista, atendessem a esses interesses de maneira ponderada, não se ligando exclusivamente ao interesse da maioria, mas sim aos objetivos do Estado.

Por fim, deve-se registrar que o desenvolvimento do Estado o obrigou a não mais se curvar somente aos interesses majoritários representados pela maioria, pois, como se discutiu, o todo é formado pelo individual, que, inicialmente, deve ter os mesmos direitos dentre seus semelhantes. A submissão do individual ao “pacto social” se dá graças à garantia de respeito aos seus direitos individuais, estando o da liberdade e cada igualdade entre eles. Basta imaginar que se o total é fruto do individual, como pode o primeiro ser o soberano e atuar sobre o segundo sem o consentimento deste? A resposta está no pensamento que afirma que Democracia não é feita apenas do interesse da maioria, mas, também, do respeito às minorias.

3.5 O NASCIMENTO DE UM INTERESSE AMBIENTAL “SUPERIOR” AO LOCAL OU GLOBAL

Anteriormente à entrada focalizada no que seja o “interesse ambiental”, pretende-se ilustrar este tópico com a definição adotada por José Afonso da Silva sobre o que seja o conceito de meio ambiente, para assim dar andamento à discussão acerca do que se pretende. Afirma ainda, que: “o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado, da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais”³⁷.

³⁶ Jean Jaques Rousseau. Contrato Social, Livro I, cap. 6

³⁷ José Afonso da Silva. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo, Ed. Malheiros, 1994. p. 1 e 2.

Após a Segunda Guerra, a Humanidade passou a demonstrar preocupações relativas aos direitos individuais, tais como os direitos à liberdade e à vida, dentre outros, passando, também, a ver o Homem inserido dentro de um ambiente, vinculando o seu bem-estar e seu desenvolvimento à preservação desse ambiente. Dessa forma, o direito ao “meio ambiente sadio e equilibrado” tem sido visto como sendo um dos mais importantes a partir do fim do século XX³⁸. A título de exemplo, vê-se na Constituição portuguesa que “(...) todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”, assim como na Carta colombiana, onde “(...) todas *las personas tienen el derecho de gozar de um médio ambiente sano*”

É incontestável o fato de que a Constituição de 88 deu elevada importância ao princípio da preservação ambiental, colocando este como forma de garantia do direito fundamental à vida e definindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dando a natureza de bem de uso comum do povo. No texto constitucional, o poder constituinte reservou capítulo específico (Capítulo VI), atribuiu competência para a proteção do interesse ambiental tanto ao povo quanto ao Ministério Público, delimitou a possibilidade de crime ambiental e atribuiu competência concorrente de defesa e preservação ambiental a todos os entes da federação (artigos 5º., LXXIII; 129, III; 225, § 3º. e; 23, VI)

Atualmente, em face da relevância do tema, a busca por um “meio ambiente sadio e equilibrado” tem sido qualificada, pela doutrina, como direito fundamental de terceira geração³⁹, incluídos entre os chamados “direitos de solidariedade, direitos de fraternidade ou direitos dos povos”, adquirindo o *status* de um dos maiores direitos humanos do século XXI, já que o homem se vê ameaçado no que lhe é fundamental, o ambiente equilibrado que garanta a sua própria existência.⁴⁰

³⁸ Paulo José Leite Farias. Competência Federativa e Proteção Ambiental. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre 1999.

³⁹ Segundo Paulo Bonavides, I Curso de Direito Constitucional, 6ª. Ed., p. 516 a 524. Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestação do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio-ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade.

⁴⁰ Déjeant-Pons, Maguelone. “in *Revue Universelle des Droits de Homme. L’insertion du droit de l’homme à l’environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l’homme*”, Strasbourg-Kehl, vol. III, no. 11, p.461-470, *apud* Machado, Paulo Afonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental Brasileiro. 5ª. Ed., São Paulo Malheiros, 1995, p.25.*

Dessa forma, o princípio jurídico da defesa do meio ambiente faz-se presente na Constituição de 1988, ganhando tamanha amplitude, que passa a impor a racionalidade da preservação ambiental às normas de variados ramos, redimensionando a legitimidade do direito.

Poderia entender-se “racionalidade da preservação ambiental” como sendo a síntese do desenvolvimento sustentável, explicitado no princípio terceiro da Declaração do Rio de Janeiro/92: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de forma tal que responda equitativamente às necessidades ambientais e de **desenvolvimento das gerações presentes e futuras**”⁴¹. Ou seja: como e o que utilizar no momento presente de maneira a resguardar potenciais usos para gerações futuras, observando, fundamentalmente, a disponibilidade de recursos naturais e a capacidade ambiental de absorver os produtos desse uso.

Nesse cenário, onde o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado toma força e torna-se direito de todos, incluindo-se, inclusive, dentre os objetivos do Estado brasileiro, é notório o nascimento de um interesse ambiental, que se demonstra supremo e acima dos demais, pois como já foi dito, este é fundamental à existência da própria humanidade.

A grandeza desse “interesse ambiental” em face de qualquer outro interesse insurgente na sociedade é evidente. E fica clara a sua prevalência frente aos demais, estando acima do que seja o interesse local ou global. Assim, o desenvolvimento social e a gestão do Estado devem atuar de forma a considerar o que venha a ser o “interesse ambiental”, que pode ser definido como o desejo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pautando suas decisões no respeito a esse equilíbrio.

3.6 A SUPREMACIA DO “INTERESSE PÚBLICO”

Oriundo do período em que o Estado detinha todo poder centralizado e detinha o monopólio da força de ingerência na vida privada, o princípio da supremacia do “interesse público” perde força e deixa de prevalecer sobre interesses particulares difundidos pela sociedade. Tal fato ocorre devido à constatação da pluralidade de interesses existentes em uma sociedade e à interação que passa a existir entre o que seja interesse público e privado.

Em verdade, atualmente, o conceito de “interesse público” não possui uma fisionomia una e absoluta, mas sim pluralista. Assim, o anseio popular, aquele que agrupe e equilibre dos diversos interesses existentes na sociedade pode ser visto como “interesse público”. Dessa forma, fica difícil visualizar uma supremacia de determinado interesse sem que tenha havido

⁴¹ grifo nosso.

uma prévia ponderação entre todos os interesses envolvidos, o que iguala estes perante o intérprete na busca do equilíbrio.

Alexandre dos Santos de Aragão compartilha da idéia de que o princípio da supremacia do “interesse público” deva ser abandonado ou, ao menos, adaptado ao Estado Democrático de Direito e à sua formação pluralista. Nesse Estado, citado por Aragão, apesar de a administração dever ser orientada sob o influxo dos interesses públicos, isso não quer dizer que este deva prevalecer sobre todos os demais.⁴²

Na formação do Estado moderno, composto por uma sociedade complexa e pluralista, não existe apenas um “interesse público”. O conceito da busca do bem estar social incorpora uma variedade de interesses públicos oriundos dessa sociedade. Odete Medauar afirma que “a doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do “interesse público”, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se indeterminação e dificuldade de definição do “interesse público”, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade”.⁴³

Nesse contexto, apesar do ato público ser mais “poderoso” e tender, naturalmente, à supremacia e à imposição, este passa a ponderar e procurar por um equilíbrio que satisfaça à máxima realização dos diversos interesses envolvidos, seja ele público ou privado, não havendo nem mesmo qualquer hierarquia entre eles.

Dessa forma, considerando que o “interesse público” pode estar no equilíbrio de uma pluralidade de anseios sociais, pode-se entender que, nesse caso e após uma prévia ponderação, o “interesse público” deve ser superior aos demais, que, mesmo assim, encontra limitações nos direitos individuais fundamentais.

Para Floriano, “o simples fato da atividade administrativa acarretar benefícios e proveitos indiretos extensivos a apenas alguns administrados, não torna inquinados de nulidade nem faz imorais os atos do poder público.”⁴⁴ É óbvio que os resultados dos atos administrativos irão sempre, quando adentrarem à vida real, trazer reflexos aos administrados, sendo que, neste caso, o papel do Estado é tornar o mais equilibrado possível esses resultados entre os administrados.

⁴² Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pág. 136 - 137.

⁴³ Odete Medauar. *O Direito Administrativo em Evolução*, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 182.

⁴⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto. *A possibilidade de restrições de acesso a bens públicos de uso comum por questões ambientais e urbanísticas*, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 7, no. 13, janeiro a junho de 2004, páginas 11 e 37.

Formada por diversos indivíduos interessados na máxima realização de seus interesses o Estado é formado por uma pluralidade de anseios, dos quais passa a ser o detentor da soberania e, somando-se a outros particulares, cria alguns pontos dispersos pela sociedade, os quais devem possuir o mesmo peso na análise do Estado sobre eles. Mais uma vez, registra-se que o global é formado pelo particular que deve ser tratado igualitariamente no Estado moderno, estando inserido no pensamento comum da coletividade ou difuso na sociedade. “É essa ponderação para atribuir máxima realização aos interesses envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa”.

Por fim, deve-se evocar o pensamento de Marçal Justen Filho quando se referiu à relação entre a atividade do Estado e o “interesse público”, afirmando que “a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do “interesse público”. Trata-se da **supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais**”⁴⁵.

3.7 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Conceituar e compreender o termo “interesse público” é essencial para este trabalho, na medida em que o resultado da ponderação de interesses deverá aproximar-se ao máximo desse conceito. Assim, este capítulo demonstrou a evolução histórica da percepção social do que se interpreta como “interesse público”.

Neste capítulo, conclui-se que há uma estreita ligação entre os interesses do Estado com a conceituação do “interesse público” aplicada a cada caso. Nesse sentido, pode-se concluir que o bem comum possui pilares construídos sobre as limitações de princípios jurídicos ligados às garantias individuais e aos direitos fundamentais. Assim, tem-se que o “interesse público” é uma espécie de personificação do objetivo do Estado, construído pela maioria, porém limitado por garantias mínimas concedidas às minorias, o que se alcança somente através da ponderação de interesses.

Como se demonstrou, não é sustentável construir a lógica que apresente o “interesse público” como sendo um conceito uno e absoluto. A evolução da sociedade e a subjetividade contida na interpretação social sobre os anseios de cada cidadão, tornam o “interesse público” um conceito evolutivo e direcionador do Estado.

Outra observação que deve ser feita é a de que justamente por não ser uno, mas evolutivo, o “interesse público” não pode ser tido como absoluto, ou seja, não há uma supremacia irrestrita

⁴⁵ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo – SP.2005.

do “interesse público” sobre o particular, já que, em alguns momentos, o interesse do particular estará ligado a princípios jurídicos que garantem a própria formação do Estado.

4 O PANORAMA INSTITUCIONAL DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Em face do já apresentado conflito no uso dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos, é importante visualizar o conceito de “interesse público”, que, para este trabalho, não possui um corpo definido e imutável, mas sim uma estrutura subjetiva, adaptável a casos particulares e extremamente mutável, seja sob o aspecto territorial ou temporal.

Nessa instabilidade conceitual da percepção coletiva do “interesse público”, a vertente temporal é a que possui a maior influência na sociedade, já que o senso comum humano é evolutivo e sofre grande influência do desenvolvimento social. A constante mutação do sentimento humano de justiça, moral e ética, influencia diretamente nas questões governamentais e na “verdade social”⁴⁶ que se reflete diretamente no ordenamento jurídico.

No que se refere à atuação do Estado, seja através de instrumentos normativos ou de concessão de direito, é sabido que o desenvolvimento econômico e a evolução tecnológica da sociedade direciona os novos anseios e interesses dessa coletividade, o que influencia diretamente na elaboração legislativa, conforme se vê da tabela 2, adiante, que trata da evolução institucional de temas voltados a recursos hídricos, fazendo um paralelo entre países desenvolvidos e o Brasil.

O objetivo neste capítulo é demonstrar que o arcabouço legal caminha para o fortalecimento institucional dos diversos agentes.

⁴⁶ Neste trabalho, tem-se como verdade social, o sentimento comum sobre o que seja justo. Seria algo como o entendimento comum sobre determinado assunto. A colocação das aspas se dá pelo fato de que acredita-se não existir uma verdade absoluta e imutável.

Tabela 2 – Desenvolvimento institucional dos usos múltiplos da água

Período	Países desenvolvidos	Brasil
1945-1960 Crescimento Industrial e populacional	Uso dos recursos hídricos: abastecimento navegação, energia, etc. Qualidade da água dos rios Controle das enchentes	Inventário dos recursos hídricos Início dos empreendimentos hidrelétricos e planos de grandes sistemas
1960-1970 Início da pressão ambiental	Controle de efluentes Medidas não estruturais para enchentes Legislação para a qualidade da água dos rios	Início da construção de grandes empreendimentos hidrelétricos Deterioração da qualidade da água de rios e lagos próximos a centros urbanos
1970-1980 Início do controle ambiental	Legislação ambiental Contaminação de aquíferos Deterioração ambiental de grandes áreas metropolitanas Controle na fonte da drenagem urbana da poluição doméstica industrial	Ênfase em hidrelétricas e abastecimento de água Início da pressão ambiental Deterioração da qualidade da água dos rios em razão do aumento da produção industrial e da concentração urbana
1980-1990 Interações do ambiente global	Impactos climáticos globais Preocupação com a conservação das florestas Prevenção de desastres Fontes pontuais e não pontuais Poluição rural Controle de impactos da urbanização no ambiente Contaminação de aquíferos	Redução do investimento em hidrelétricas Piora das condições urbanas: enchentes, qualidade da água Fortes impactos das secas do Nordeste Aumento de investimentos em irrigação Legislação ambiental
1990-2000 Desenvolvimento sustentável	Desenvolvimento sustentável Aumento do conhecimento sobre o comportamento ambiental causado pelas atividades humanas Controle ambiental das grandes metrópoles Pressão para controle da emissão de gases, preservação da camada de ozônio Controle da contaminação dos aquíferos das fontes não pontuais	Legislação de recursos hídricos Investimento no controle sanitário das grandes cidades Aumento do impacto das enchentes urbanas Programas de conservação dos biomas nacionais: Amazônia, Pantanal, Cerrado e Costeiro Início da privatização dos serviços de energia e saneamento
2000 Ênfase na água	Desenvolvimento da visão mundial da água Uso integrado dos recursos hídricos Melhora da qualidade da água das fontes difusas: rural e urbana Busca de solução para os conflitos trans-fronteiriços Desenvolvimento do gerenciamento dos recursos hídricos dentro de bases sustentáveis	Avanço do desenvolvimento dos aspectos institucionais da água Privatização do setor energético e de saneamento Diversificação da matriz energética Aumento da disponibilidade de água no Nordeste Planos de drenagem urbana para as cidades

TUNDISI (2003)

Verificando o cenário internacional, tem-se o caso dos reservatórios hidrelétricos americanos que, conforme Figura 1, demonstra a pluralidade de interesses incidentes sobre os reservatórios hidrelétricos, a partir das autorizações concedidas, apresentando a evolução cronológica dessas diversas explorações. Isso demonstra claramente que o desenvolvimento econômico e tecnológico influencia fortemente a percepção do “interesse público” para a sociedade e reflete diretamente na evolução institucional do Estado e das normas.

Transportando a evolução institucional voltada ao gerenciamento de recursos hídricos para o caso dos reservatórios hidrelétricos, a figura 1 apresenta a evolução dos instrumentos legais e os projetos criados pelo Congresso Americano, no que se refere ao uso múltiplo dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos.

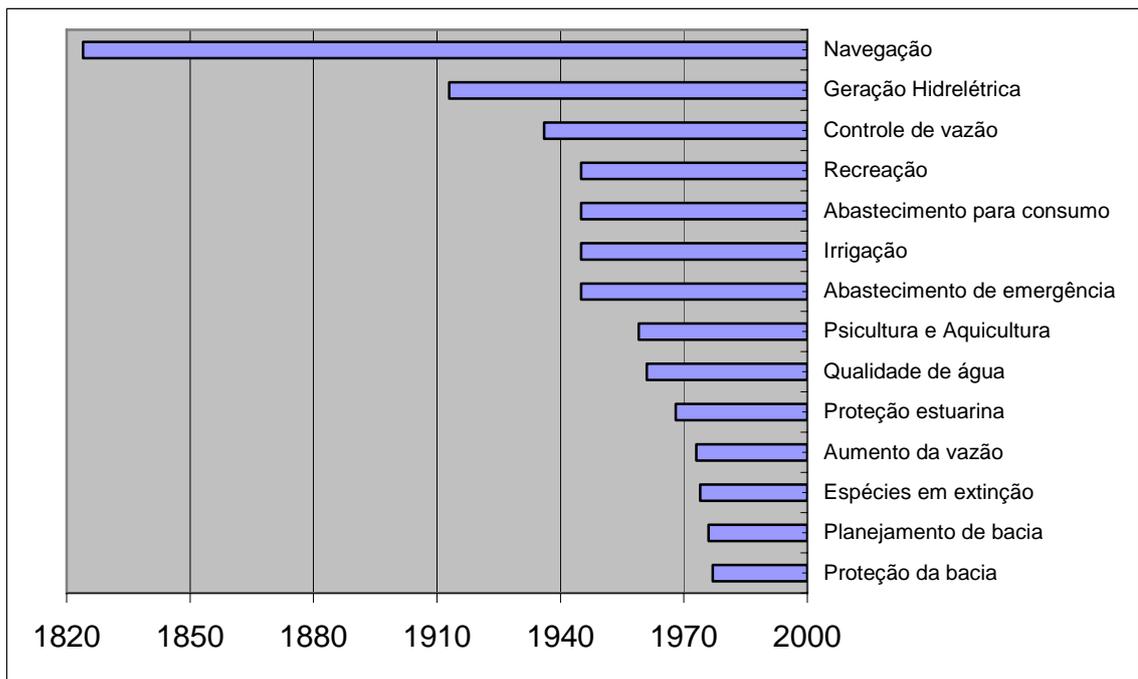


Figura 1 – Usos e programas autorizados pelo Congresso Americano em reservatórios – USACE (1989)

4.1 A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS: ASPECTOS LEGAIS E INSTITUCIONAIS

Analisar a operação dos reservatórios hidrelétricos atualmente requer um estudo acerca da evolução da sociedade, no que tange à elaboração das normas, tanto voltadas diretamente aos recursos hídricos como às de caráter ambiental e, sobretudo, analisar a ordem constitucional no tocante ao papel do Estado frente ao necessário equilíbrio dos diversos interesses existentes em uma sociedade pluralista. Para tanto, dever-se-á se traçar uma evolução legal e doutrinária do caso, além do panorama institucional acerca das diversas entidades envolvidas no uso múltiplo dos recursos hídricos.

A discussão sobre o aproveitamento múltiplo dos recursos hídricos já possui um caráter histórico, já que seu debate existe desde o início do século passado, tendo como um grande defensor o engenheiro Catullo Branco. Sua determinação legal surgiu já com o Código de Águas de 1934, em seu artigo 143, que estabelecia: “Em todos os aproveitamentos de energia hidráulica serão satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais: a) da alimentação das necessidades das populações ribeirinhas; b) da salubridade pública; c) da navegação; d) da irrigação; e) da proteção contra inundações; f) da conservação e livre circulação do peixe; g) do escoamento e rejeições das águas.”

Quando do momento histórico da elaboração desse Código, o Brasil passava por uma intensa modificação, alterando a prioridade econômica de rural para industrial. Esse desenvolvimento industrial necessitava de uma grande ampliação da geração elétrica. Mais tarde, após a

segunda guerra, grandes usinas hidrelétricas surgiram e, com elas, extensos reservatórios, que objetivavam somente a regularização energética.

Segundo Catullo Branco, citado por Hélio B. Costa⁴⁷ (2002), o conceito de uso múltiplo das águas previa que, para o manejo racional, deveriam ser incluídos os seguintes aspectos: o saneamento, o abastecimento de água potável, o aproveitamento das águas na agricultura, por meio da irrigação, a piscicultura, o transporte hidroviário, as atividades de lazer e turismo e, também, a produção de energia elétrica.

Com o advento da Lei 9.433, de 1997, o princípio dos usos múltiplos foi instituído como uma das bases da Política Nacional de Recursos Hídricos e, assim, os diferentes setores usuários de recursos hídricos, em qualquer corpo d'água, passaram a ter igualdade de direito de acesso à água, o que, apesar do Código de Águas já tratar do assunto desde 1934, no que se refere aos reservatórios hidrelétricos (art. 143), isso nunca ocorreu no Brasil. É oportuno ressaltar que a única exceção, trazida na lei, se refere à prioridade de uso, no caso de escassez, para o abastecimento humano e a dessedentação animal, o que fortalece a tese da necessidade de garantirem-se os direitos individuais e da dignidade da pessoa humana. Todavia, o citado instrumento legal coloca todos os demais usos em igualdade, tais como, geração de energia elétrica, irrigação, navegação, abastecimento industrial, lazer, etc. Desde então, o crescimento da demanda por água para os mais variados usos fez crescer e tomar corpo o princípio dos usos múltiplos, gerando uma série de conflitos de interesses entre os mais diversos usuários.

Um ótimo exemplo a prestar que representa claramente a força que os demais usos têm ganho no cenário atual é o conflito ocorrido no ano de 2001, quando o setor hidroviário - Hidrovia Tietê-Paraná e o setor elétrico disputaram o acesso a esse recurso natural. Naquela ocasião, o país enfrentava uma crise de abastecimento de energia elétrica, o que levou o governo a incentivar todas as possíveis formas de geração de energia. Em face desse cenário, surge a oportunidade de utilizar-se um dos reservatórios da bacia do Tietê-Paraná, o reservatório de Ilha Solteira, com seu total deplecionamento, para produzir uma quantidade de energia da ordem de 4.700 MW por mês. Contudo, era necessário construir uma barreira no Canal Pereira Barreto, que impediria temporariamente a navegação. Essa situação era inaceitável pelo setor hidroviário, em função da interrupção da navegação e de uma eventual demora na sua retomada. Após várias reuniões entre os mais diversos agentes, públicos e privados, com a participação e mediação da ANA - Agência Nacional de Águas, foram definidas novas regras

⁴⁷ Costa, Helio B. Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco. Editora paz e terra S/A. São Paulo 2002.

operativas naquele reservatório impossibilitando tal ação, o que representou um importante benefício para o setor de transporte hidroviário.

A gestão dos recursos hídricos, atualmente, preocupa-se basicamente, com dois aspectos: a quantidade e a qualidade. Quando se trata de reservatórios de centrais hidrelétricas, esses conceitos têm de ser analisados de uma maneira mais ampla. Exemplo claro disso é a importância do nível d'água desses lagos para o lazer e o turismo, independentemente se fazem uso direto da água. Assim, o efeito paisagístico do espelho d'água é afetado pelo nível operativo, que é consequência do balanço quantitativo (o volume inicial, mais o que aflui, menos o que sai, resulta no novo volume armazenado e um correspondente nível).

A questão da qualidade tem recebido, historicamente, pouca atenção da sociedade, embora tenha evoluído legalmente nas últimas décadas. Por vezes, esse avanço tem estado distante da realidade sócio-institucional do país, tornando-se “letra morta”. Esse tem sido o caso nos reservatórios focados. A classificação dessas águas é de classe I, exigindo dos usuários um tratamento dos efluentes bastante sofisticado. O que ocorre, de fato, é que, em sua maioria, os esgotos têm sido lançados “in natura” e um tratamento primário não obteria o licenciamento ambiental, uma vez que não resultaria em água de mesma qualidade que o referido corpo d'água. Problemas como esses são comuns na exploração dos potenciais hidrenergéticos.

Na seqüência, focar-se-ão os usos concorrentes das águas, em centrais hidrelétricas, destacando-se as instituições e os agentes voltados à tutela e representação desses usuários difusos, em diferentes níveis institucionais.

4.2 O SETOR ELÉTRICO

Apesar do grande marco legal para os recursos hídricos no Brasil ter sido o Código de Águas (Decreto no. 24.643 de 10 de julho de 1934), o envoltório social e político acerca da tutela legal e institucional dos recursos hídricos iniciou-se anteriormente, em 1920, com a criação de uma Comissão de Estudos de Forças Hidráulicas no Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, órgão do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

Na década seguinte, já no início do ano de 1933, por meio de uma nova organização, criou-se naquele Ministério uma Diretoria de Águas, que veio a se transformar em Serviço de Águas e, posteriormente, em Divisão de Águas, a partir do Decreto nº. 6.402, de 28 de outubro de 1940.

Posteriormente, em 1960, a partir da Lei nº. 3.782 de 22 de julho de 1960, criou-se o Ministério de Minas e Energia e, cinco anos depois, o Departamento Nacional de Águas e

Energia – DNAE, sofreram pequena alteração em sua denominação, passando a se chamar Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE.

Criado com o claro objetivo de fomentar e incentivar o crescimento do setor elétrico brasileiro, o DNAEE tinha a responsabilidade de cuidar do “planejamento, coordenação e execução dos estudos hidrológicos em todo o território nacional; pela supervisão, fiscalização e controle dos aproveitamentos das águas que alteram o seu regime; bem como pela supervisão, fiscalização e controle dos serviços de eletricidade”.

Contudo, fruto das modificações ocorridas na estrutura do Estado brasileiro, iniciadas no final da década de 1980, a reformulação do modelo institucional do setor elétrico brasileiro exigiu uma série de adaptações à estrutura do Estado brasileiro, seja nos documentos legais, como o que regula as concessões e permissões de serviço público (lei 8.987), que institui a política nacional de recursos hídricos (lei 9.433), seja na criação de instituições estatais que enfrentem essas adaptações políticas.

Em verdade, tem-se que o Estado brasileiro, ao criar um novo modelo para o setor elétrico, necessitou criar uma agência reguladora que atuasse sobre o setor elétrico, com um papel de Estado e pautando-se na busca pelo bem-estar social e na regulação da prestação dos serviços públicos de energia elétrica. Assim, o Estado passaria a ter um papel diferente do até então vivido, atuando de modo a incentivar o desenvolvimento energético do país, sem, contudo, deixar de lado questões, agora latentes, ligadas ao meio ambiente, ao desenvolvimento social e ao equilíbrio entre os interesses nacionais com os interesses individuais, ligados à dignidade da pessoa humana.

É oportuno registrar que a promulgação da lei 9.433, ao instituir a política nacional de recursos hídricos e determinar o uso múltiplo deles, de uma certa forma, afetou diretamente os interesses do setor elétrico brasileiro, que com a sua grande dependência de geração hidrelétrica, vem perdendo forças na operação dos reservatórios hidrelétricos, já que, segundo determina a lei, a nenhum usuário é concedida a prioridade no acesso a esse recurso. Assim, a gestão dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos deixa de ser de caráter preferencial para o setor elétrico, o que vem de encontro aos interesses dos demais setores usuários, conforme já foi discutido anteriormente.

4.3 SANEAMENTO

O consumo humano é tido como o uso prioritário da água, não apenas pelo determinado na Lei 9.433/97, mas por tratar-se do direito à vida, que é um dos princípios basilares do Direito.

Como consequência natural, tem-se o esgoto, com grandes impactos na saúde pública. Desta forma, a questão do saneamento envolve o interesse maior da vida em comunidade, qual seja o da qualidade de vida, o que tem ligação direta com o princípio da garantia da dignidade da pessoa humana

As comunidades instaladas no entorno dos reservatórios sofrem uma grande influência da operação dos mesmos, já que, em tempos de seca e geração intensa de energia, os reservatórios diminuem seu volume, o que desloca a borda de sua posição inicial (reservatório cheio), ocasionando, por vezes, a impossibilidade de captação da água, e, no caso do lançamento de dejetos, o surgimento de lançamento de esgoto a céu aberto, o que influencia não somente a salubridade pública, como também o turismo.

São de competência Municipal os serviços locais de distribuição de água e captação e tratamento de esgoto. No entanto, o lançamento de esgotos nos reservatórios enfocados demandaria autorização dos órgãos ambiental e de água, no nível federal, e, como reflexo da “articulação” estabelecida no artigo 21 da Constituição Federal e das competências comuns estabelecidas no artigo 23, os Estados deveriam estar presentes, definindo, conjuntamente, níveis operativos, condições de captação e lançamento. Ao se ausentarem, os Estados sujeitam-se a ações do Ministério Público, que tem a função precípua de defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e coletivos.

Enfocando os princípios estabelecidos na lei 9.433/97, o comitê de bacia hidrográfica deveria ter papel preponderante nas definições do uso das águas no seu sentido “lato”, sem, entretanto, ter um caráter exclusivo ou excludente. O inciso II do artigo 38, da lei 9.433 de 1997, estabelece o papel de árbitro aos comitês, prevendo recurso aos conselhos superiores de recursos hídricos. Esse modelo institucional, baseado em conselhos, tem obtido razoável sucesso na área ambiental, como demonstra o CONAMA. Entretanto, aproxima-se mais de um arranjo institucional, em que o Estado é mais forte do que o governo, típico dos regimes parlamentaristas.

Resumindo: seguindo-se as disposições constitucionais, o número de instituições presentes nesse tema seria bastante elevado. A questão que se coloca refere-se à tomada de decisão, com tal número elevado de agentes.

4.4 AGRICULTURA E PECUÁRIA

A história mostra que o surgimento das primeiras civilizações se deu à margem de grandes rios, basicamente utilizados para o consumo humano e agropecuária, base da economia e do

sustento destas. Em muitos casos, a prática da irrigação era comum, destacando a importância histórica que esta tem no aproveitamento do recurso hídrico.

No caso da agricultura e pecuária, os interesses ligados à exploração dos reservatórios encontram respaldo na necessidade de manutenção da vida e da economia local, pois além das produções de subsistência, tem-se o agronegócio. Dessa forma, verifica-se haver uma ligação dessas atividades com a subsistência de famílias e comunidades, o que está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma análise da legislação da mostra que, no Brasil, a política nacional de irrigação foi fixada por meio da lei 6.662 de 25-06-79, alterada pela lei 8.657, de 21-05-93, e regulamentada pelo decreto 89.496, de 29-03-84, também alterado pelo decreto 2.178, de 17-03-97. Esta, em suma, tem como objetivo o aproveitamento racional de recursos de água e de solos para a implantação de desenvolvimento de agricultura irrigada, atendendo-se princípios como a preeminência da função social e utilidade pública do uso da água e solos irrigáveis e o estímulo e maior segurança às atividades agropecuárias, prioritariamente nas regiões sujeitas a condições climáticas adversas (art. 1º, I e II, da lei 6.662, de 1979).

Em certos países, como a Espanha, a irrigação é vista como serviço público. No Brasil, essa definição não é clara, existindo situações em que ela se caracteriza como tal. Notadamente, quando resultante de obras da União, o serviço de irrigação é cobrado com base em preços públicos, ou seja, tarifa. Entretanto, não existe, claramente, uma instituição pública, seja agência reguladora ou administração direta, que regule esse serviço público. Sendo a irrigação o maior usuário consuntivo da água, e, estando ela, por vezes, associada a uma prestação de serviço realizada pelo Estado ou por particulares, parece ser interessante a formalização de um ente regulador e de outorga para esse setor. Atualmente, a ANA tem cumprido um importante papel na regulação desse setor.

A história recente tem demonstrado que a irrigação cresce significativamente ao largo dos reservatórios de hidrelétricas, desfrutando da facilidade de captação. É evidente que a variação significativa de nível traz transtornos acentuados aos sistemas de captação, que normalmente coincidem seu período de maior dependência dos reservatórios, justamente com os de maior deplecionamento, ou seja, os de seca prolongada.

Desnecessário dizer da importância da agricultura na atual conjuntura econômica do país, posto ser ela a responsável pelos excedentes comerciais obtidos. A preocupação com a

irrigação já consta da Constituição Federal, quando, em seu artigo 187, isso fica explicitado com a mesma importância da eletrificação rural.

Outra questão que vem preocupando gestores de recursos hídricos é a pecuária intensiva, não só pelo volume captado, mas, principalmente, pela contaminação das águas superficiais e subterrâneas. Tal risco se agrava quando essa prática ocorre próxima às margens dos reservatórios focados. Evidentemente, é uma questão, antes de tudo, ambiental, mas um zoneamento correto da região do entorno poderia combinar esse potencial econômico com os demais interesses

4.5 PESCA E AQUICULTURA

Inicialmente, é bom que se definam e se diferenciem os termos pesca, aquicultura e piscicultura, que, mesmo possuindo uma relação íntima, trazem consigo uma singela diferença conceitual. Pesca é a ação ou arte de pescar, ou seja, tirar alguma coisa da água⁴⁸, podendo esta ter caráter esportivo, como recreação, ou até mesmo de subsistência, não possuindo qualquer caráter de criação, exercendo-se sobre o que já existe naturalmente. Piscicultura é a atividade que se dedica a criar e multiplicar os peixes, utilizando-se dessa como atividade econômica, porém como um criadouro. Aquicultura é o cultivo de organismos que tenham na água o seu normal, ou mais freqüente, meio de vida, podendo ele ser peixe, molusco ou qualquer outro ser vivo de vida aquática.

Tanto a pesca quanto a aquicultura, no caso dos reservatórios hidrelétricos possuem uma ligação muito próxima com o sustento familiar e de pequenas comunidades, estando respaldado, também, pelos mesmos princípios atribuídos à defesa da atividade agrícola, anteriormente tratada neste trabalho.

Legalmente, a aquicultura, a pesca e a piscicultura sempre tiveram uma tutela especial. Já nas décadas de 20 e 30, do século passado o ordenamento jurídico se apresentava sólido, com os decretos 16.184 de 25-10-23 (aprova e manda executar o regulamento da pesca), 23.672 de 02-01-34 (aprova o código de caça e pesca) e o 794 de 19-10-38 (aprova e baixa o código de pesca), todos já revogados.

Vigorando atualmente têm-se o decreto-lei 221, de 28-02-67 (dispõe sobre a proteção, estímulos à pesca e dá outras providências), o decreto 2.869, de 09-12-98 (regulamenta a cessão de águas públicas para exploração de aquicultura e dá outras providências), a lei 7.643,

⁴⁸ Michaelis 2000: moderno dicionário da língua portuguesa – Rio de Janeiro: Reader'sDigest; São Paulo: Melhoramentos, 2000 2v.

de 1987 (proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências) e a lei 7.679/88 (dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução e dá outras providências), além do código de águas de 1934 e da lei 9.433/97.

O decreto 2.869/98 define o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento – MAPA, como o ente administrativo competente para a cessão de uso de águas, para aqüicultura, dos reservatórios hidrelétricos, caracterizando, aí, mais uma instituição com ação de controle sobre a exploração dos lagos de centrais hidrelétricas. Entretanto, em seu artigo 24, esse decreto submete a aqüicultura à plena operação do respectivo reservatório, exigindo que o aqüicultor e a concessionária assinem um termo de ajuste de seus interesses. Deduz-se daí que o setor aqüicultor deverá se submeter ao setor elétrico, independentemente dos interesses sociais regionais. É a tradicional supremacia de um setor centralizado sobre um setor descentralizado. O absolutismo de tal preceito parece ser inconstitucional, posto que a lei maior, em nenhum momento, prioriza a energia elétrica em face de outros usos, dando, como já visto, destaque ao uso social das águas acumuladas por obras da União (art. 43 § 2º.)

4.6 NAVEGAÇÃO

Desnecessário dizer a importância do transporte hidroviário para o desenvolvimento nacional. Destaca-se, dentro desse cenário, a hidrovia Paraná – Tietê, que faz uso de diversas barragens de hidrelétricas. Nesse momento, ocorre um significativo aumento do transporte de carga na hidrovia Tocantins – Araguaia, e já se cogita estender a hidrovia do Madeira, a montante de Porto Velho, alcançando terras bolivianas e peruanas, por meio de dois barramentos a serem usados para geração hidrelétrica.

O crescimento desse setor resultou em uma organização dos agentes privados envolvidos, reduzindo o caráter difuso de suas ações. Isto ficou evidente no período do racionamento de energia elétrica, quando seus interesses foram preservados ao impedir o esvaziamento excessivo de Ilha Solteira.

Além dessa organização, a criação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAq definiu administrativamente o ente responsável por sua regulação e outorga, bem como o de interlocução com outras agências setoriais. É importante ressaltar o princípio preconizado na lei de sua criação, que estabelece a descentralização de suas ações, bem como a harmonização com entes Estaduais e Municipais encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviário intermunicipal e urbano.

A lei 9.433 é enfática ao definir, em seu artigo 13, a necessidade e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, estando tal princípio no mesmo nível que aquele que define o respeito à classe em que o corpo d'água estiver enquadrado.

Conclui-se, do exposto, que os lagos das centrais hidrelétricas são naturalmente fomentadores do transporte hidroviário, devendo se sujeitar, em face do “interesse público”, às regras estabelecidas para a manutenção e a fiscalização dessas vias, sejam elas realizadas pela ANTAq ou por instituições descentralizadas. Evidentemente, a questão do nível do espelho d'água é o tema básico a ser focado.

4.7 LAZER E TURISMO

Não há dúvida de que o setor de lazer e turismo, no que diz respeito ao uso da água, é o de caráter mais difuso, seja pelos agentes econômicos envolvidos, seja pelos interesses apresentados. No que diz respeito aos reservatórios objetivados, o aparecimento de atividades de lazer e instalações facilitadoras do turismo ocorre de forma natural, possivelmente pela quase inexistência de lagos naturais no país e pelas grandes distâncias ao litoral, típicas das regiões economicamente afetadas por esses reservatórios.

Como já foi abordado neste trabalho, a manutenção do espelho d'água e de sua orla, principais atrativos turísticos, depende das condições operativas dos reservatórios. Não basta definir as quotas máximas e mínimas, se mais importante ainda, não forem definidas as durações e frequências dos deplecionamentos. Exemplo disso são os reservatórios de usinas de regularização de ponta, cujos níveis variam entre o máximo e o mínimo diariamente. Não menos impactantes são os reservatórios plurianuais, como o de Furnas, que se mantem intensamente deplecionados por períodos que podem ser superiores a um ano. Não há estrutura turística que suporte tal política de exploração.

Embora o Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR tenha por competência a execução da política nacional de turismo e, mesmo tendo o turismo um destaque constitucional (art. 180), que atribui à União, aos Estados e aos Municípios a obrigatoriedade de incentivá-lo, em face à sua importância de fator de desenvolvimento social e econômico, esse setor carece de uma instituição que se pronuncie, na defesa de seu interesse, no mesmo nível de outros entes, como por exemplo as agências reguladoras envolvidas.

Como conclusão, pode-se verificar que grande parte das atividades desenvolvidas pelas comunidades lindeiras, de uma certa forma, estão relacionadas à subsistência familiar e à das próprias comunidades. Assim, essas atividades devem ser interpretadas como fundamentais

para o desenvolvimento da qualidade de vida e da própria sobrevivência das comunidades locais.

4.8 ATENUAÇÃO DE CONDIÇÕES CRÍTICAS

Uma função primordial de qualquer reservatório de regularização é a atenuação de cheias e estios, típicos do clima tropical em que se vive. Além desses, calamidades ambientais podem exigir operações excepcionais dessas acumulações, objetivando a diluição acelerada ou evitando a propagação de impactos negativos.

As centrais hidrelétricas não podem estar à margem das necessidades da defesa civil, devendo os critérios operativos abrangerem situações emergenciais. Exemplo disso é a definição do volume de espera para atenuação de enchentes. Historicamente, o setor elétrico definiu sozinho os parâmetros fundamentais à sua operação. A existência da ANA ampliou essa discussão, atribuindo a ela essa função decisora. Entretanto, o crescimento das cidades e das atividades econômicas a jusante dos reservatórios se faz, costumeiramente, à revelia de qualquer plano diretor ou zoneamento. Observa-se que as áreas alagáveis em situações extremas (várzeas) são atrativas desse crescimento, estando eventualmente sujeitas a enchentes quando do vertimento dos reservatórios hidrelétricos.

Mesmo possuindo um arcabouço legal historicamente bem definido, iniciado no Império, no ano de 1824, quando já se demonstrava a preocupação com a segurança do cidadão, a Defesa Civil não tem uma atuação direta nas definições técnicas do volume de espera dos reservatórios. Atualmente, apesar de a Constituição atribuir competência somente à União para o planejamento e promoção da defesa contra as calamidades públicas (art. 21, inciso XVIII), o Estado brasileiro possui uma estrutura organizada, descentralizada e bem definida, para tanto. Organizada sob a forma de sistema (Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC), é composto por vários órgãos que atuam nos três âmbitos, quais sejam, a União, os Estados e os Municípios, possuindo, ainda, uma estrutura regional, atuante nas cinco regiões do país.

Vinculada ao Ministério da Integração Nacional, a Secretaria Nacional de Defesa Civil – SEDEC é o órgão central, estando subordinadas a este as Coordenadorias Regionais da Defesa Civil – CORDEC, as Coordenadorias Estaduais da Defesa Civil – CEDEC e as Comissões Municipais da Defesa Civil – COMDEC, além dos órgãos setoriais que a auxiliam. Porém, como já foi abordado, todos à margem das definições do volume de espera dos reservatórios.

A questão que se coloca é a falta de um ente institucional claramente responsável pela ocupação territorial ou pela renegociação dos parâmetros operativos dos lagos aqui focados. Embora, à primeira vista, os municípios tenham essa responsabilidade, não parecem ser suficientemente capazes para tal renegociação. Surge, de forma clara, a importância dos comitês de bacia, aptos que seriam para captar os interesses locais e definir novos critérios operativos, sobrepondo-se às agências estaduais e federais de recursos hídricos.

4.9 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste capítulo buscou-se apresentar a estrutura institucional dos diversos agentes exploradores dos reservatórios. Assim, o que se vê neste pequeno apanhado de normas que instituem e regulamentam esses setores e suas relações com os demais.

Tal apresentação se faz necessária para demonstrar que há uma organização institucional desses agentes e, sobretudo, um interesse da nação em garantir-lhes um mínimo de direitos. Verifica-se, também, que essas atividades, relacionadas aos interesses locais, são resguardadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e detêm uma estreita ligação com a qualidade de vida dos cidadãos do entorno. Por outro lado, o setor elétrico, que procura pela maximização dos benefícios econômicos para todo o país, encontra respaldo no desenvolvimento global do país, o que também deve ser considerado e possui um grande peso na valorização objetiva dos princípios.

Neste sentido, os capítulos seguintes buscarão criar uma metodologia que apresente uma ponderação dos diversos conflitos incidentes no caso concreto. Inicialmente, se aproveitará da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, para demonstrar a necessidade de quantificar as incidências dos diversos atributos, estranhos ao positivos jurídicos, na resolução do caso concreto.

Adiante, utilizar-se-á ferramentas matemáticas, largamente usadas pela economia e demais ciências exatas, para criar uma metodologia que torne factível a ponderação de cada caso concreto, sob a ótica da norma posta, mas, também, dos preceitos éticos e sociais aplicáveis ao caso.

5 PONDERAÇÃO DE INTERESSES SOB A ÓTICA JURÍDICA

5.1 INTRODUÇÃO

O estudo da técnica de ponderação de interesses se apresenta ao objetivo central deste trabalho como o instrumento mais adequado à resolução deste conflito, qual seja, o da disputa pela exploração dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos. É sabido que, historicamente, o setor elétrico possui uma “supremacia” sobre todos os demais interesses, fazendo valer sua vontade sobre estes, o que tem acalorado a antológica disputa, interesse local *vis-à-vis* interesse global.

Nessa disputa, tem-se, de um lado, o setor elétrico que requer a utilização da água dos reservatórios para a produção de energia elétrica e, do outro, estão as comunidades locais, que se utilizam do reservatório para exploração de outras atividades econômicas e até mesmo como forma de sobrevivência.

É bom que se registre que a técnica da ponderação de interesses deverá auxiliar a solução deste conflito, pautando-se nos princípios constitucionais e na busca pela garantia da dignidade humana e dos chamados direitos fundamentais.

O método de ponderação de interesses não possui um caráter absolutamente metodológico e objetivo para solução de conflitos constitucionais, mas sim um instrumento altamente subjetivo de análise social e humana, da qual se contamina de valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional, como a dignidade da pessoa humana e os ditos direitos naturais fundamentais.⁴⁹

O termo ponderar possui uma estreita relação com o que, comumente, se tem por noção de justiça. Equilibrar interesses ou argumentos, nada mais é do que procurar a justiça por meio da prática da ponderação.

Como já foi abordado, o texto literal da lei presume a existência de um interesse uno e absoluto, firmado na ação positiva da lei, o que já se demonstrou não ser verdade. Ponderar interesses aproxima a atividade social do que se tem por justiça e, principalmente, das funções do Estado.

Neste capítulo, será discutido o tema ponderação de interesses, buscando-se demonstrar a ineficácia da análise extremamente positivada de um ordenamento jurídico, sem deixar que

⁴⁹ Daniel Sarmento. *A ponderação de interesses e a Constituição Federal*. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003.

este seja influenciado pelo desenvolvimento social e pelos mutantes interesses da sociedade, fruto da nova fase vivida, denominado por alguns doutrinadores como o “pós-positivismo”.

Inicialmente, será feita uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana, devido à fundamental importância deste, dentro do ordenamento jurídico do Estado moderno. Subseqüentemente, será apresentado um breve estudo sobre princípios constitucionais, e, especificamente, do princípio da proporcionalidade. Além disso, dever-se-á demonstrar a ineficácia dos modelos clássicos de resolução de conflitos normativos e, finalmente, apresentar a técnica da ponderação de interesses e aplicá-la ao caso concreto.

5.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Esta análise acerca de princípios constitucionais é requisitada pelo trabalho na medida em que este busca solucionar o conflito sobre o uso dos recursos hídricos, tratando de interesses divergentes e inserido em um Estado Democrático de Direito. Assim, considerando que a formação da norma advém dos princípios gerais de Direito, é de suma importância a análise destes, aplicados ao caso concreto, de forma que subsidiem o resultado obtido através da análise ponderativa do conflito.

A compreensão dos princípios jurídicos que regem um determinado ordenamento é extremamente importante na medida em que aqueles determinam os rumos a serem tomados por estes, ou seja, os princípios jurídicos são tidos como os pilares que sustentam um ordenamento jurídico, determinando o seu alcance e a direção a ser tomada por estes, ficando acima de qualquer norma posta. Os princípios jurídicos podem ser compreendidos como normas universais e supra-legais, das quais não necessitam estar escritas em Códigos, mas orientam todos os atos normativos.

Para Daniel Sarmiento, “os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam”.⁵⁰

Buscando uma conceituação para o que representa o termo princípio, a Corte Constitucional italiana, em 1956, deu parecer no seguinte sentido: “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação

⁵⁰ Daniel Sarmiento. *A ponderação de interesses e a Constituição Federal*. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003. p. 42.

e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”.⁵¹

Um ordenamento positivo pode assumir duas formas básicas: regras ou princípios. As regras possuem uma configuração específica e determinada, sendo que os princípios possuem um caráter mais abrangente e amplo, direcionador e absoluto, já que está ligado a própria formação de um ordenamento jurídico, influenciando na criação das normas e em sua própria interpretação. Para Canaris os princípios se situam entre as regras jurídicas e os valores sociais.⁵²

Em verdade, os princípios gerais de Direito em um ordenamento jurídico são os instrumentos que aproximam, metafisicamente, a norma da resolução do caso concreto, desvinculando o intérprete da literal e material interpretação legal positiva. Para Gustavo Zagrebelsky, se o Direito não contivesse princípios, mas apenas regra jurídica, seria possível a substituição dos juízes por máquinas.

É pacífico para doutrina que os princípios tomam caráter de norma e, igualmente a este, direcionam o intérprete na decisão do caso concreto. Nesse sentido é necessário mencionar a contribuição de Crisafulli nesta caminhada doutrinária para a normatividade dos princípios. Para este professor italiano, “os princípios (gerais) estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente”.⁵³

Neste sentido, tem-se que, para o trabalho, é de suma importância demonstrar a relação existente entre norma e princípio, qual seja especificidade e generalidade. Vale demonstrar o pensamento de Ronald Dworkin⁵⁴ sobre tal comparação, haja vista que para ele, a norma incide sobre o “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, existe uma especificidade absoluta, enquanto os princípios incorrem sobre qualquer fato que o chame para tutelá-lo.

Ao contrário da forma de interpretação da resolução de conflitos normativos, o que não é o caso, na relação entre generalidade (princípio) e especificidade (norma) prevalece a generalidade, pois esta demonstra valores maiores postos pela sociedade sobre o ordenamento

⁵¹ *Giur. Costit.*, I, 1956, 593, *apud* Norberto Bobbio, “Principi generali di Diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 889.

⁵² Claus Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86-87.

⁵³ Per la determinazione del concetto dei principi generali del Diritto. In *Studi sui principi Generali dell'ordinamento Giuridico*, p. 240.

⁵⁴ Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p.24

jurídico. Assim, os princípios jurídicos devem se sobrepor a qualquer norma, já que estes possuem um caráter universal e supralegal, como já foi tratado.

No entendimento de Paulo Bonavides, os princípios são “os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”.

⁵⁵ Assim, para uma melhor compreensão da estrutura jurídica de um determinado ordenamento, é importante se voltar a uma análise da evolução da juridicidade dos princípios que, ainda para ele, passa por “três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.⁵⁶

Na fase pós-positivista o ordenamento jurídico passa a sofrer uma forte influência dos conceitos de Direito Natural, de origem “divina” existente no íntimo de todos os seres humanos. Neste momento as normas passam a transcrever tais sentimentos, inserindo questões superiores do convívio humano nos instrumentos normativos. Nas últimas décadas do século XX o Direito Constitucional passou a recepcionar princípios jurídicos em seus textos, preocupando-se, como já foi mostrado, com questões relacionadas à defesa da dignidade da pessoa humana.

Na ponderação de interesses os princípios, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, tornam-se instrumento da técnica, o primeiro como justificativa do meio a ser utilizado e o segundo, como necessidade de adequação do resultado a este. Além disso, na aplicação da técnica, os princípios gerais de Direito têm o papel fundamental de vincular o resultado aos anseios da sociedade.

Neste sentido, é oportuno fazer menção a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal onde se aplicou a ponderação de interesses para resolução de conflitos entre princípios jurídicos contidos na Constituição Federal.

Em recente julgamento do STF, onde se decidia um pedido de *habeas corpus* de uma prisão por racismo, onde o paciente pautava-se na liberdade de imprensa, já que havia condenado por ter publicado um livro que, segundo a decisão de segunda instância, “faz apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias”. Neste julgamento, prevaleceu o a tese de que o combate ao racismo é mais importante à sociedade brasileira⁵⁷.

Outra importante decisão, que mostra o conflito entre o interesse de um particular e o interesse de toda sociedade. Neste caso o judiciário foi incitado a decidir um aparente conflito

⁵⁵ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. P.254.

⁵⁶ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. P.259.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal decisão proferida no julgamento do HC 82424.

de princípios constitucionais, de um lado, estava o interesse de uma artista que foi exposta na mídia, através da veiculação de uma matéria que denegria sua imagem, de outro lado, figurou o interesse da sociedade acerca da liberdade de imprensa. Decidiu o Juiz de primeira instância pela reparação do dano causado à artista, sob a alegação de que a informação a ser divulgada não teria importância à sociedade e também denegria a imagem da artista⁵⁸.

Para a resolução do conflito proposto pelo trabalho, será necessário fazer uma análise dos princípios gerais de Direito, envolvidos no caso concreto, para fortalecer o resultado obtido. Desta forma, este estudo será pautado em duas vertentes, a primeira nos princípios jurídicos que tutelam o já apresentado interesse global (que teoricamente representa o setor elétrico) e, a segunda, os que estão presentes no interesse local (que representa os interesses difusos). Contudo, é oportuno observar que ambos os interesses podem se manifestar de modo individual, difuso e coletivo.

A simples interpretação positivista do caso está longe de se chegar à justiça, pois, neste caso, estão envolvidas questões maiores, que remontam a própria sustentação do ordenamento jurídico posto.

No caso estudado por este trabalho, certamente, estão envolvidos alguns princípios constitucionais de forte relevância, dos quais serão analisados e ponderados, lembrando que não existe nenhuma hierarquia entre princípios constitucionais, devendo estes se adequar ao caso concreto e buscar a melhor solução, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e buscando a manutenção da dignidade da pessoa humana.

A seguir serão estudados os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, para que sirvam de suporte à apresentação da técnica de ponderação de interesses.

5.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A atividade ponderativa do ser humano é um exercício diário em sua atividade social, todas as suas decisões estão fundamentadas em um breve balanceamento dos benefícios e malefícios a serem alcançados. Para isso, o homem se utiliza de valores íntimos, os quais conduzem sua vida, seja ela da forma que for.

Igualmente ocorre com a atividade do Estado, que executa a justiça através de um “intérprete” que pondera argumentos e preceitos socialmente consolidados para, assim, alcançar o objetivo desejado pelo “íntimo social”, a justiça. Para isso, o Estado possui uma estrutura da qual se

⁵⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, processo número 2000.001.068627-6.

utilizam valores e princípios extraídos da sociedade, que se transportam para o ordenamento jurídico e conduzem tais decisões, sendo que o mais forte e formador de todos os demais é o princípio da garantia da dignidade da pessoa humana. Para Marçal Justen Filho, “o ponto fundamental é a questão da ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no “interesse público”, mas nos direitos fundamentais.”⁵⁹

Na Constituição brasileira de 1988, o constituinte reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mostrando a importância deste princípio já no art. 1º, inciso III, o que demonstra certo simbolismo. Para Luiz Roberto Barroso, tal atitude está ligada diretamente à preocupação que se tinha de elaborar uma Constituição fortemente ligada à promoção dos direitos humanos e da justiça social no Brasil.⁶⁰

É bom que se ressalte que a formação do Estado e a construção de um ordenamento jurídico têm como justificativa única o indivíduo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, sem qualquer dúvida, é o epicentro formador de todos os princípios gerais de direito e dos princípios constitucionais. No entendimento de Miguel Reale⁶¹ a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte de toda atividade do Estado.

Contudo, devido a sua carregada estrutura sentimental e filosófica, pouco objetiva, o conceito de dignidade humana possui um corpo metafísico mutante e ligado diretamente ao regionalismo da sociedade em estudo. O conceito de humanamente digno é diferente se estudado, por exemplo, no mundo ocidental e oriental, além do fato de que tal conceito não possui o mesmo entendimento hoje com o que se tinha há trezentos anos atrás.

É bom que se registre que os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem uma extrema fundamentação extraída do princípio da garantia da dignidade da pessoa humana, assim, o termo “direitos humanos” é universalmente adotado como a busca pela garantia da dignidade humana.

Para Cláudia Toledo, “a expressão *direitos humanos*, refere-se ao grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas, elevados a direitos dos homens *universalmente*, ainda que não positivados; *direitos fundamentais*, ao contrário, representam o grupo desses valores *expressamente* consagrados nos *ordenamentos jurídicos nacionais*”.⁶²

⁵⁹ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo – SP.2005.

⁶⁰ Luiz Roberto Barroso. *Dez anos da Constituição de 1988*.

⁶¹ Miguel Reale. *A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito, in Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp.59-69.

⁶² Cláudia Toledo. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, Editora Landy, São Paulo, 2003, pp. 22.

A história da humanidade demonstra que a dignidade da pessoa humana sofreu diversas interpretações através dos séculos. Os inúmeros conflitos humanos e a própria relação de dominação entre os povos fez com que o homem interpretasse tal conceito de modo diverso em cada período de sua existência. É do íntimo humano a relação de dominação frente ao seu próximo e, em outros tempos, tal atitude não possuía a limitação atual e colocou o ser humano em situações que atualmente não se interpretaria como digna.

Colocando todos os indivíduos como filhos de um mesmo “ser” e vinculando-os como se uma família fosse, o monoteísmo alerta para a necessidade de uma vida mais “justa” e igualitária. Além disso, a alegação de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (o “ser” citado anteriormente), coloca todos merecedores de cuidados e de viverem com dignidade. Assim, o cristianismo, apesar de ter atuado de forma modesta no início, coloca os homens sob uma igualdade e passa a introduzir o conceito de uma vida digna para todos.

Essa assumida ligação da defesa dos direitos humanos com a religião é o único ponto de referência ética relativamente estável na presente sociedade globalizada, mesmo considerando que tal princípio é de origem ocidental.⁶³

O exercício da dignidade humana possui uma íntima ligação com o ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, oriundos do Iluminismo. Em verdade, a dignidade humana só poderá ser alcançada se passada pelo crivo destes conceitos.

Fazendo uma análise histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que a necessidade da diminuição das forças do Estado e da conseqüente proteção dos direitos fundamentais, ocorrida na fase do Iluminismo e do Racionalismo, influenciou fortemente o constitucionalismo que vinha sendo criado nesta época (séc. XVIII).

Neste momento, foram construídos os ideais do *jus naturalismo*, onde se colocava o ser humano maior que o próprio Estado e centro de todas as preocupações. Isto gerou uma inversão na ótica do poder político, passando a Soberania do monarca para a Nação e posteriormente para o povo, como já foi demonstrado anteriormente.

Para Montesquieu a separação dos poderes e a criação da norma constitucional tinham como principal objetivo o respeito aos direitos individuais dos cidadãos. Este entendimento é tão forte que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não considera como

⁶³ Lima Vaz. *Ética II – Ética Sistemática*, Belo Horizonte, Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus, Instituto Santo Inácio de Loyola, 31 out. 1997, notas de aula citadas por Cláudia de Toledo. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, Ob. Cit.

Constituição a norma que não prevê a tripartição dos poderes e a garantia dos direitos individuais.

A evolução humana demonstrou que o simples constitucionalismo não garantiu a dignidade humana como se pretendia, já que a política liberal advinda da industrialização das Nações inseriu novas preocupações para o Estado e, conseqüentemente transformou o conceito que se tinha por dignidade humana.

É certo que o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja católica questionavam os rumos que vinham sendo tomados pelas mais diversas Nações em todo o mundo, sendo que, a Revolução bolchevique na Rússia assumira um importante papel na mudança em que o modelo de Estado sofrera, onde este passa a abrir os olhos para as mais diversas classes sociais, passando a dar ouvidos aos mais diferentes anseios difundidos pela sociedade.

Neste novo modelo, a dignidade humana passa a ter um novo contexto e o Estado se curva para novas preocupações, passando a fomentar condições mínimas de vida para a população como, promover a saúde pública, garantir a educação, proporcionar a criação de postos de trabalho, garantir maior segurança pública, etc. Em suma, o Estado começa a ter agora um caráter social e pluralista.

É claro que, cada vez mais, o Estado passará a ter uma atuação mais próxima do indivíduo, desenvolvendo mecanismos que garantam diferentes necessidades sociais e possibilitem a garantia da dignidade da pessoa humana.

Graças a isso, o constitucionalismo, em todo o mundo, passa por uma mudança e começa a se abrir a novos direitos, especificando, cada vez mais, a sua atuação face ao indivíduo e à sociedade, passando a se voltar forte e pontualmente à dignidade humana e à qualidade de vida do homem.

Atualmente a sociedade vem sofrendo uma perigosa “turbulência” trazida pela globalização econômica, e esta tem ameaçado conquistas importantes relacionadas aos direitos fundamentais e à dignidade humana, colocando o homem em segundo plano frente ao desenvolvimento econômico. O indivíduo passa a ser um instrumento descartável neste novo cenário de maximização dos resultados econômicos.

Contudo, os interesses difusos da sociedade têm sido cada vez mais fortalecidos, contrariando este ideal de maximização do resultado econômico, aproximando-se do anseio individual. Para Daniel Sarmiento “a ótica que prevalece nesta matéria no constitucionalismo

contemporâneo é a do personalismo, que busca uma solução de compromisso entre as concepções individualista e coletivista”.⁶⁴

A questão da garantia da dignidade da pessoa humana possui uma estrutura evolutiva metafísica que a impõe à universalização e à ampliação quantitativa e qualitativa.

Quantitativamente no sentido de que o mundo vem evidenciando a inscrição dos direitos humanos (garantia da dignidade humana) em diversos atos, tratados, convenções, pactos, declarações, etc., em diversas nações, inclusive em Estados não democráticos.

Qualitativamente devido à evolutiva e ampliada conceituação do entendimento de vida humana digna e à necessária garantia desta para todos.

Por fim, conclui-se que tratar o homem como o centro de todas as preocupações é o objetivo fundamental do Estado democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana; é a base deste Estado, orientando todas as atividades deste.

5.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, intuitivamente conduz à interpretação de que o exercício do poder público deve, sempre, ser aplicado proporcionalmente ao bem jurídico a ser defendido. Isto nada mais é do que um controle de conformidade dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça, o que envolve o princípio da dignidade humana.

A aplicação do princípio da proporcionalidade aproxima o exercício do poder público com a interpretação subjetiva do ordenamento jurídico, fato necessário à condução da sociedade. De fato, este aplica o ato normativo ao bem jurídico a ser defendido de modo “homeopático”, aproximando o exercício do poder público com a justiça, sem deixar que a frieza do texto normativo contamine a decisão do agente julgador. Assim, o que se busca é a aplicação da intenção da norma ao ato e não somente o texto da lei.

Tal subjetividade permite que este princípio sirva para a análise dos mais diversos interesses conflituosos, pois sua fluidez garante a aproximação do resultado ao que se interpreta por justo o íntimo da sociedade. Assim, a aplicação da ponderação de interesses deve sempre estar ligada ao princípio da proporcionalidade, estando este inserido dentro do procedimento de ponderação.

No Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade aparece como o instrumento garantidor da liberdade individual. Ele garante que o Estado não ultrapasse a fronteira dos

⁶⁴ Daniel Sarmento. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Ob. Cit. pp. 69.

direitos fundamentais, fazendo da relação do indivíduo com o Poder Público uma relação bilateral e limitada na razão e na justiça. Aqui, se interpreta justiça como a “justa medida”, a “perfeita proporção”, a “medida exata e proporcional”.

O controle de constitucionalidade representa perfeitamente a atuação do princípio da proporcionalidade, já que este tem como finalidade adequar todos os atos administrativos (normativos e administrativos) aos princípios constitucionais e à norma constitucional posta.

Fazendo uma pesquisa histórica, conclui-se que a constitucionalização deste princípio acontece somente após a Segunda Guerra, quando, na Alemanha nasce uma preocupação com que o legislador não repita as barbáries cometidas, limitando o poder deste sobre a sociedade, através da adequação dos atos ao princípio da dignidade humana e dos Direitos Naturais.

Hoje o princípio da proporcionalidade, para a doutrina alemã, possui um corpo teórico muito bem trabalhado, e ele se desmembra em três formas: “adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito”.⁶⁵

O princípio da adequação limita o ato do poder público (normativo ou administrativo) ao sucesso na obtenção dos fins a que aspira, ou seja, adequar o ato à finalidade perseguida pelo Estado. Este princípio limita o julgador a analisar a finalidade da norma, ou seja, a vontade do legislador e não exclusivamente o texto normativo.

O princípio da necessidade ou exigibilidade obriga sempre a análise de uma medida menos gravosa para atingir o objetivo pretendido. Assim, o Poder Público deve atuar da maneira menos penosa à sociedade para atingir o fim que se pretende. Para este estudo, tal análise é extremamente pertinente, na medida em que busca resolver o conflito pelo uso dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos, da forma menos prejudicial a todos os usuários.

Como conclui J. J. Gomes Canotilho, o exame do subprincípio da necessidade deve compreender: “a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados”.

⁶⁵ Daniel Sarmento. *A ponderação de interesses na Constituição*. Ob. Cit. Pp.81.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito limita a atuação do poder público a uma análise de custo benefício de seus atos, sendo que o ônus social imposto pela norma ou ato, deva ser inferior ao benefício trazido pela mesma. Assim deve-se ponderar a respeito do que se pretende com o que resultará esta ação, buscando-se sempre o melhor benefício.

Assim, toda norma ou ato administrativo deverá: ser apto para o fim a que se destina; ser menos “onerosa” possível e; causar mais benefícios do que malefícios.

Na ponderação de interesses é essencial que se aplique o princípio da proporcionalidade, havendo uma ligação extremamente íntima entre estes, pois o entendimento aplicado aos seus três subprincípios é o mesmo imposto à ponderação de interesses.

Além disso, para que ocorra a ponderação de interesses, é necessário que se imponham algumas restrições aos interesses em disputa, sendo elas: garantir a sobrevivência do interesse contraposto; não haver solução menos gravosa e; os benefícios angariados compensarem o sacrifício imposto aos interesses antagônicos. Assim, fica demonstrada a íntima ligação conceitual entre estes dois preceitos jurídicos estudados.

5.5 A INEFICÁCIA DO MODELO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NORMATIVOS QUANDO APLICADA AO CASO CONCRETO DESTE TRABALHO

A principal característica de um ordenamento jurídico está na sua unicidade, que mesmo frente a inúmeros textos legais, estes se submetem a uma única e exclusiva força central, que se personifica nos interesses de um Estado ou, até mesmo em um texto legal, como é o caso dos países submissos a uma Constituição rígida. Para José Joaquim Gomes Canotilho, a unidade da Constituição “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.⁶⁶

Assim, torna-se necessária a existência de um mecanismo que possibilite adequar as diversas normas a estes interesses maiores, que no caso estão contidos na Constituição, sendo que também para Norberto Bobbio, tais mecanismos são o cronológico, hierárquico e de especialidade.⁶⁷

A interpretação cronológica das normas possibilita que o desenvolvimento da sociedade seja acompanhado pelo ordenamento jurídico. Assim, uma determinada norma passa a produzir

⁶⁶ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.097.

⁶⁷ Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª. Fed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, pp. 92 e seguintes. Citado por Daniel Sarmiento. *Ob. Cit.*, p. 29.

efeito no momento de sua validação e revoga o texto normativo que a contraria. Desta forma, a norma mais recente é superior à mais antiga, *lex posterior derogat priori*. Contudo, não se pode deixar de falar que neste caso deve ser respeitado o princípio do direito adquirido, de modo a garantir certa estabilidade jurídica.

Para a interpretação hierárquica, deve-se considerar a supremacia de uma norma, previamente determinada pelo próprio ordenamento jurídico.

Por especialidade, tem-se que a norma específica sobrepõe-se a de caráter geral, demonstrando a força do específico sobre o geral, ou seja, a aproximação ao caso concreto é fortalecida pela especificidade da lei.

Em verdade, vale dizer que tais mecanismos são úteis para adequar o ordenamento jurídico com os interesses sociais mutantes, tornando-se ineficazes frente ao conflito de princípios constitucionais, que, a primeiro modo, possuem um caráter supremo e absoluto. Isto ocorre, pois os princípios jurídicos não são conflitantes, mas sim concorrentes, não havendo qualquer hierarquia entre eles.

No caso dos conflitos de princípios constitucionais, a análise cronológica não tem eficácia já que a edição da lei maior acontece de maneira instantânea, sendo que a modificação de textos, de forma inteira ou parcial, apagará a eficácia do preceito modificado, ou será inconstitucional se ferir alguma cláusula pétrea. Quanto às demais, por razões óbvias, não se aplicam ao caso, já que não há hierarquia quanto a Constituição, já que esta é produzida de forma una.

Contudo, deve-se alertar para a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, quando estas contrariam princípios transcendentais e supralegais. É claro que tal teoria possui um viés fortemente naturalista, o qual coloca direitos superiores ao ordenamento positivado na norma escrita, qual seja, por exemplo, o dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados em todos os Estados. Para ele tais preceitos possuem uma grandiosidade tamanha que não poderiam nem mesmo ser suprimidos pelo próprio constituinte.

Pode-se dizer que as cláusulas pétreas procuram registrar tais preceitos, haja vista a impossibilidade de serem suprimidos, representando-se neles os maiores interesses do Estado.

O surgimento de tal teoria se dá anos após o fim da Segunda Guerra, o que fundamenta tal preocupação com direitos tidos como supralegais, já que a preocupação de todos, naquele momento, era fazer com que as atrocidades praticadas na guerra não ocorressem novamente.

A corte constitucional Alemã chegou a aceitar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional ao dizer: “A adoção do postulado segundo o qual o constituinte pode tudo, significa uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despido de valores, há muito superado pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves, de modo que a prática do exercício do direito não pode ficar indiferente a esses desenvolvimentos históricos, sendo-lhes lícito, nos casos extremos, preservar a idéia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica. Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça”.⁶⁸

Contudo, vale ressaltar que a citação desta decisão da corte alemã, não compartilha com o entendimento do autor dessa obra. Esta se faz somente para demonstrar que existe a possibilidade de dentro da norma constitucional haver preceitos conflituosos ou contrários ao que a sociedade busca (Direito Natural), sendo necessária a criação de mecanismos que possibilitem a ponderação destes para o alcance do bem comum. Além disso, tal fato é praticamente impossível de acontecer em um Estado Democrático de Direito, face ao positivismo da norma posta. No Brasil já ocorreram julgados pelo Supremo Tribunal Federal que negaram o provimento desta tese.

Semelhante ao pensamento de Otto e igualmente frágil, no Brasil, José Souto Maior Borges sustenta a existência de hierarquia entre normas constitucionais.

Finalmente conclui-se que o clássico modelo de resolução de conflitos normativos não pode ser utilizado no caso de conflitos entre normas constitucionais, sendo necessária a aplicação da técnica de ponderação de interesses para tanto, o que, conseqüentemente, leva a uma análise dos ditos princípios constitucionais.

5.6 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A multiplicidade de idéias e interesses em uma sociedade, certamente se projeta para o texto constitucional através de seus princípios. No caso da Constituição brasileira, pode-se dizer que isto ocorreu de forma exagerada, devido à grande especificidade do texto constitucional, às matérias não relacionadas, à formação do Estado.

Neste caso, dentro de uma sociedade pluralista, é inevitável que exista um conflito de interesses na aplicação destes princípios à resolução de casos concretos. Isto é inerente ao próprio pensamento humano, que impõe ao seu convívio social a aceitação e harmonização de

⁶⁸ BverfGE 3, 225, cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, ob cit. P. 116

interesses contraditórios, como já foi estudado neste trabalho. Assim, o papel da Constituição é receber e organizar a formação deste Estado pluralista, garantindo o respeito a todos estes interesses e fundamentando-se na busca de um bem maior, qual seja o do “interesse público”.

Desta forma, torna-se necessária a aplicação de uma ferramenta que possibilite a solução deste conflito, garantindo, sobretudo, o respeito às minorias e àqueles subprincípios já tratados no princípio da proporcionalidade, sem contrapor ao bem maior almejado pelo Estado, a dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que a ponderação de interesses é um instrumento de análise subjetiva, sem uma mensuração exata e formada de fórmulas certas e precisas. Tal análise deve se fundamentar na lógica social inexata, típica da atitude humana, sem nenhuma estrutura de lógica formal, devendo ser estudada e aplicada sob a análise do caso concreto. Assim, qualquer ponderação deverá ser influenciada pelos pensamentos sociais existentes naquele momento e naquela estrutura social.

Apesar de não possuir uma formatação “matemática”, a ponderação de interesses deve seguir certa estrutura de interpretação do caso concreto, vinculando o intérprete a uma formalidade, conforme se apresentará adiante.

Primeiramente deve-se efetuar uma análise pontual dos princípios contraditórios, buscando-se constatar a efetiva existência de uma incompatibilidade de convívio destas no caso a ser julgado. É bom que se saiba que o caráter unitário da norma constitucional solicita uma análise concorrente e não sobrepujante dos princípios nela existentes.

Por análise concorrente tem-se o entendimento que a norma constitucional é composta por uma série de princípios jurídicos dos quais se completam para formar uma lógica única, buscando um mesmo objetivo, ou seja, os princípios constitucionais formam uma unidade no objetivo final da Constituição.

J. J. Gomes Canotilho “interpreta que o princípio da unidade obriga a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar”.⁶⁹

Assim, tem-se que só haverá um conflito de interesses se o caso a ser analisado gerar uma incapacidade de convívio de dois princípios constitucionais, obrigando que um ameace ou apague o outro, resultando em soluções divergentes.

⁶⁹ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. P. 232.

Constatado o efetivo conflito, o intérprete deverá analisar o caso impondo uma compreensão dos princípios conflituosos de forma a buscar a mínima restrição a cada um deles para o seu efetivo convívio. Esta análise será obrigatoriamente contaminada pelo íntimo do intérprete, que deverá analisá-la sob os olhos comuns da sociedade, ou seja, deverá interpretá-los segundo os anseios da comunidade na qual o caso concreto se originou. Para isto, o intérprete deverá atribuir, segundo Daniel Sarmiento, dois pesos aos princípios conflitantes: genérico e específico.

Peso genérico é a força que a norma constitucional confere a todos os interesses de forma a compatibilizar e unificar todos os princípios contidos na mesma. A generalidade dos princípios constitucionais está contida dentro da unicidade dos objetivos da norma.

O peso específico vincula o princípio constitucional ao princípio jurídico a ser tutelado, garantindo a ligação de determinado interesse com o objetivo existente de forma específica em determinado princípio constitucional.

Desta forma, para a solução dos conflitos tem-se que “o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente”.⁷⁰ Esta determinação coloca o intérprete perante uma decisão totalmente casuística e pragmática, estando sempre condicionada às formas nas quais os interesses se apresentarem no caso concreto.

Assim, quanto maior o peso específico do princípio tutelado, maior será sua garantia de sobrevivência. Isto se dá, pois apenas princípios específicos deverão ser contrapostos, sendo que a generalidade de um princípio não deverá contrapor, nunca, um princípio específico.

Subseqüente a esta análise, o intérprete deverá se curvar à adaptação de sua decisão ao princípio da proporcionalidade sob o enfoque de seus três subprincípios, conforme já apresentado anteriormente, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em todos os momentos da aplicação da ponderação de interesses, o intérprete deverá fazer com que o resultado garanta a proteção da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio geral orientador de todos os princípios constitucionais e núcleo fundamental de todo ordenamento jurídico.

⁷⁰ Daniel Sarmiento Ob. Cit. pp. 104.

Devido à estreita ligação de causalidade do resultado da ponderação com o caso concreto, conforme foi apresentado, a decisão aplicada pelo intérprete não poderá, jamais, influenciar em norma oriunda do princípio suprimido pela ponderação realizada, ou seja, a aplicação da ponderação ao caso concreto deverá se limitar somente a este, não produzindo efeitos sobre qualquer outra norma oriunda do mesmo princípio no ordenamento jurídico. Assim, apesar destas não terem validade neste caso concreto devem manter-se intocáveis na estrutura jurídica sem qualquer mácula.

Considerando que a ponderação de interesses é uma atividade diária e corriqueira do ser humano, é bom registrar que o julgador está limitado a ponderar somente evidentes conflitos entre princípios e estará sempre amarrado à pauta axiológica subjacente ao texto constitucional. Tal consideração é apresentada para que fique claro que o positivismo jurídico delimita a atuação do julgador ao ordenamento jurídico posto pela atividade democrática de representatividade legislativa. Caso assim não fosse, o julgador estaria fazendo com que suas convicções políticas superassem a força democrática da atividade legislativa.

5.7 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA AO CONFLITO NOS RESERVATÓRIOS HIDRELÉTRICOS

Como já foi apresentado, este estudo pretende equilibrar o conflito pelo uso dos recursos hídricos utilizados para a geração hidrelétrica, onde, de um lado está o setor elétrico e do outro as comunidades do entorno do lago. Tal conflito remonta à própria existência do Estado, o qual trouxe, em toda história da humanidade, um antológico conflito entre os interesses locais e globais. Assim, pretende-se aplicar a técnica da ponderação de interesses ao caso, porém sob uma proposta pautada na utilização de ferramentas matemáticas, já utilizadas pela economia, que buscam inserir a subjetividade da decisão humana, na formulação de cenários econômicos.

Apesar de haver uma grande variedade de interesses conflituosos, o trabalho irá se pautar na dicotomia local e global existente. Desta forma, os interesses deverão ser agrupados pelos mesmos objetivos, o que coloca os interesses do setor elétrico de um lado e os das comunidades do entorno de outro.

Conforme determina a técnica de Ponderação de Interesses, o primeiro passo a ser dado é o da viabilidade de convívio consensual entre os anseios conflitantes. Assim, no caso em tela, tem-se como resultado a impossibilidade da satisfação total de ambos os lados.

Garantir irrestritamente os interesses do setor elétrico inviabiliza o desenvolvimento das demais atividades locais, dependentes do recurso hídrico daquele sistema. Contudo, atender somente aos anseios locais também acarretaria enormes prejuízos ao setor elétrico. É bom que se diga que o principal objetivo da ponderação de interesses é garantir o equilíbrio de forças conflitantes, com vistas a atender o melhor benefício social.

Sendo essencial ao desenvolvimento econômico nacional, historicamente, os interesses do setor elétrico se sobrepuseram aos demais em todos os seus atos, seja na operação ou no planejamento da expansão. Isto pelo fato de que no passado acreditava-se que o desenvolvimento econômico social representava o “interesse público”, por trazer benefícios a todo o país, o que conceituava equivocadamente o interesse global como “interesse público”.

Assim, o setor elétrico se fundamenta no princípio de que o “interesse público” deve se sobrepor ao particular. Neste caso necessita-se fazer duas análises: primeiro se realmente o setor elétrico possui o respaldo de detentor do “interesse público” e, segundo, se os demais interesses devem ser intitulados de “interesses particulares”.

Como já foi tratado neste trabalho, o “interesse público” não pode ser visto na matemática da maioria, mas sim no equilíbrio dos anseios de uma sociedade pluralista, onde, inicialmente, todos eles apresentam-se igualitariamente. Assim, não há o que se falar em “interesse público” como sendo o interesse da maioria. Além disso, deve-se ressaltar que há limitação ao chamado “interesse público”, como a garantia da dignidade da pessoa humana e nos Direitos Fundamentais dos indivíduos, seja de primeira, segunda ou terceira geração.⁷¹

Seguindo a metodologia da técnica da ponderação de interesses, tem-se que o caráter específico, da alegação de representatividade do “interesse público”, está na manutenção da vontade definida, democraticamente, como bem comum, encontrando respaldo no corpo matemático da maioria popular, sendo que o caráter geral está na unidade do corpo político do Estado. Contudo, a formação deste corpo está também submissa à necessidade de respeito às minorias, o que enfraquece o princípio alegado no momento da ponderação dos interesses envolvidos. Além disso, inserindo o que se alega, na realidade social, política e normativa

⁷¹ Segundo Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª. Ed., p. 516 a 524. Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestação do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio-ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade.

atualmente vivida no país, tem-se que o Estado brasileiro está se curvando ao respeito às minorias e aos interesses difusos, buscando formas de inserir a vontade popular, difundida pela sociedade, também na pauta das decisões nacionais. Assim, a alegação da supremacia deste dito “interesse global” não pode prosperar e não encontra respaldo jurídico para tanto.

Além disso, e agora fazendo a segunda análise, deve-se concentrar no fato de que os demais interesses não possuem uma fisionomia de “interesse particular”, mas sim, um respaldo na difusão de diversos interesses de uma sociedade pluralista, que por representarem coletividades, devem resguardar espaço no *hall* dos interesses públicos.

A alegação do Direito Adquirido do setor elétrico de explorar os reservatórios hidrelétricos não encontra respaldo normativo nem doutrinário, já que este princípio visa garantir a estabilidade de um ordenamento jurídico e, assim, se aplica exclusivamente à norma posta, o que não é o caso, já que, contrário ao que se alega, o Código de Águas, já em 1934, determinava a exploração múltipla dos reservatórios hidrelétricos em seu art. 143. Somando-se a isto, a lei 9.433, coloca o recurso hídrico como bem de domínio público, determinando a satisfação do uso múltiplo deste recurso natural, o que impossibilita a posse deste por qualquer agente. Como peso específico, o princípio do Direito Adquirido visa garantir a estabilidade jurídica do Estado democrático, sendo que o peso geral está na garantia da dignidade da pessoa humana no que tange a sua relação com o Estado, que deve possuir uma garantia face aos instrumentos normativos que sofrem alteração.

Historicamente, a supremacia dos interesses ligados à geração hidrelétrica de energia esteve sempre amparada em questões econômicas e, assim, ligadas única e exclusivamente a decisões administrativas centralizadas, imunes ao clamor dos interesses difusos, não possuindo nenhum respaldo normativo.

Deve-se considerar, também, a importância da questão dos recursos hídricos, que, como se sabe, é de importância universal, merecendo o tratamento jurídico dado ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, que tem ganho espaço em diversas Constituições (Portugal, Alemanha, Áustria, etc.), elevado ao status de “interesse suprallegal”. O tratamento dado ao meio ambiente, no caso do direito adquirido, tem sido o de que por se tratar de questão de interesse “universal” (no sentido de que há um reflexo em toda humanidade), relacionado à própria existência humana e, assim, ligado à garantia da dignidade da pessoa humana, não prospera, por exemplo, a alegação de direito adquirido de poluir.

Passando para uma interpretação mais objetiva e fundamentada no positivismo constitucional, tem-se que a Carta de 88 não apresenta, em momento algum de seu texto normativo, o setor elétrico em posição superior e detentor de um bem maior e supremo que deva ser resguardado sob todas as hipóteses. Muito pelo contrário, o tratamento dado por esta, aos interesses regionais, é consideravelmente forte, demonstrando a grandiosidade dos interesses difusos. Os instrumentos de participação popular, trazidos pela Constituição Federal, demonstram esta preocupação do constituinte com os interesses locais, o que se repete na jamais vista força concedida ao Município.

Fazendo ainda uma análise do texto Magno, o simples fato do setor elétrico ser assunto de competência posta ao agente federal, ou seja, ser de competência da União, não o coloca superior a nenhum outro assunto, mas apenas procura garantir uma organização lógica e unitária no que se refere aos objetivos do Estado brasileiro e do modelo federativo adotado por este, qual seja o federalismo cooperativo.

Finalmente, conclui-se que não há qualquer respaldo, social, normativo ou doutrinário para os alegados princípios de supremacia do “interesse público” e do princípio do Direito Adquirido, quando estudado no caso concreto do conflito pela exploração dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos.

Quanto aos interesses das comunidades locais, sabe-se que, da mesma forma que todas as comunidades formadas na história da humanidade, estas se formaram em regiões com abundância de água, a fonte da vida. Isso ocorre desde os primórdios da civilização humana. Desta forma, não foi diferente no caso dos reservatórios hidrelétricos, já que as cidades afetadas foram transpostas para as regiões do entorno dos lagos e, além dessas, outras se formaram com a promessa de prosperidade trazida pela água do reservatório.

O assentamento das comunidades e a conseqüente exploração dos recursos hídricos dos reservatórios hidrelétricos em seu entorno, sempre foi legalmente garantido e, em certo momento, incentivado como forma de promoção do desenvolvimento econômico nas regiões próximas ao lago.

A re-alocação das comunidades alagadas ocorreu de modo a garantir o mínimo de locomoção dos afetados e o conseqüente assentamento no entorno dos reservatórios, garantindo aos afetados a possibilidade de exploração dos recursos hídricos do lago.

Desta forma, as comunidades do entorno tornaram-se extremamente dependentes do reservatório, seja pela atividade econômica, seja pelo consumo urbano ou pela própria

manutenção de um meio ambiente regional ecologicamente equilibrado, pois se sabe que o deplecionamento do lago afeta fortemente estes três pontos.

Pela atividade econômica destas comunidades, deve-se ter em mente que o deplecionamento exagerado do lago inviabiliza e acaba com as demais atividades exploradoras da água do reservatório, o que traz um prejuízo irreparável às comunidades do entorno, seja financeiro, pelos clientes momentaneamente perdidos, ou pela credibilidade e a própria falência de empresas pela paralisação de suas atividades.

Neste caso, deve-se fazer uma análise comparativa da exploração dos dois agentes, sob o enfoque econômico, ou seja, pelos prejuízos que podem ocorrer com o atendimento de alguns dos agentes. Colocando a operação dos reservatórios sem restrições sociais e econômicas das comunidades do entorno, tem-se o extermínio de todas as atividades, o que não acontece com o estabelecimento da cota mínima de espelho d'água, para nenhum dos lados, já que o setor elétrico pode buscar a energia perdida através da geração por outras fontes, como, por exemplo, a termelétrica.

É bom que se ressalte, mais uma vez, que o estabelecimento de uma cota mínima de espelho d'água, trará prioritariamente prejuízos econômicos, de solução perfeitamente aceitável, ao setor elétrico. Já para as comunidades do entorno, a ausência de água nos reservatórios, causada pelo modelo operativo atualmente vivido, ocasiona problemas irreparáveis a todas elas.

Nesta análise, deve-se mensurar também, que as atividades exercidas pelas comunidades do entorno, possuem características sociais extremamente importantes, não só para as comunidades regionais, mas também para o país como um todo. O incentivo às atividades econômicas do entorno pode trazer a descentralização do desenvolvimento para essas regiões, ocasionando, de certa forma, o desafogamento dos grandes centros urbanos.

5.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste capítulo viu-se que a ponderação de interesses trata-se da inserção de princípios jurídicos na resolução de casos onde haja um conflito de interesses com respaldo supralegal, relacionado a princípios e conceitos jurídicos consolidados no Estado democrático de Direito. Assim, neste trabalho, este capítulo tenta criar instrumentos que possibilitem a construção da formatação matemática que irá ponderar os interesses conflitantes. Desta forma, fica demonstrado que existem princípios supralegais que devem direcionar a análise e limitar a atuação do Estado nestas questões.

O que se pretende é demonstrar a viabilidade da utilização de ferramentas matemáticas, em questões de carácter subjetivo. Este conceito deverá subsidiar a conclusão deste trabalho, demonstrando que qualquer atividade de tomada de decisão segue uma forma de ponderação, que pode ser contextualizada por formulações matemáticas, como já ocorre na economia.

6 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO JUSTIFICATIVA DE UMA ANÁLISE MULTICRITERIAL

6.1 INTRODUÇÃO

Construindo uma fundamentação jurídica que busque equilibrar a força dos interesses antagônicos, incidentes sobre o reservatório hidrelétrico, inevitavelmente se passará pela ponderação de interesses e, assim, através da formulação de um conceito de “interesse público”, aplicado ao caso, se chegar a uma proposta juridicamente justificável e equilibrada. Contudo, para isso, torna-se necessário discutir uma lógica jurídica que construa uma argumentação plausível e fundamentada não apenas no interesse majoritário, mas sim na evolução da sociedade, na mutabilidade das percepções sociais e no respeito aos interesses difusos das minorias. Neste sentido, conceitos éticos e democráticos deverão ser exaustivamente utilizados na fundamentação do respeito a princípios como o da dignidade da pessoa humana, da garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento econômico sustentável.

Para isto, a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, demonstra que o pensamento jurídico também se forma através da influência de outros conceitos, que não apenas os positivados na norma posta, o que dará sustentação ao que se construirá com este trabalho.

Assim, as ferramentas matemáticas, utilizadas neste trabalho, para fundamentar a argumentação jurídica que solucione o caso segundo a ótica de um “interesse público” pluralista são embasadas na influência de muitos conceitos, conforme já posto por Robert Alexy.

Neste sentido, a proposta deste capítulo é estudar os caminhos traçados pela teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy⁷², que utiliza reflexões teóricas e filosóficas do discurso prático e do discurso prático racional geral, para, assim, construir a sua teoria da argumentação jurídica. Por não ser o objetivo central do trabalho, o autor se curva a utilizar a conceituação elaborada por Robert Alexy, aplicando sua revisão bibliográfica, conceituação e metodologia. Contudo, tal trabalho será utilizado apenas como justificação da construção de uma formatação lógica das decisões jurídicas, sendo que, no capítulo seguinte, se construirá uma metodologia própria, o que corresponderá totalmente a proposta central do trabalho.

⁷² Alexy, Robert. Teoria da argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.

O trabalho de Alexy se presta a construir uma teoria da argumentação jurídica, utilizando a filosofia analítica sobre o discurso prático para fundamentar a formatação prática de sua teoria. Para isto, ele se debruça nas teorias de lógica formal, que justifica os discursos humanos e os convencimentos coletivos, vinculando a verdade ao convencimento coletivo, demonstrando a volatilidade e subjetividade destes conceitos, o que se assemelha a uma argumentação jurídica. Evoluindo seu trabalho, Alexy condiciona a robustez da verdade na fundamentação racional, que, para tanto, necessita se fundamentar em outras verdades já anteriormente comprovadas.

Concluindo seu trabalho, Alexy vincula a norma a uma espécie de verdade, que para se fundamentar e produzir seus efeitos necessita de um embasamento ético, social e moral, o que a torna uma “verdade jurídica” (a norma), aceitável socialmente e mutável quando comparado à evolução humana.

A utilização da teoria da argumentação jurídica neste trabalho se faz oportuna, na medida em que esta justifica a incidência de outros conceitos, estranhos ao positivismo da norma, como ética, moral, conceitos psíquicos, princípios jurídicos supra legais como a dignidade da pessoa humana, etc.

Assim, adiante será apresentada uma pequena explicação sobre a construção da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, visando assim, criar subsídios para formulação de uma lógica que justifique a proposta deste trabalho.

6.2 A TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO NA ÉTICA ANALÍTICA

Utilizando-se das teorias filosóficas analíticas, Alexy alega que a justificação de uma argumentação ou discurso requer a utilização de uma norma textual, psíquica ou moral que a fundamente, ou seja, para ele, todo convencimento, pessoal ou coletivo, passa pela construção de uma “verdade”, seja ela pessoal ou coletiva.

Para a Ética analítica, Alexy constrói a idéia de uma disciplina metaética, dividida em três partes: o naturalismo e intuicionismo, o emotivismo e o discurso prático guiado por regras.

6.2.1 O NATURALISMO E INTUICIONISMO

Nestes preceitos se utilizam questões empíricas ou de caráter subjetivo, da própria intuição humana. No naturalismo, os enunciados normativos podem ser comprovados segundo os procedimentos das ciências naturais ou das ciências sociais de caráter empírico. Assim, por exemplo, podemos definir como “bonito”, sob um enfoque empírico, “aquilo que agrada

visualmente a todos”; então “bonito” pode ser substituído sempre por tudo o que “agrada visualmente a todos”.

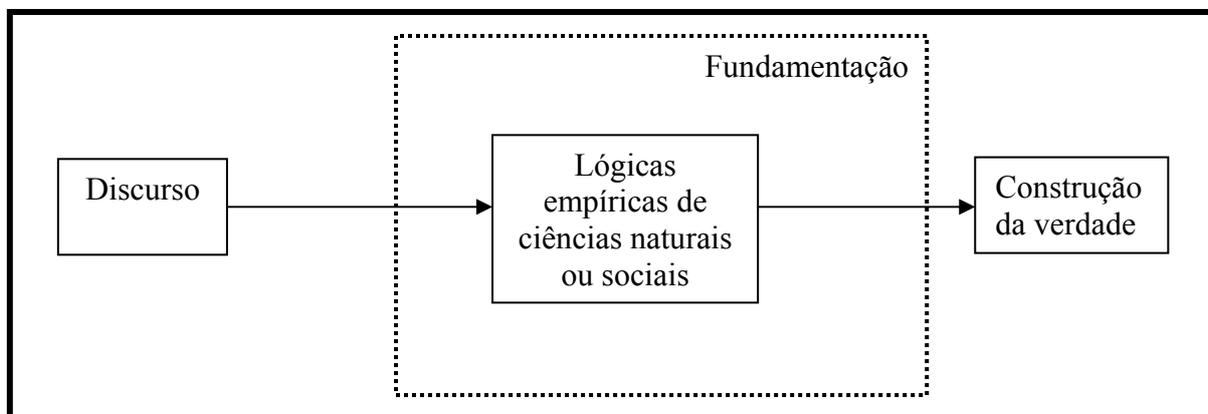


Figura 2 – Estrutura esquemática do discurso baseado no naturalismo.

Para o intuicionismo, a fundamentação do argumento não se repousaria sobre qualquer atividade empírica, se desviando do aconselhamento dos cinco sentidos humanos, havendo, neste caso, uma corrente subjetiva e pessoal, fundamentada na própria intuição particular de cada homem, por muitos chamados de sexto sentido.

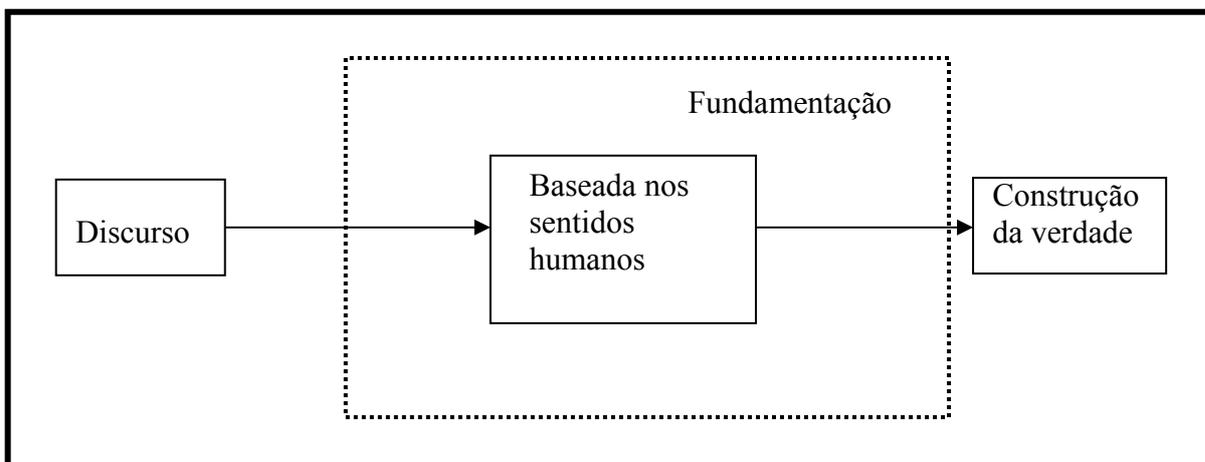


Figura 3 – Estrutura esquemática do discurso baseado no intuicionismo.

6.2.2 O EMOTIVISMO

Neste caso, incluem-se externalidades de caráter sentimental e moral, ou seja, a argumentação seria fundamentada, diferentemente do naturalismo e do intuicionismo, por sentimentos pessoais e/ou atitudes morais, de caráter subjetivo, ora coletivo e ora individual. Neste há uma grande influência de juízos morais, na argumentação do falante⁷³.

Para Stevenson, “a função essencial dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas a de influenciar pessoas. ‘Em vez de simplesmente descrever os interesses das pessoas, eles os modificam ou intensificam’”.

⁷³ Alexy chama de falante todo o agente que busca fundamentar sua argumentação.

Assim, a grande importância do emotivismo está na possibilidade de regular a fundamentação do falante, na ética moral, abrindo espaço, assim, para a construção da verdade através dos dogmas. Contudo, o grande questionamento firmado sobre o emotivismo está na falta de influência de normas textuais.

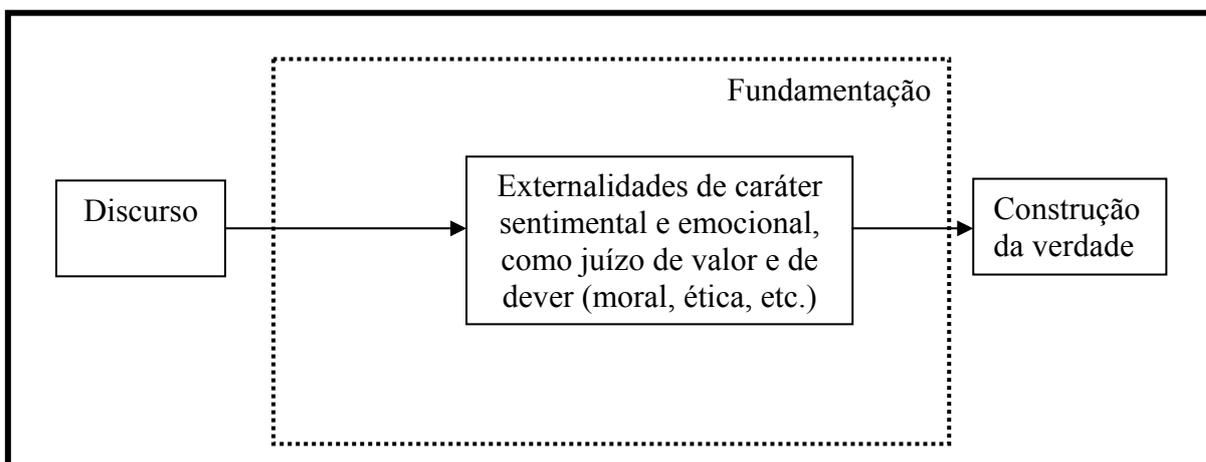


Figura 4 – Estrutura esquemática do discurso baseado no emotivismo

6.2.3 O DISCURSO PRÁTICO COMO ATIVIDADE GUIADA POR REGRAS

Para Alexy, o maior ataque na formação de um consenso sobre a teoria do emotivismo de Stevenson foi a falta do reconhecimento de limitações, estabelecidas por regras, ao discurso moral, o que originou diversas teorias que estabeleceram uma certa limitação ao conceito moral, sendo elas: a filosofia da linguagem de Wittgenstein e Austin; a teoria de Hare; a teoria de Toulmin e; a teoria de Baier. Todos estes discutindo sobre a formação de uma lógica moral relacionada à linguagem e à argumentação. Contudo, este trabalho se restringirá a apenas citá-las, pois sua fundamentação e exposição não seriam pertinentes ao tema central do trabalho.

6.3 *A TEORIA CONSENSUAL DA VERDADE DE HABERMAS*

A teoria de Habermas busca criar uma lógica, Aristotélica, que justifique um “fato”, condicionando a elaboração da verdade ao consenso interpretativo. Ou seja, para que eu crie uma verdade eu devo convencer a todos que entrarem em meu discurso, a aceitar a minha argumentação como verdadeira.

Assim, tem-se que a criação desta “verdade consensual” seria a elaboração de uma verdade absoluta e imutável, o que não pode ser aceito, pois os instrumentos que fundamentam tal afirmativa, certamente ainda não conhecem todos os pontos incidentes e, além disso, sofrem influência psíquica, moral e ética, o que, por si só, torna mutável tal conceito.

Contudo, Havermas veio quebrar essa lógica consensual empírica. Para ele, o argumento deveria se influenciar sim pela construção de uma verdade fundamentada, porém estar apto à mutabilidade de inovações advindas de fatos constatados. Ou seja, segundo Havermas, “uma proposição é verdadeira se está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com que afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciados”.

6.4 *TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO RACIONAL GERAL*

Na obra de Robert Alexy o segundo passo para a construção da teoria da argumentação jurídica, foi tornar sólidas as teorias dos discursos práticos, fundamentados na ética analítica, o que só foi possível através da teoria do discurso prático racional geral, que traz a racionalidade interpretativa à argumentação. Este avanço foi crucial para a elaboração da teoria da argumentação jurídica de Alexy, pois este torna a argumentação jurídica adaptável à evolução humana e cria uma interpretação intelectual e subjetiva, que possibilite a aplicação ao homem social.

Neste momento, tem-se que, considerando que os juízos de valor e de dever se unam a uma pretensão de valor, estes podem ser questionados segundo os diversos pontos de vista humano. Ou seja, os juízos de valor, os conceitos morais e éticos, apesar de possuírem uma consolidada base estrutural, podem sofrer interpretações diversas, o que influencia diretamente em sua fundamentação.

Assim, o que se busca com essa teoria é criar uma racionalidade na interpretação das normas e dos valores éticos, ou seja, a delimitação literal apenas induz e dá instrumentos ao “falante” para a fundamentação de sua argumentação, que deve estar embasado fortemente em uma racionalidade que seja consenso. Aqui, a “verdade” é construída na racionalidade, que se utiliza dos diversos aspectos, morais, sociais, empíricos, psíquicos e não, como é o caso das demais, apenas nas literalidades desses aspectos.

Adiante será demonstrada a fundamentação racional do discurso, que pode ser aplicado às ciências exatas ou às ciências sociais.

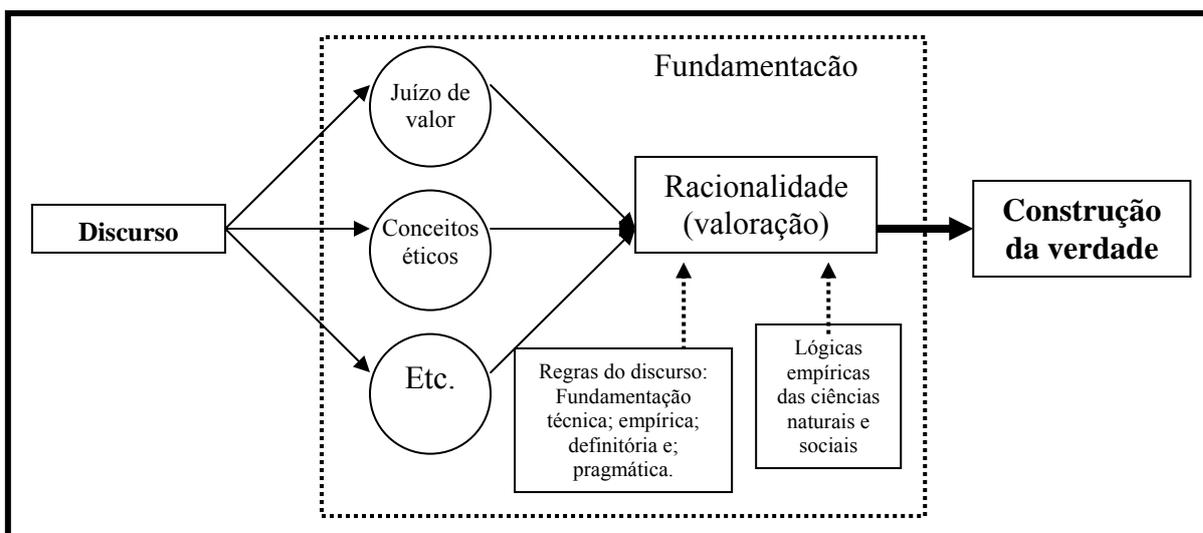


Figura 5 – Estrutura esquemática do discurso prático racional geral.

Assim, tem-se que a fundamentação do discurso requer a ponderação (valoração) dos diversos aspectos incidentes e analisados pelo falante, através de um consenso “universal” do que seja “racional”.

6.5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Como já foi tratada, a argumentação de determinado discurso deriva da necessidade de fundamentação deste, perante uma lógica compartilhada por uma coletividade ou por uma aceitação empírica, ou até mesmo psíquica. Daí vale o registro que a obrigação da motivação das decisões judiciais somente foi imposta a partir de 1790, desde então, podemos dividir a história do Direito em três grandes períodos, o da exegese, até 1880, o da escola funcional e sociológica, até 1945 e o do raciocínio judiciário⁷⁴.

Conforme se viu, o raciocínio fortalece a fundamentação dos discursos e traz credibilidade ao consenso daquele entendimento. Isto porque o “raciocínio” é o puro produto da atividade intelectual; é um fruto da atividade mental; dele se extraem os discursos; se correlacionam argumentos; se ponderam valores; dele se constroem o silogismo; trata-se então da inteligência e da razão. Assim, no que se refere à ciência do Direito, o raciocínio jurídico é a formulação ou formatação lógica de determinado argumento juridicamente ponderado, ou seja, trata-se da fundamentação lógica, segundo preceitos legais, supralégais (princípios gerais de direito) morais, éticos, psíquicos, etc. Trata-se, desta forma, da convalidação das intenções estatais da aplicação do Direito.

⁷⁴ Chaïn Perelman, *Lógica Jurídica: nova retórica*; tradução Verínia K. Pupi – 2ª. Edição, São Paulo, SP. Editora Martins Fontes, 2004, p. 29.

Não é à toa que a fase do raciocínio jurídico se inicia justamente no pós-guerra, este é sim o resultado dos absurdos jurídicos cometidos na Alemanha que acabaram por originar a Segunda Guerra Mundial. Naquela situação eliminaram direitos fundamentais e concepções jurídicas formadoras do Estado, aviltando todas as garantias individuais que resultaram no absurdo ocorrido naquela guerra.

Nesse sentido, a argumentação jurídica, dentro de uma delimitação filosófica lógica, aberta, evolutiva, limitada e “natural” é o que garante a própria formação institucional do Estado Democrático de Direito. Assim, neste trabalho, o estudo da teoria da argumentação jurídica traz a validação da inserção de outros preceitos sociais e humanos, que não apenas os contidos na legalidade expressa do positivismo jurídico, para a discussão acerca do tema principal.

O que se pretende demonstrar é que o Direito é uma ciência social e, sendo assim, possui um caráter mutável, porém determinado, ou seja, é subjetivo, mas limita-se ao texto legal ou aos princípios gerais de Direito. Daí pode-se dizer que o Direito não pode mais ser visto como uma ciência absoluta e positivista, como a teoria de Hans Kelsen, mas sim, evolutiva e conectada aos anseios sociais, ligada ao chamado “direito natural”. Desta forma, tem-se que existe, no mundo jurídico, uma espécie de norma metafísica, que rodeia toda atividade ou discussão jurídica e que esta, influencia os legisladores e os intérpretes do Direito. Na concepção de Aristóteles, ao lado das leis especiais, escritas, afirma-se a existência de um direito geral, “todos esses princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte”⁷⁵.

Fundamentalmente, se demonstrará, neste capítulo, que a argumentação jurídica deve ser receptiva à mutabilidade do consenso humano e, por isso, deve se adaptar a evolução social. Contudo, a interpretação jurídica não pode fugir à mínima aceitação lógica, sendo assim, limitada pela norma e pelos princípios gerais de Direito. Perelman afirma que a lei, sendo “obra do homem, está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade”⁷⁶.

6.6 DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Para a compreensão da evolução da filosofia jurídica que concerne à interpretação das normas e da própria aplicação do Direito, faz-se necessário estabelecer um pequeno esclarecimento acerca da antítese “direito positivo e direito natural”, já que estas estão ligadas à própria

⁷⁵ Retórica, I, 1368, b, 8-9

⁷⁶ Perelman, p.106

gênese do direito, sendo que a primeira se limita à estrita aplicação da norma literal posta e a segunda considera “interpretações pragmáticas”, de natureza sentimental, social, política, moral e econômica.

Assim, demonstrar a crescente influência, no mundo jurídico, dessas “interpretações pragmáticas”, ligadas ao sentimento individual de justo, ético e moral, ressalte-se a tese de os interesses ora incidentes sobre os reservatórios hidrelétricos não mais podem ser vistos e julgados como no momento de sua construção, sofrendo a influência de momentos políticos, sociais e econômicos diferentes.

Essa antítese filosófica, para Perelman, data apenas do século XIX, pois, segundo ele, antes daquela época não se visualizava diferença entre dizer o “direito” e “administrar a justiça”. Para o direito positivo, a justiça é apenas um resultado da aplicação da lei, o que com a tripartição dos poderes, impõe ao juiz, a simples aplicação da “vontade” da lei, ou seja, aqui justiça não é o objetivo central. Alega-se, no entanto, que o sentimento de justiça, por possuir uma dose muito grande de subjetividade, colocaria em risco todo o mundo do direito e da ciência jurídica. “Para o positivismo jurídico, a justiça conforme ao direito é a justiça tal como foi precisada pelo legislador”⁷⁷.

Contudo, este cenário positivista apresentado enfrentou alguns problemas que acabaram por lhe impor, gradativamente alguma interpretação naturalista, embasada em sentimentos empíricos e de uma igualdade qualificada e não pura e simples como se imagina no positivismo.

Ao se atentar a tradição cristã, percebe-se claramente que a idealização do direito natural advém do ideal “Divino”, e algumas vezes “hipócrita”, de justo e moral. “Para Santo Agostinho, na ausência de justiça, não pode haver direito (A cidade de Deus, XIX, 21) e o que não é justo parece não ser, de modo algum, uma lei (Do livre arbítrio, I, 5). Para Santo Tomás, na medida em que uma lei humana se opõe ao direito natural, já não se trata de uma lei, mas de uma corrupção da lei (Suma teológica, I secundae, Q. 95, art. 2º).

Pode-se dizer que a fusão dos conceitos de direito positivo e de direito natural cada vez mais é aceita por filósofos e juristas. É certo dizer que na ralação social humana há uma certa dependência mútua na própria gênese deste conceito. Ou seja, o direito positivo é fruto do interesse coletivo na proteção dos “direitos naturais” e estes, só são mantidos pelo positivismo

⁷⁷ Perelman, Chaïn, *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermetina Galvão, Editora Marins Fontes, São Paulo – SP, 2002. p 389.

jurídico. Para Rousseau, filósofo positivista que construiu o “contrato social”, “o Estado só é legítimo quando protege os direitos naturais do homem, em especial a liberdade”.⁷⁸ No mesmo sentido, a colocação do professor Goffredo Telles Jr., “o direito natural é o direito positivo consentâneo com a moral social, conjunto de bens soberanos de uma determinada sociedade. Se o direito positivo corresponde àquilo que a comunidade deseja, resta evidente que não é um direito artificial, imposto pela força bruta, mas natural, acatado espontaneamente, porque legítimo”⁷⁹.

O que se busca nesta confrontação teórica, entre o direito positivo e o direito natural, é mostrar que, cada vez mais, influências diversas têm atingido o positivismo da lei e dos conceitos administrativos governamentais, para captar os verdadeiros anseios sociais, prestando-se a fazer, de fato, justiça.

Confirmando esta teoria de aceitação do direito natural e de que este, de certa forma, possui uma superioridade ao positivismo, Norberto Bobbio, um positivista kelseniano, afirma que “o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça”⁸⁰.

Concluindo, vale transcrever a observação de Perelman: “o crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz, torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica”.⁸¹

6.7 O DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

Para a criação da teoria da argumentação jurídica, Alexy a coloca como sendo um caso especial da já apresentada teoria do discurso prático racional geral, logicamente, criando algumas particularidades exclusivas quando aplicada ao mundo do Direito.

Inicialmente, Alexy faz a observação de haver uma diferença crucial, e que influência diretamente em sua teoria, entre os discursos jurídicos oriundos das discussões acadêmicas, entre Advogados ou Juristas, dos debates diante dos tribunais e deliberações de tribunais, alegando que a primeira não possui nenhum compromisso formal com a “verdade” (podem

⁷⁸ Aquaviva, Marcus Claudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Aquaviva. Jurídica Brasileira. São Paulo, 1998

⁷⁹ Talles Jr., Goffredo. O Direito Quântico, Max Limonad, São Paulo, SP.

⁸⁰ Bobbio, Norberto. In les antinomies em droit naturelle. Essai de définition d’un droit naturelle positif. Revue Internationale de Philosophie, 65, 1963, p 335-352.

⁸¹ Perelman, Chaïn, Ob cit. p 392.

ser fundamentadas como dogmas) por não possuírem conseqüências temporais e, portanto, pode ser defendida como absoluta (dogmas). Já na segunda, por estarem institucionalizadas, devem alcançar um resultado num tempo limitado e possuírem repercussões sociais concretas.

Assim, as argumentações jurídicas, debatidas nesta teoria, possuem limitações de caráter processual e normativo, o que as vincula a um mundo “virtual”, onde se busca a construção de uma verdade pontual e absoluta, porém desvinculada da formação de dogmas, o que a torna mutável e evolucionista. Para Alexy, “aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente”⁸².

Além das limitações normativas, impostas às discussões jurídicas⁸³, a grande diferença está que a argumentação jurídica não busca apenas o convencimento da parte contrária (ou ouvinte), mas sim de toda comunidade jurídica, ou seja, os debates e deliberações jurídicas necessitam do convencimento “coletivo” para alcançar seu objetivo, não bastando o convencimento apenas dos envolvidos. Aqui se fundamenta toda a estrutura do que temos como Estado Democrático de Direito. Assim, uma sentença sem a aceitação⁸⁴ da comunidade jurídica não passa de um instrumento moralmente defeituoso e democraticamente falho.

Outro ponto, talvez o que trouxe maior debate à teoria de Alexy, está na, aqui também existente, pretensão de correção. Contudo, nesta, a racionalidade deve-se firmar apenas nos caminhos delimitados pelo ordenamento jurídico vigente, ou seja, deverá se buscar “uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente”.⁸⁵ É justamente na busca dessa racionalidade jurídica que está firmada toda a teoria da argumentação jurídica que se pretende apresentar neste trabalho.

Neste contexto, tem-se que os discursos jurídicos são fundamentados pelas decisões jurídicas, que nada mais são do que justificativas do argumento. Assim, a teoria da argumentação jurídica apresenta dois traços fundamentais, a justificação interna e a justificação externa⁸⁶. Objetivamente, na primeira trata-se da formulação das premissas da fundamentação e, na

⁸² Alexy, Robert. Teoria da argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.

⁸³ Acautela-se pela não utilização do termo “discurso”, como utilizado em outro momento, pois este, é repudiado por Alexy, quando aplicado à argumentação jurídica, haja vista que nesta existem limitações que não podem ser impostas ao discurso..

⁸⁴ Sobre o termo aceitação, é bom que fique claro que não se trata do compartilhamento universal, daquela sentença, como sendo verdadeira, mas sim, de uma mínima racionalidade dentro da lógica comum existente no meio acadêmico jurídico. Para Alexy, “não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”.

⁸⁵ Alexy, Robert. Ob. Cit.

⁸⁶ Sobre esses conceitos ver Wróblewski, J., Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, em Rechtsstheori 5, 1974, p. 33-46.

segunda, da correção dessas premissas, que, por sofrerem influências externas ao meio jurídico, recebe este nome.

6.8 A JUSTIFICAÇÃO INTERNA

Conforme já citado anteriormente, a teoria de Alexy se divide em duas partes, que segundo sua própria construção trata-se de “traços fundamentais da argumentação jurídica”. O primeiro deles, denominado de “justificação interna”.

Seguindo uma lógica Aristotélica, chamada por muitos de “silogismo jurídico”, a justificação interna deve seguir um raciocínio dedutivo, disparados a partir de um cenário dicotômico, onde duas proposições levam à obtenção da conclusão.

O que realmente se pretende nesta estrutura lógica de construção de uma justificação é a formatação de uma dedução objetiva de causa e efeito, relacionando normas a fatos e, delimitados os agentes, constrói-se o resultado pretendido pela norma. Para uma exemplificação, Alexy constrói um esquema representativo, onde coloca um símbolo representativo de um universo de agentes, outro símbolo de representação da norma e, por fim, um que demonstre o cumprimento do objetivo daquela norma.

Nesta construção, Alexy evoca a existência e a necessária justificação de argumentação jurídica, através de princípios universais, dos quais servem de base para o que ele chama de justiça formal. Ou seja, como ele próprio observa, “O princípio da justiça formal exige ‘observar uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria’. Para observar uma regra na fundamentação jurídica exige-se que a decisão jurídica decorra logicamente desta regra”. Desta forma, através da justificação interna, a teoria da argumentação vincula todas as decisões a princípios universais de direito, alegando que estes são a razão de ser da formulação de todo o arcabouço normativo.

Frente à subjetividade de questões jurídicas complexas, a justificação interna necessita de uma certa adaptação do positivismo jurídico ao resultado da norma, ou seja, é inserida uma série de pressupostos de caráter valorativo à aplicação da norma, condicionando o seu resultado ao cumprimento de certos requisitos prévios. Contudo, tais pressupostos se referem apenas às questões factuais e não morais e éticas, que serão tratadas na justificação externa. Daí a especificidade de certas normas que, claramente, se sobrepõem às de caráter geral, mas estão submissas a princípios universais. Um simples exemplo, que pode clarear esta observação, está nas questões agravantes e atenuantes da pena, que existem em certas normas de ordem penal.

Assim, a norma busca absorver questões racionais e interpretativas que diferenciem fatos e necessitem de tratamento diferenciado, que, resguarde o interesse social, torne gradual a aplicação de penas e, que busque igualar questões aparentemente desiguais. Desta forma as fundamentações das argumentações jurídicas devem se vincular a princípios universais e construir uma lógica que especifique e objetive ao máximo a sua aplicação ao fato concreto. Por fim, vale ressaltar que a justificação interna visa criar uma lógica para a fundamentação jurídica, que se refere exclusivamente à norma posta, ou seja, ao próprio texto normativo, deixando as questões jurídicas de Direito, ligadas à doutrina, à jurisprudência e, sobretudo, à ética e à moral para serem tratadas na justificação externa.

6.9 A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA

“O objeto da justificação é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo”.⁸⁷ Com esta afirmação, Alexy vincula às argumentações jurídicas, a subjetividade do pensamento humano, inserindo na lógica positivista jurídica, a ponderação do pensamento humano e a inserção de aspectos de caráter diverso, que nada mais são do que a aceitação de princípios do direito natural. Para isso, ele cria seis grupos de regras e formas na justificação externa, sendo elas: 1 – de interpretação (lei); 2 – da argumentação da ciência do Direito (dogmática); 3 – do uso dos precedentes (precedente); 4 – da argumentação prática geral (razão); 5 – da argumentação empírica (empirismo); 6 – formas especiais de argumentação jurídica.

6.9.1 A INTERPRETAÇÃO (LEI)

Alexy alega ser necessário estudar e compreender os chamados cânones da interpretação, que desde Savigny⁸⁸ tem sido objeto de muitas discussões, acerca de seu número, sua formulação precisa, sua hierarquia e seu valor. Para clarear, de uma forma muito simples, tem-se que os cânones são considerados os instrumentos pelos quais se constrói uma certa lógica interpretativa e coativa (sanção) da norma. O que se pretende aqui é sempre vincular o resultado de uma norma sempre fundamentado em algum dos seis grupos de interpretação dos cânones, que estão agrupados em: semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.

⁸⁷ Alexy, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Página 226

⁸⁸ Fr. C.v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlim, 1840, p.212 ss.

Fala-se em argumento semântico quando este é submetido a uma validação ou admissão através da pura interpretação lingüística. A genética está vinculada à própria gênese da norma, ou seja, busca-se a fundamentação na própria vontade do legislador. O argumento histórico possui uma relação próxima com o que interpretamos como jurisprudência, ou seja, visualiza-se o problema jurídico segundo a sua história, angariando argumentos a favor ou contra uma determinada interpretação. Na argumentação comparativa, busca-se uma fundamentação no chamado Direito Comparado, ou seja, em outra sociedade. A argumentação sistemática está ligada à interpretação da norma segundo uma validação desta através de outras normas. A argumentação teleológica está vinculada a conceitos de fim e de meio, assim como dos conceitos de vontade, intenção, necessidade, prática e fim. Nestes conceitos há uma grande influência de princípios jurídicos e sociais, ligados ao objetivo da norma e do próprio aplicador da norma.

6.9.2 DA DOGMÁTICA

Inicialmente, é bom que se ressalte que não há um consenso acerca da teoria da dogmática jurídica aceita de maneira geral. O que se pretende classificar como dogmática jurídica, neste caso, está ligado à própria ciência do Direito, visualizando suas três atividades, ou seja: na determinação do Direito vigente; no estudo conceitual e sistemático das normas e; na elaboração de propostas para solução de casos jurídicos problemáticos, ou seja, na própria atividade interpretativa do jurista. Nisto, constrói-se uma estrutura paralela, de atuação dessas atividades, que estão ligadas a uma conceituação empírica, lógica e pragmática.

A dogmática está ligada aos princípios gerais de direito e às doutrinas consensuais de interpretação da lei, ou seja, possui um grande arcabouço empírico evolutivo, no qual se constrói toda ciência jurídica, o que dá subsídios à formulação lógica de teorias jurídicas.

6.9.3 DOS PRECEDENTES

Neste trabalho, se eximir-se-á da discussão acerca da aceitação do argumento do precedente como fonte do Direito. O que se busca aqui é utilizar decisões anteriores, como forma de cumprimento do princípio da universalidade, que condiciona a igualdade aos iguais. Contudo, é bom que se alerte que a interpretação da norma e, como já foi dito, os interesses do Estado não são homogêneos e imutáveis, mas sim totalmente adaptáveis e submissos ao tempo e à subjetividade do pensamento humano. Nesse sentido, vale transcrever a afirmação de Alexy que alerta: “É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas

as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou”.

Com isto, pretende-se apenas demonstrar que o argumento do precedente segue apenas uma forma de fundamentar a interpretação jurídica segundo um mesmo objetivo transcrito na lei, mesmo que seja apenas semelhante, ao mesmo problema jurídico.

Toma-se a liberdade de advertir que a verdade imutável não é uma verdade racional, mas sim uma verdade dogmática e frágil sob o ponto de vista científico e até mesmo jurídico.

6.9.4 DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA GERAL (RAZÃO)

A argumentação prática geral vem apenas com a função de tratar de modo racional, e aí, sofrendo diversas influências externas ao meio jurídicos, ao resultado da interpretação e da argumentação jurídica. Nessa condição, a razão faz o papel de ponderar os diversos argumentos na solução dos problemas jurídicos.

6.9.5 DA ARGUMENTAÇÃO EMPÍRICA (EMPIRISMO):

A argumentação empírica se utiliza do empirismo das demais ciências, exatas ou sociais, para a fundamentação do resultado da interpretação da norma aplicado à problemática jurídica, ou seja, nesta imagina-se uma cooperação interdisciplinar que possibilita o trânsito da norma sobre a realidade da vida social.

Desta forma, verifica-se que o empirismo atua como a fundamentação através de “experimentos” normativos na resolução de problemas jurídicos.

6.9.6 DAS FORMAS ESPECIAIS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

As argumentações especiais estão ligadas ao raciocínio lógico estrito na interpretação de problemas jurídicos, utilizando metodologias jurídicas como a analogia, o argumento contrário e o argumento absurdo. O que se busca é a construção de uma “verdade” lógica, seja sob o ponto de vista científico, social ou jurídico.

Neste caso, pode-se utilizar também a exclusão de argumentos contrários pela simples demonstração de impossibilidade de sustentação do mesmo.

6.10 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste capítulo buscou-se demonstrar, através das teorias filosóficas sobre o discurso e de sua aplicação no caso do discurso jurídico, justificar uma análise ponderativa naturalista do caso

em estudo. Este capítulo é o elo que vincula toda justificativa jurídica trabalhada, com os conceitos técnicos matemáticos que se pretende apresentar adiante.

Como se viu, o discurso jurídico é contaminado por questões subjetivas, não exclusivamente positivistas, ligadas a dogmática, a interpretação humana, ao empirismo e ao próprio desenvolvimento social. Todas estas questões devem incidir sobre a formulação matemática que se pretende construir.

Inicialmente, utilizando de debates jurídicos já consolidados pela filosofia jurídica, demonstrar que o discurso jurídico deve se submeter ao naturalismo e ser influenciado por questões sociais evolutivas, até mesmo de caráter pessoal. Assim, ficou demonstrado que a subjetividades dessas decisões são extremamente mutante e evolutiva, já que depende das conclusões humanas sobre cada conceito.

O que se busca aqui é demonstrar que a decisão jurídica é influenciada por diversos fatores, que não apenas os positivados no ordenamento jurídico. Assim, pretendeu-se demonstrar, através da teoria de Alexy⁸⁹, que é perfeitamente factível modelar uma teoria que quantifique e qualifique essas influências externas ao ordenamento positivado, na decisão a ser tomada.

Esta formatação deverá, de alguma forma, justificar todas as decisões jurídicas, consolidando uma metodologia que quantifique e aplique cada um dos princípios jurídicos incidentes em cada caso concreto.

⁸⁹ Alexy, Robert. Teoria da argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.

7 FORMATAÇÃO MATEMÁTICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

7.1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste capítulo é aplicar a subjetividade do pensamento jurídico na resolução do problema central do trabalho. Para isto, adotar-se-ão estruturas matemáticas que normalmente subsidiam as análises técnicas e econômicas. Assim, busca-se integrar o discurso com a formulação matemática, incorporando a essas equações a análise ética oriunda das reflexões do Direito. Para tanto, serão adotados dois estudos desenvolvidos por Ribeiro Júnior⁹⁰, onde há disputa entre interesses de diferentes agentes, conflitando visões locais com visões distantes, sempre ligadas à geração hidrelétrica.

O primeiro problema se dá no âmbito do planejamento e projeto de uma pequena central hidrelétrica, onde a definição do trecho de vazão reduzida - TVR gera enorme polêmica entre os distintos atores. O segundo problema se refere à operação de um reservatório de uma central hidrelétrica, onde a população local tem sofrido com o intenso e duradouro esvaziamento do mesmo.

A literatura é bastante variada no que diz respeito à análise de decisão multiobjetivo. Programações matemáticas, como a programação de compromisso – PC, teoria dos jogos, técnica “trade-off”, conjuntos difusos (fuzzy-sets) são instrumentos já bastante dominados do ponto de vista matemático. Por outro lado, nenhum deles dispensa a avaliação subjetiva da sociedade ou do indivíduo. Contudo, como já foi apresentado neste trabalho, não basta levar-se em consideração a opinião momentânea de grupos sociais. Os princípios éticos que sustentam e amalgamam uma sociedade, embora variáveis no tempo, não podem ser levados por opiniões efêmeras, muitas vezes conduzidas por propagandas na mídia. Devem encontrar base de sustentação em princípios sólidos.

Assim, este capítulo deverá construir uma interpretação matemática da ponderação de interesses, utilizando-se de questões subjetivas de princípios sociais e jurídicos, buscando assim aproximar-se do papel do Estado Democrático e do conceito comum de Justiça. Para isto, primeiramente se construirá a formatação matemática de um pequeno conflito, apenas com caráter exemplificativo, para, em seguida, aplicar-se aos dois casos, onde se buscará aproximar a formulação matemática aos princípios e conceitos concernentes ao objetivo deste

⁹⁰ Leopoldo Uberto Ribeiro Júnior. Contribuições metodológicas visando a outorga do uso de recursos hídricos para geração hidrelétrica. Dissertação de mestrado do programa de pós-graduação em engenharia da energia da Universidade Federal de Itajubá, 2004.

trabalho, qual seja, construir uma solução mais próxima possível do que se tem por “interesse público”.

7.2 A INTERPRETAÇÃO MATEMÁTICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Para conceituar a visão matemática da ponderação de interesses, associando-a ao discurso, serão tomados, como exemplo, o método da Programação de Compromisso – PC e o de “trade-off” (negociação). O primeiro é bastante conveniente para a alocação de recursos entre diferentes interessados (ou interesses), enquanto o segundo pondera a disputa entre dois interesses, podendo ser expandido para maior número através de processos iterativos.

7.2.1 A APLICAÇÃO DO MÉTODO DA PROGRAMAÇÃO DE COMPROMISSO – PC

No método da Programação por Compromisso três avaliações são necessárias: a primeira diz respeito à distância existente entre o ótimo ideal e o pior caso, para cada atributo associado a um interesse; a segunda avalia o impacto em um determinado interesse, à medida que o atributo se distancia da sua posição ótima; o terceiro capta a visão sistêmica, ponderando a importância de cada interesse, em relação aos demais. É importante ressaltar que as variáveis subjetivas que formularão este “caso matemático” deverão ser influenciadas pelos princípios jurídicos já apresentados noutros capítulos⁹¹.

Inicialmente, para demonstrar didaticamente a interligação entre o método da Programação de Compromisso – PC e a formulação matemática que se pretende construir, o trabalho adota, como exemplo, a distribuição de área em uma casa, que está sendo projetada e deverá ter área total de 100 metros quadrados, contando com um banheiro uma sala uma cozinha e dois quartos. É claro que, o aumento de um cômodo fará reduzir um ou vários outros cômodos, havendo, portanto, um conflito claro entre os interesses que cada cômodo simboliza. Adotou-se o exemplo de uma casa, posto ser ela, enfim, o abrigo da célula “mater” da sociedade, que é a família, e de onde se originam os princípios de convivência e harmonia.

Assumindo-se que o banheiro é intocável e que terá 15 metros quadrados, resta avaliar os outros quatro cômodos. Para isso, após um prévio acordo, a família adotou medidas mínimas e máximas, que deverão ser consideradas como o pior e o melhor caso para cada um dos cômodos, chegando-se aos seguintes valores: a cozinha deverá ter, no mínimo, 10 e não ultrapassará 20 metros quadrados; cada quarto deverá, independentemente, ter no mínimo 9 e

⁹¹ Vide capítulo 5 página 74.

não ser superior a 25 metros quadrados; a sala, no mínimo 20 metros quadrados e sem limitação máxima.

Essas medidas mínimas e máximas, adotadas para cada cômodo, podem ser interpretadas, ao analisar-se analogicamente à ponderação de interesses quando aplicada aos princípios jurídicos, como as garantias fundamentais e os direitos mínimos resguardados por um Estado Democrático de Direito. Assim, este acordo certamente é precedido de uma negociação global e extensa, que busca garantir a sobrevivência de cada interesse, impedindo a sobreposição exagerada que inviabilize um determinado interesse em prol de outro.

Tabela 3- Variação das medidas

Área total	Banheiro	Quarto 01	Quarto 02	Cozinha	Sala
<u>100</u>	<u>15</u>	9	9	10	20
<u>100</u>	<u>15</u>	25	25	20	Maior que 20

Desta forma, é extremamente clara a existência de um conflito real entre os cômodos da casa, que são representados na discussão, pelos membros da família que mais utilizam cada um deles. Assim, seguindo as três avaliações, pertinentes a esta formulação matemática, que se pretende aplicar, primeiramente, verifica-se que a distância entre o ótimo ideal e o pior caso (1) pode ser medida de uma forma unitária, onde à medida que se distancia do ponto ótimo cresce esta distância, partindo-se de zero e indo até um, onde se está no pior caso. Assim, têm-se a equação (1) para o “1” da sala, a equação (2) para o “1” dos quartos e a equação (3) para o “1” da cozinha.

$$l = \frac{A_{ótima} - A_{real}}{A_{ótima} - A_{pior}} = \frac{47 - A_{real}}{47 - 20} \quad (1)$$

$$l = \frac{25 - A_{real}}{25 - 9} \quad (2)$$

$$l = \frac{20 - A_{real}}{20 - 10} \quad (3)$$

Como exemplo, veja a representação gráfica do “1” da sala, onde: o pior caso é a sua menor dimensão (20 metros quadrados), e o melhor caso é quando os demais cômodos têm dimensão mínima, restando, portanto, 47 metros quadrados.

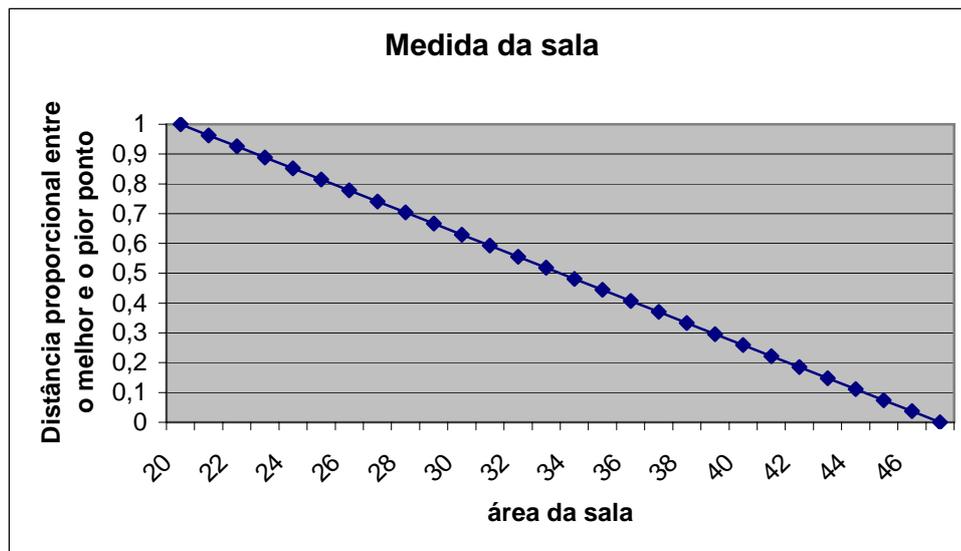


Figura 6 – Tabela de variação da medida da sala entre o melhor e o pior ponto

Quanto à influência da alteração das medidas, no conforto de cada cômodo, têm-se que o comportamento da distância “l” é dado por uma reta que sai de um, quando a área real é a mínima, indo para zero quando a área real é a ótima, conforme dado na figura nove. Este comportamento revela que há uma perda acentuada de conforto à medida que se reduz a área da sala. Cabe a questão: esta perda de conforto é constante com a perda de área? Analisando o comportamento social da família que irá morar nesta casa, poderia se dizer que a perda inicial de conforto é pequena, acentuando-se na medida em que a sala fica com área menor. Neste sentido, os atributos considerados para determinar matematicamente o comportamento de cada família, no que se refere à relação de melhor conforto com a área dos cômodos, deverá ser influenciada por princípios subjetivos, ligados a comportamento, tradição, evolução social e convívio familiar, o que está intimamente ligado à forma em que os integrantes da família se utilizam da casa e a importância dada para cada centímetro retirado ou concedido à cada cômodo. A variação do comportamento desta perda de conforto pode ser dada pela equação (4) seguinte:

$$l = \left(\frac{47 - A_{real}}{47 - 20} \right)^s \quad (4)$$

A figura dez mostra a alteração de comportamento descrito, que representam o conforto ganho ou perdido, de acordo com a alteração do coeficiente “s”. Nesta, tem-se a evolução linear, onde “s” é igual a um, outra côncava, onde “s” é igual a dois e, a mais côncava, com “s” igual a três.

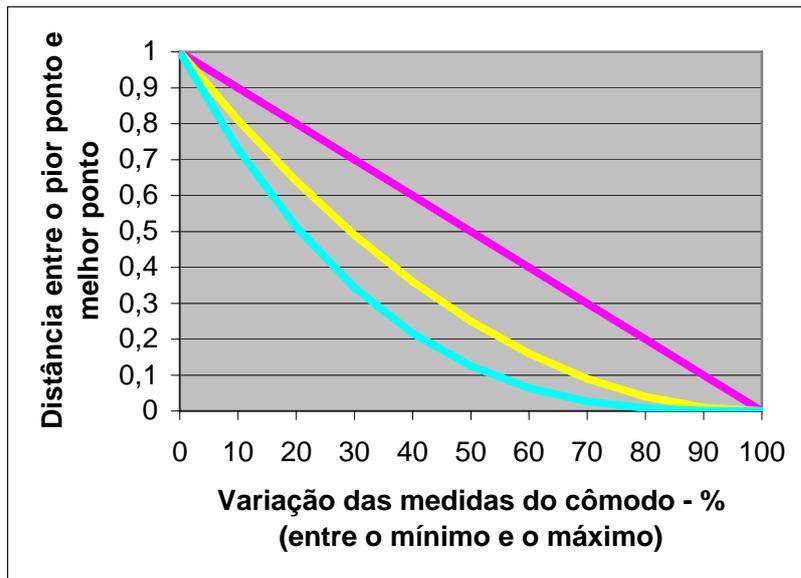


Figura 7 – Incidência da variação de “s” sobre a variação de medida

Assim, para este trabalho, os coeficientes deverão variar, em números inteiros, de um a três, de acordo com a importância dada pela família, para o aumento ou diminuição do cômodo, o que se adotará, apenas neste exemplo, de modo aleatório, isto com o intuito de demonstrar a formatação matemática. Ficando: um para uma influência constante; dois para uma influência acentuada a partir da redução de 55%, e; três para uma influência mais acentuada após a redução de 70%.

Visando aplicar esta metodologia para todos os cômodos, adotam-se os seguintes coeficientes: para os quartos “s” igual a três (equação 3); para a cozinha “s” igual um (equação 4), e; para a sala, “s” igual a dois.

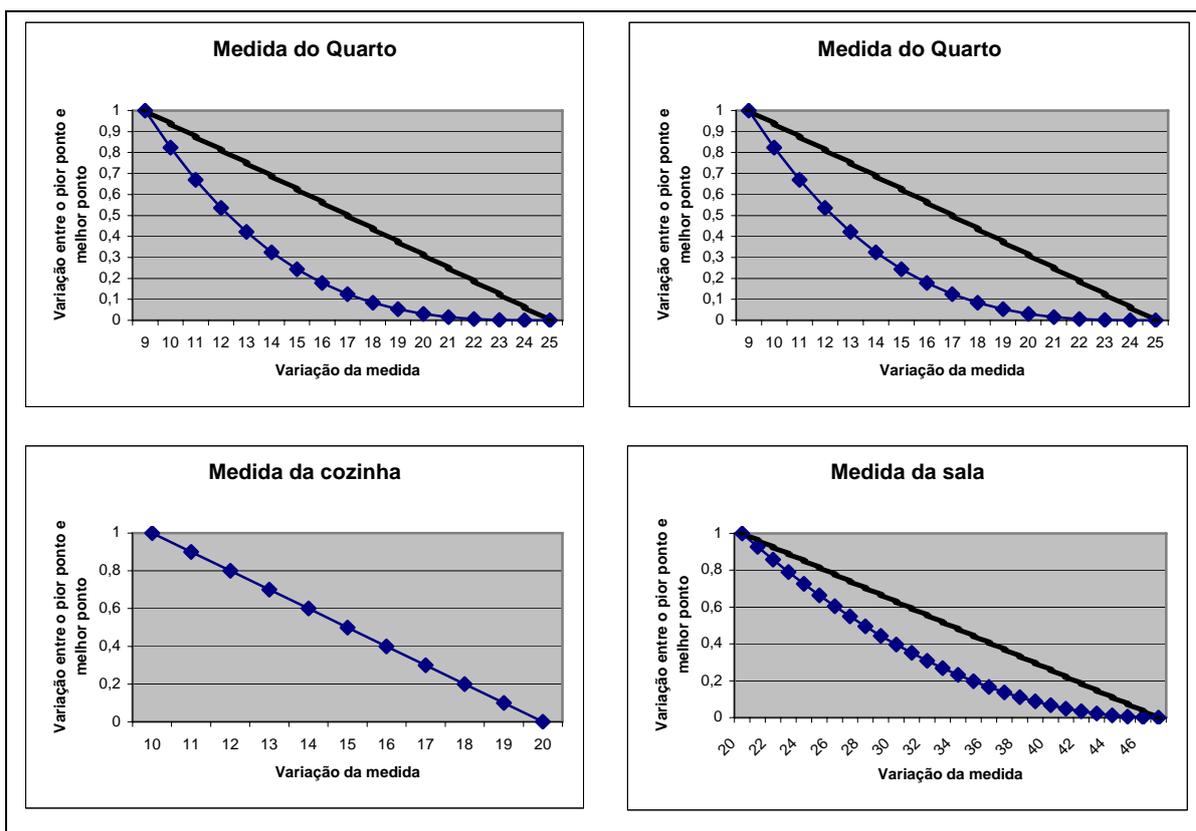


Figura 8 – Variação das curvas em função do coeficiente “s”

O valor de cada cômodo, que será representado por alfa (apresentado na equação (5)), deverá incidir sobre a formulação matemática como a importância que a família concede para cada um dos cômodos. Assim, a construção desta lógica de tratamento diferenciado a cada um dos cômodos, de acordo com a importância deles ao convívio social da família, deve receber influência substancial dos usos e costumes de uma família comum.

Desta forma, deverão ser feitas algumas considerações que influenciaram neste momento do estudo. Por exemplo, deve-se considerar que o desenvolvimento social não tem colocado mais o bem estar do patriarca como o grande objetivo da família. Atualmente questões como a educação dos filhos, o convívio harmônico entre os membros e as limitações financeiras têm sido de importância superior ao conforto dos pais. Além disso, deve-se considerar que, no momento de se atribuir peso aos quartos, é extremamente relevante a observação de que o estudo dos filhos pode ser prejudicado pela limitação de espaço.

A sala deve sofrer limitações pela prática do convívio familiar. Outro fator que deverá influenciar na importância da sala está na limitação financeira para a compra de equipamentos eletrônicos, obrigando esta família a utilizar coletivamente, por exemplo, a televisão. Quanto à cozinha, sabe-se que é costume regional, a realização de reuniões familiares no momento do preparo da comida, o que exigirá um ambiente mais confortável.

Assim, pode-se construir uma fórmula que forneça a distância ao conforto ótimo para o conjunto dos cômodos da casa, ponderando (multiplicando por α) a importância da distância ao conforto ótimo de cada cômodo. Assim, a distância total é dada pela soma do “I” de todos os cômodos, representado pela equação (5).

$$I_{total} = \alpha_{sala} \left(\frac{47 - A_{real\,sala}}{47 - 20} \right)^{S_{sala}} + \alpha_{cozinha} \left(\frac{20 - A_{real\,cozinha}}{20 - 10} \right)^{S_{cozinha}} + \alpha_{quarto1} \left(\frac{25 - A_{real\,quarto1}}{25 - 9} \right)^{S_{quarto1}} + \alpha_{quarto2} \left(\frac{25 - A_{real\,quarto2}}{25 - 9} \right)^{S_{quarto2}} \quad (5)$$

Aqui, deseja-se minimizar a distância total ao conforto ótimo, o que seria idealmente igual a zero. Isto implicaria dizer que se teria uma sala com 47 metros quadrados, uma cozinha com 20 metros quadrados e quartos com 25 metros quadrados, lembrando, ainda, que o banheiro tem área de 15 metros quadrados. Isto totalizaria 132 metros quadrados, que é superior aos 100 metros quadrados disponíveis. Em termos matemáticos pode-se dizer que a soma das áreas de cada cômodo tem que ser igual a 100 metros quadrados, conforme a equação (6).

$$A_{sala} + A_{cozinha} + A_{quarto1} + A_{quarto2} + A_{banheiro} = 100 \quad (6)$$

Empregando uma planilha Excel pode-se calcular a distribuição ótima de área entre os diferentes cômodos, levando-se em consideração as limitações de engenharia, os usos e costumes da família focada e outros aspectos sociais. O resultado então deve ser construído através da busca da ponderação da influência da redução de cada cômodo frente aos membros da família e à importância de cada cômodo para a coletividade da família.

Para a valoração da importância dos cômodos, frente ao interesse desta família, o trabalho buscará atribuir pesos de acordo com a relevância de cada ambiente frente ao desejo desta família, o que pode ser chamado de “interesse público” desta família.

Neste momento, dever-se-á fazer uma analogia entre os parâmetros que se adotaram para dar peso aos cômodos, como sendo princípios jurídicos, já que neste momento pretende-se apenas demonstrar a formatação matemática da ponderação de um conflito de interesses.

Assim, criou-se quatro parâmetros para cada quarto, imaginando que estes são princípios jurídicos com representação, inclusive, na Constituição Federal brasileira. Considerando a tese de que não haja superioridade entre princípios constitucionais, o que é oportuno neste momento do trabalho, adotaremos a mesma importância para cada um deles, apenas como forma de justificar a subjetividade intrínseca destes pesos.

O que se pretende aqui é criar uma justificativa, não exclusivamente pessoal, para a valoração que se dará a cada cômodo no momento da ponderação dos interesses. Neste caso busca-se demonstrar como serão inseridos os princípios jurídicos que tutelam cada um dos interesses em conflito. Obviamente que atividade de atribuir pesos, segundo critérios subjetivos, seguindo princípios jurídicos, é uma atividade totalmente variável de acordo com a aplicação e como agente que o analisa. Contudo, vale observar que paira entre todas as sociedades e dentro do homem médio, um senso de justiça comum, que apesar de não ser único, absoluto, nem imutável, permeiam por um mesmo ambiente de proximidade entre todos os homens de uma mesma sociedade. A subjetividade da prática de se atribuir pesos é inerente a qualquer julgamento humano, já que a própria interpretação do conceito de Justiça é extremamente mutante e variável de acordo com o tempo, o agente e, principalmente, segundo os interesses que se defende. Neste sentido afirma o escritor polonês Stanislaw Lec que diz: “imparcialidade não é neutralidade. É parcialidade por Justiça”⁹².

Vale ressaltar que os princípios jurídicos, quando inseridos na carta constitucional, adquirem um corpo genérico, tomando forma específica de acordo com a análise e aplicação de cada caso, ou seja, este deverá ser influenciado por questões sociais, históricas, paradigmáticas, dogmáticas e outras. Neste sentido, valorar cada princípio, separadamente para cada critério adotado, aproxima o resultado do equilíbrio pretendido com a ponderação de interesses.

Assim, no caso da construção da casa, serão estabelecidos quatro critérios, como se fossem princípios jurídicos, que deverão ser julgados todos sob cinco pesos diferentes, variando de zero a quatro, partindo de pouco influenciado igual a zero e muito influenciado igual a quatro. Os quatro critérios são: A – influência nas condições de estudo dos filhos; B – influência nas condições de convívio coletivo da família; C – influência nas condições sanitárias e de engenharia; D – influência nas condições de convívio social da família. Por fim, será obtido o peso do cômodo, de acordo com a média simples dos valores atribuídos.

Primeiro cômodo: Sala de estar

Em qualquer casa, a sala de estar é o ambiente onde há o maior convívio coletivo da família, onde ocorrem os encontros com amigos, a família assiste televisão, podendo esta ser utilizada também como ambiente de estudo dos filhos e coletivamente nos momentos das refeições.

A – Condições de estudo para os filhos:

⁹² Stanislaw Lec, escritor polonês (1909 – 1966).

A sala de estar pode também ser utilizada pelos filhos como sendo o local adequado para a dedicação às atividades escolares que devem ser praticadas em casa. Contudo, por ser um ambiente coletivo, onde todos tem acesso contínuo e há, até mesmo, presença de pessoas de fora da família, pode-se dizer que este não é o mais adequado para tal atividade.

Há de se observar que os momentos de estudo dos filhos, devem ser tidos como uma atividade de concentração, ou seja, sem muitas interrupções, o que não condiz com a sala de estar. Assim, por poder, em uma condição de exceção, ser o ambiente de estudo dos filhos, mas não ser o mais adequado, atribui-se o peso dois.

B – Convívio coletivo da família

Certamente a sala é o ambiente mais apropriado ao convívio da família, sendo esta a razão de existir deste cômodo. Na sala de estar a família poderá reunir-se para os mais diversos fins, seja para descontração em jogos, assistindo televisão ou escutando música. Em qualquer família, este cômodo é utilizado também para os momentos de reflexão coletiva, geralmente ocorridos no período pós trabalho, onde todos estão presentes.

Assim, neste critério, será atribuído o peso quatro para a sala de estar, já que o convívio coletivo da família é a própria razão de existir deste cômodo.

C – Condições sanitárias e de engenharia

Não há qualquer questão sanitária que seja influenciada pelo tamanho deste cômodo, contudo, deve-se considerar que há uma necessidade mínima de espaço que garanta à sala de estar, a colocação dos móveis, uma distância mínima entre eles e o conforto nos momentos de reunião com todos os membros da família. Assim, atribui-se o peso dois para este critério.

D – Convívio social da família

Este critério está relacionado à ligação desta família com vizinhos, amigos e parentes. Assim, para esta análise, deve-se considerar que a sala de estar é o ambiente onde a família recebe seus amigos e parentes, sendo o ambiente próprio para tal atividade.

É comum uma família brasileira, proporcionar recepções, fazer comemorações e festas, o que demanda um ambiente adequado para trazer, ao lar, os amigos mais próximos e queridos. Neste sentido, deve-se observar também, que a relação dos filhos com amigos, seja quando criança, adolescente ou jovem, pode se dar na sala de estar.

Não é costume, por exemplo, que os filhos recebam namorados em seus quartos ou qualquer outro cômodo, assim a sala de estar, por ter acesso coletivo, é considerado o ambiente mais adequado para isto. Desta forma, atribui-se o peso quatro para este critério.

Tabela 4 – Adoção do peso da sala

A	B	C	D	Peso adotado
2	4	2	4	3

Segundo cômodo: Cozinha

A cozinha deve ser vista não apenas como o ambiente de preparação da refeição. É costume, que as famílias se reúnam ali durante o preparo dos alimentos e coloquem os filhos para ali estudarem. Além disso, este cômodo é considerado o mais utilizado por todos os membros da família e deverá ser pontuado por todos os quatro critérios.

A – Condições de estudo para os filhos:

Igualmente à sala de estar, apesar deste não ser um ambiente adequado ao estudo, algumas famílias costumam utilizar a cozinha para tanto. Contudo, pelas mesmas condições já declaradas quando da descrição deste critério na sala de estar, este não é o ambiente mais adequado para esta prática. Assim, dá-se o peso de dois para este critério.

B – Convívio coletivo da família

Como já foi observado, a cozinha, por ser um ambiente coletivo, é freqüentemente utilizado para as reuniões familiares, seja durante o preparo dos alimentos ou nas refeições. Sabe-se que as importantes reuniões familiares ocorrem durante alguma refeição, ou seja, há sempre uma ligação de datas comemorativas com grandes refeições ou festas, onde o papel da cozinha é fundamental. Além disso, deve-se considerar que existe uma estreita relação entre a cozinha e o conforto da mãe, já que esta, geralmente, é quem se utiliza, diretamente e por grande parte do tempo, deste cômodo. Contudo, fruto de importantes mudanças sociais, as mulheres têm buscado cada vez mais atividades fora do lar. Assim, atribui-se o peso três para este cômodo.

C – Condições sanitárias e de engenharia

Importantes limitações sanitárias e de engenharia serão impostas à cozinha. É necessário se planejar um ambiente de fácil limpeza e higienização, o que exigirá um certo espaço entre os móveis e utensílios.

Deve-se imaginar que o ambiente deva ser arejado e de grande troca de calor, o que exigirá grandes janelas e um espaço livre considerável. Outro fator importante, ligado à higiene, está na colocação do lixo, que não poderá ficar próximo ao ambiente de preparo e armazenamento de comida.

Por não haver nesta casa nenhuma área de estoque de comidas, a cozinha deverá estar preparada para armazenar alimentos, o que exigirá uma maior atenção no que se refere à higiene.

Desta forma, deve-se considerar que importantes questões ligadas à sanidade desta cozinha serão comprometidas pelo tamanho reduzido da cozinha, o que leva à atribuição do peso três.

D – Convívio social da família

Não é comum, aos hábitos desta família, receber amigos ou parentes na cozinha, já que, para eles, o ambiente adequado é a sala de estar, o que não influencia em nada a variação do tamanho do cômodo com este critério. Assim, atribui-se peso zero a este critério.

Tabela 5 – Adoção do peso da cozinha

A	B	C	D	Peso adotado
2	3	3	0	2

Terceiro cômodo: quarto do filho

Os quartos serão analisados separadamente, pois estes envolvem interesses distintos, sendo um deles o do filho e o outro do casal. Assim, eles terão ocupações diferentes e, certamente, medidas diferentes.

Como é costume desta família, os quartos são utilizados para o descanso noturno, porém, deve-se considerar que o quarto do filho deve ser voltado, também, para a criação de um ambiente propício ao estudo.

A – Condições de estudo para os filhos:

Certamente o quarto é o ambiente mais propício a este tópico. A tranquilidade e privacidade deste cômodo garantem um ambiente excelente para os momentos de estudo. Deve-se considerar que para construir um ambiente adequado a esta atividade, faz-se necessário reservar uma parte do quarto para a colocação de uma escrivaninha, cadeira e, pelo menos, uma prateleira ou armário de livros. Assim, a delimitação das medidas do quarto influenciam fortemente neste tópico, que deverá ser visto como muito importante nesta análise.

Assim, considerando que este é o ambiente mais propício ao estudo, o peso atribuído neste tópico será quatro.

B – Convívio coletivo da família

Não há qualquer atividade de convívio coletivo da família neste cômodo, o que dispensa maiores esclarecimentos, já que não há uma influência prejudicial acentuada na redução do tamanho do quarto com este tópico. Assim, atribui-se o peso zero.

C – Condições sanitárias e de engenharia

A única limitação ligada a engenharia é a construção de um quarto suficientemente arejado, o que exigirá um maior espaçamento entre os móveis. Assim, não há grande influência deste tópico na adequação das medidas do quarto do filho, com isto, atribui-se o peso dois.

D – Convívio social da família

Pode-se considerar como convívio social ligado ao quarto dos filhos, a recepção e o convívio com amigos no quarto. É comum que crianças e adolescentes compartilhem de seus quartos, com amigos e parentes, para brincarem ou fazerem atividades escolares. Neste sentido, um quarto com medidas limitadas impedirá este tipo de atividade. Assim, atribui-se a este tópico o peso dois.

Tabela 6 – Adoção do peso do quarto do filho

A	B	C	D	Peso adotado
4	0	2	2	2

Quarto cômodo: quarto dos pais

A – Condições de estudo para os filhos:

Por não haver qualquer ligação deste cômodo com as condições de estudo dos filhos, o peso atribuído para este critério será zero.

B – Convívio coletivo da família

A única utilização do quarto dos pais é a do descanso noturno, não havendo qualquer atividade de convívio familiar. Sabe-se que este ambiente é um local privado para o acesso quase que exclusivo aos pais desta família.

Assim, não há qualquer influência da medida do quarto que impeça ou incentive o convívio familiar. Desta forma, o valor atribuído a este critério é zero.

C – Condições sanitárias e de engenharia

A única restrição de engenharia imposta a este ambiente é o da necessidade de um conforto superior ao dos outros quartos, pois este é compartilhado por dois membros da família e, estes, são os provedores desta construção, tendo a idade mais avançada e, assim, necessitam de mais espaço para desfrutarem de um certo conforto.

Além disso, os pais da família vivem uma atividade de trabalho diária que exige um maior conforto nos momentos de descanso, o que obrigará a colocação de uma cama mais confortável e conseqüentemente maior. Por terem um maior volume de roupas que o usuário do outro quarto, este cômodo necessitará de um amplo guarda roupas. Assim, atribui-se o peso quatro para este critério.

D – Convívio social da família

Não há qualquer atividade de convívio social da família neste cômodo. Sabe-se que o quarto dos pais da família são de acesso exclusivo dos membros desta família, não havendo a mínima possibilidade de desenvolvimento de atividades sociais neste cômodo. Assim, atribui-se o peso zero.

Sobre este critério, vale fazer uma importante observação sobre o tamanho deste em relação ao quarto dos filhos. Considerando que exista uma hierarquia familiar, que deva ser respeitada, o quarto dos pais jamais poderá ter medidas inferiores ao do filho. Tal restrição deverá ser imposta aos resultados.

Tabela 7 – Adoção do peso do quarto dos pais

A	B	C	D	Peso adotado
0	0	4	0	1

Assim, tem-se os seguintes dados para o cálculo da medida dos cômodos da casa que se pretende construir. Contudo, considerando a limitação imposta ao quarto dos pais, serão feitos dois cálculos, respeitando a limitação imposta.

Tabela 8 – Resultado da ponderação da medida dos cômodos – com a limitação imposta

Cômodo	Min	Max	Alfa	S	Área	Ponderação
Banheiro	15	15			15,00	
Cozinha	10	20	2	1	20,00	0,00
Sala	20	47	3	2	34,42	0,65
Quarto do filho	9	25	2	3	15,29	0,45
Quarto dos pais	9	25	1	3	15,29	0,22

Tabela 9 – Resultado da ponderação da medida dos cômodos – sem a limitação imposta

Cômodo	Min	Max	Alfa	S	Área	Ponderação
Banheiro	15	15			15,00	
Cozinha	10	20	2	1	20,00	0,00
Sala	20	47	3	2	34,90	0,60
Quarto do filho	9	25	2	3	16,76	0,27
Quarto dos pais	9	25	1	3	13,34	0,39

Como pode-se ver da tabela anterior, a ponderação dos critérios adotados para cada cômodo resultou em uma divisão equilibrada, dentre as medidas previamente estipuladas pela família e a importância do aumento ou não de cada cômodo. Neste exercício, demonstrou-se que é possível inserir questões subjetivas a uma formulação matemática que busque equalizar diferentes interesses. É oportuno ressaltar que este exercício ponderativo não é absoluto e sofre influência constante do desenvolvimento social, que irá modificar a percepção social sobre cada um dos pesos adotados aos critérios.

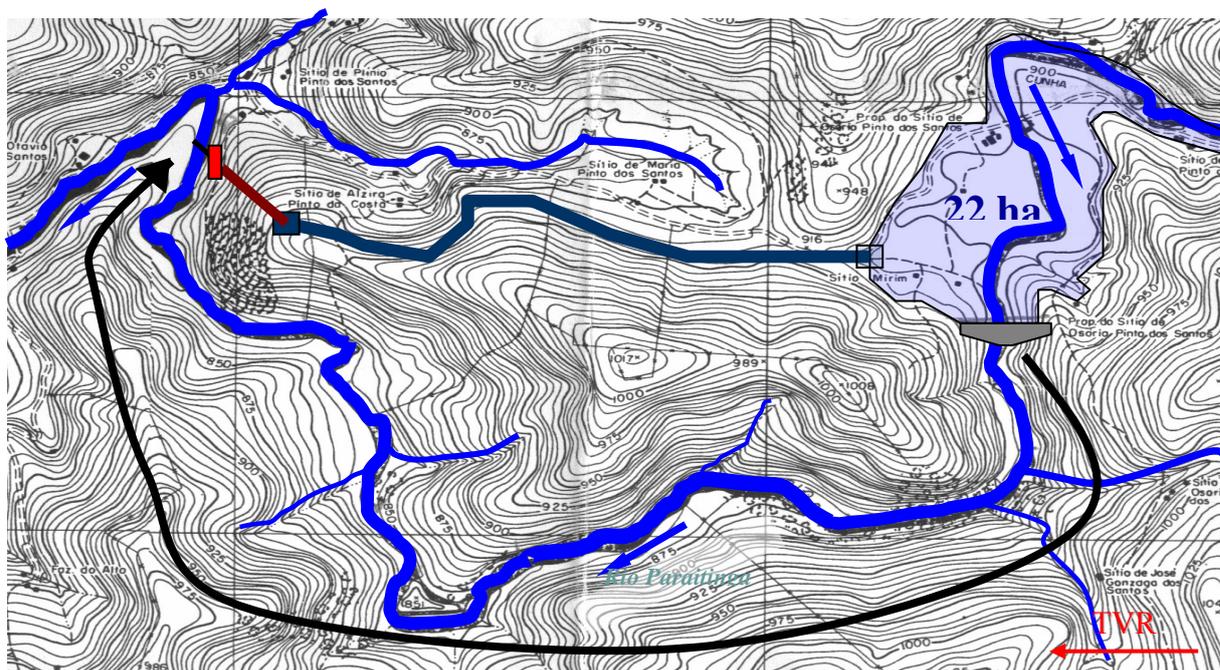
Assim, este método deverá ser utilizado para o caso do conflito de interesses no caso o trecho de vazão reduzida, como demonstração da aplicação desta metodologia na gestão de recursos hídricos, conciliando agentes, chegando-se o mais próximo possível do equilíbrio entre a melhor e a pior situação adotada.

7.3 A PONDERAÇÃO DO CONFLITO DE INTERESSES PELO USO DA ÁGUA NO TRECHO DE VAZÃO REDUZIDA – TVR DE UMA CENTRAL HIDRELÉTRICA DE DESVIO

A construção de Pequenas Centrais Hidrelétricas tem enfrentado um sério problema no que se refere ao trecho do rio que liga a barragem da represa até a casa de máquinas, o que é chamado de Trecho de Vazão Reduzida - TVR. Este trecho corresponde ao leito original do rio desde a barragem da represa até a casa de máquinas, figura 12. Com a construção da usina, a água do rio é desviada deste trecho. Assim, ocorre uma intensa redução do volume de água nesta parte do rio, ocasionando importantes impactos ambientais.

Aplicando a metodologia matemática anteriormente conceituada, este trabalho irá buscar, seguindo o já proposto por Ribeiro Júnior, uma resolução para o citado conflito, através da ponderação dos interesses incidentes sobre os recursos hídricos neste caso, contudo, focando os interesses sob um diferente ponto de vista, desta vez voltado a questões jurídicas e sociais.

Figura 9 – Representação cartográfica da região da PCH Paraitinga



Neste sentido, adota-se o estudo de caso e os resultados técnicos utilizados por Ribeiro Júnior (2004). Para tanto, utilizam-se os dados da PCH Paraitinga, nesta, o trecho de vazão reduzida é de 3,2 quilômetros, onde, neste caso, o rio Paraitinga corre sobre o leito rochoso com formação de corredeiras num declive de aproximadamente 68 metros desde o local do eixo do barramento até o local da restituição da casa de força. A tabela 10 apresenta as informações técnicas desta PCH.

Tabela 10 – Dados técnicos da PCH Paraitinga

Município	Cunha (SP) e Lorena (SP)
Curso d'água	Rio Paraitinga
Potência instalada	7 MW – 2 unidades Francis
Energia média	42.924 MWh/ano
Altura máxima da barragem	10 metros
Área do reservatório	22,2 hectares

Assim, dever-se-á, primeiramente, mapear todos os interesses convergentes e concorrentes, visando agrupar os que se sintonizam em um mesmo objetivo. O que se pretende com esta divisão, é, além de visualizar a representatividade e a importância de cada interesse defendido, buscar dar equilíbrio aos pesos a serem dados aos atributos. Vale observar que a discussão neste caso está na vazão que deverá ser mantida no TVR, buscando-se assim, um equilíbrio entre o pior e o melhor caso para todos os agentes.

Apesar de já tratado neste trabalho, é oportuno observar que quanto menos específico for o princípio jurídico, maior será a sua aplicabilidade, o que torna sua interpretação também mais subjetiva e mutável. Tal observação se faz necessária, pois a Constituição Federal apresenta

princípios genéricos, que deverão ser aplicados e contextualizados segundo cada caso. Apenas como exemplo, o fato de que a Carta Magna determina a promoção da segurança pública, contudo, não especifica as medidas adotadas para tanto. Neste sentido, pode-se dizer que a delimitação de horário de funcionamento de estabelecimentos onde haja alto índice de criminalidade, encontra amparo em princípio jurídico contido em dispositivo constitucional, apesar de também afrontar outros⁹³.

Desta forma, passa-se à aplicação da metodologia matemática anteriormente debatida, cumprindo as três atividades descritas. Contudo, neste caso, se dará maior importância aos conceitos e princípios jurídicos, principalmente os contidos expressamente em dispositivo constitucional. Para tanto, inicialmente, dever-se-á demonstrar e fundamentar o grande interesse que será defendido, o que podemos chamar de “interesse público” do caso, para, em seguida, delimitar os critérios sob os quais serão analisados e a forma pela qual estes se valorizam frente ao “interesse público”.

7.3.1 A CONCEITUAÇÃO DO “INTERESSE PÚBLICO” NO CASO DO TVR

Na aplicação da ponderação de interesses, em qualquer caso, é fulcral estabelecer, inicialmente, o grande objetivo que se busca, o que pode ser denominado de “interesse público”, ou seja, o maior benefício possível que a sociedade alcançará com a atividade que se pretende julgar. É importante ressaltar que a subjetividade intrínseca da conceituação do “interesse público” definirá claramente o resultado que se alcançará com a ponderação de interesses, já que os valores a serem atribuídos aos critérios terão sempre como horizontes aproximar-se ao máximo deste objetivo.

Os atributos considerados para mensurar os diferentes interesses da sociedade neste caso foram: 1- impacto na biota; 2- relocação de comunidades; 3 - recreação e turismo; 4 - sistema de transposição de peixes; 5 - usos consuntivos e não consuntivos da água; 6 - produção de energia elétrica. Esses atributos podem ser agrupados em dois grandes conjuntos, compondo o primeiro conjunto, os sete primeiros atributos e o segundo conjunto, a produção de energia elétrica. O primeiro conjunto inclui os interesses que desejam uma maior vazão no curso natural do rio, que foi desviado (TVR – trecho de vazão reduzida). O segundo conjunto conflita com o primeiro ao querer que o máximo de água passe pelas turbinas, gerando mais

⁹³ De frente a um explícito conflito de princípios constitucionais, onde, se valendo da liberdade de expressão, determinado cidadão difunde conceitos ligados ao racismo, em questão de ordem, o Ministro Moreira Alves determina a prevalência dos princípios ligados a proibição da prática de racismo. Neste caso, pautando-se nos direitos fundamentais, “dos quais erige a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social”. HC 82424 QO DJ 19-03-2004 PP 00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

energia elétrica. Dentro de uma outra ótica, pode-se dizer que o conjunto I representa os interesses locais, enquanto o conjunto II representa os interesses não locais. A estanqueidade contida nesta classificação não é absoluta. A sociedade local necessita de energia elétrica, seja gerada ali ou alhures. De outra parte, a extinção de espécies, dentre outros aspectos, interessa à sociedade como um todo, e a soma de pequenos impactos tem levado à destruição de uma forma abrangente.

Não há árbitro que, em pleno juízo, não queira favorecer os dois conjuntos: mais energia elétrica, para gerar desenvolvimento, e a preservação de um meio ambiente intocado. A posição inicial tem sido, em todas as esferas, buscar alcançar os benefícios, evitando-se os custos; ter o conforto da energia elétrica sem ter a perda do seu ambiente. Esta equação é infactível, pois não se têm benefícios sem custos, podendo-se, lamentavelmente, ter custos sem benefícios. Todos querem o ladrão preso, mas não querem o presídio próximo de si, todos querem a cidade limpa, mas não querem o cesto de lixo de frente de sua casa. A questão não está apenas em ponderar custos e benefícios, mas, também, alocá-los no tempo e no espaço.

A energia elétrica gerada em Itaipu beneficia uma grande parte da sociedade brasileira, não se restringindo aos cidadãos paranaenses. A extinção de sete quedas atingiu frontalmente a sociedade daquela região de fronteira, mas, também atingiu os interesses de longo prazo da sociedade brasileira e mundial, que perderam uma beleza cênica de rara particularidade, além de outros impactos ainda mal caracterizados. Itaipu valeu ou não valeu a pena? Quem se beneficiou e quem arcou com os custos? Esse caráter temporal e espacial da decisão, mesmo “ex-post”, é de difícil análise e conclusão, sendo de muito maior complexidade quando realizado “ex-ante”.

Primeiramente, será interpretada a influência da variação entre o melhor e o pior ponto para cada um dos atributos estipulados. O que se pretende é estabelecer o “s” deste caso. Assim, adotando-se a mesma metodologia praticada no caso da casa, atribui-se valor um para uma influência constante e direta, o valor dois para uma influência mais acentuada a partir de uma variação de quarenta por cento e o valor três para uma variação mais acentuada somente a partir de sessenta por cento. Assim, passa-se à análise de “s” para cada um dos atributos a serem estudados:

1- impacto na biota: a retirada de pequena quantidade de água não causa grandes danos ao meio biótico, ocorrendo grandes danos, apenas com a retirada maior de água, o que

dificultaria a vida aquática e da mata ciliar, afetando também a fauna. Desta forma, adota-se o coeficiente de valor três;

2- relocação de comunidades: neste, qualquer alteração comunitária causa grandes danos familiares e àquela comunidade. Assim interpreta-se que esta influência é direta e linear, adotando-se o coeficiente um para este atributo;

3 - recreação e turismo: as práticas recreativas e o turismo contemplativo e esportivo não são afetados linearmente pela diminuição do nível do rio. Pode-se dizer que este critério necessita de um volume mínimo de água, imaginando-se que somente abaixo deste nível haverá prejuízos. Assim, atribui-se o coeficiente três;

4 - sistema de transposição de peixes: para a piracema é necessário a existência de um nível mínimo de água, que possibilite aos peixes subirem o rio. Neste sentido, a influência não é grande inicialmente, sendo perceptível somente com a diminuição substancial do nível do rio. Assim, adota-se o coeficiente três;

5 - usos consuntivos e não consuntivos da água: estes são influenciados somente nos momentos de escassez, sendo que inicialmente não há uma grande influência. Assim, atribui-se o coeficiente dois para estes casos;

6 - produção de energia elétrica: sabe-se que a geração de energia elétrica é diretamente influenciada pela estipulação do mínimo de vazão no TVR. Assim, o coeficiente adotado é um, por considerar-se uma influência direta e linear.

Tabela 11 – Coeficientes “s” adotados para os cômodos

1	2	3	4	5	6
3	1	3	2	1	1

Em seguida, atribui-se a cada atributo um valor diferenciado de acordo com a influência dos tópicos previamente definidos, que, neste caso, serão ligados a questões jurídicas, voltadas a princípios supra constitucionais.

Neste sentido, pode-se dizer que a distância entre o pior e o melhor ponto é a proximidade ou distância do chamado “interesse público” do caso. Isto deverá influenciar diretamente na análise separada de cada critério. Para tanto, deve-se estabelecer quais são os grandes princípios jurídicos que serão defendidos neste estudo. Assim, no caso da TVR, tem-se que o grande objetivo desta ponderação é conciliar o evidente conflito entre o desenvolvimento social e econômico obtido com a geração de energia elétrica e o mínimo impacto ambiental e social causado por este empreendimento.

Com isto, deve-se estabelecer os princípios jurídicos a serem tutelados no caso, visualizando em cada critério a influência do aumento ou redução da vazão no TVR em função da supressão deste instituto jurídico. Veja o exemplo: considerando que a preservação ambiental é um importante instituto jurídico e, assim, deve-se estabelecer a condição de maior impacto, que será o pior ponto, e a de menor impacto, que será o melhor ponto, para assim, estabelecer o ponto mais equilibrado, entre a maior geração de energia elétrica e a variação da vazão na TVR que garanta o menor impacto.

Neste sentido, os critérios a serem analisados na busca pelo maior benefício social são: impacto na biota; impacto social; recreação e turismo; sistema de transposição; usos da água; qualidade da água; dessedentação, e; produção de energia.

Desta forma, cada um desses critérios deverá ganhar pesos, mediante uma análise jurídica, seguindo princípios contidos na Constituição Federal e no meio jurídico. Neste sentido, os critérios deverão ser submetidos a uma pontuação sob quatro vertentes, para, através de uma média simples, justificar-se a subjetividade da valoração dos critérios. Adota-se uma igualdade entre estes princípios, pois se admite que não há uma hierarquia entre os princípios jurídicos, sendo que a supressão ou valoração de cada um deles se dá no momento da aplicação. Assim como Hobbes admite que todos os homens são iguais, curva-se para o entendimento de que os interesses, que representa a vontade dos “homens” também são iguais em sua essência.

Primeiro, segundo a relação com valores fundamentais como dignidade, trabalho, livre iniciativa (art. 1º), justiça, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza (art. 3º), igualdade, função social da terra (art. 5º, caput), estabilidade das relações (art. 5º, caput e inciso XXXVI), lazer (art. 6º). Para a pontuação deste tópico deve-se considerar que os princípios jurídicos referentes aos valores fundamentais estão diretamente ligados ao ser humano como cidadão, sendo sempre relativo à formação do Estado e a relação deste com o cidadão.

Segundo, com relação à atividade econômica como a livre iniciativa, função social da propriedade, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, tratamento favorecido às pequenas empresas (art. 170) e o incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180). Certamente, a atividade econômica é o eixo principal do desenvolvimento de uma nação e, conseqüentemente, um instrumento para o alcance do bem estar social. A atividade econômica pode proporcionar a igualdade social, o bem estar coletivo, garantir a saúde coletiva, dentre outros. Assim, o Direito não poderia

deixar de tratar deste tema tão importante a uma sociedade, nem este ser descartado nesta ponderação, já que há uma ligação direta entre geração de energia e desenvolvimento econômico. Neste sentido, a tutela constitucional acerca dos setores produtivos, ligados à economia, ganha um espaço especial e está repleto de importantes princípios jurídicos, que no que se refere à biota, terá influência sobre a redução das desigualdades regionais e sociais e o incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Terceiro, voltados à ordem social como o trabalho como fomentador do bem-estar e justiça sociais (art. 193), saúde (art. 196), pleno exercício dos direitos culturais, defesa e valorização do patrimônio cultural (art. 215), fomento à prática desportiva (art. 217), proteção ao meio ambiente equilibrado, preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético, proteção da flora e da fauna e a proteção à família (art. 226).

Estes pesos, deverão variar entre 0 e 4 de acordo com a influência do tópico estudado na necessidade de controle da vazão no TVR, ou seja, deverá se mensurar o quanto será prejudicado cada critério e a força deste, na análise conjunta, segundo os princípios jurídicos pré-estabelecidos.

Desta forma, passa-se a prestar a análise pontual de cada critério, conforme já descrito anteriormente.

7.3.2 IMPACTO NA BIOTA

O impacto na biota relaciona-se aos prejuízos causados à flora e à fauna local, seja na ação direta, consequência da construção do empreendimento, ou nas causas indiretas, advindas da modificação estrutural do ambiente que encontrava-se relativamente estabilizado e foi alterada pelo empreendimento. Atualmente, a questão ambiental tem tomado um caráter supra-global, ou seja, não tem sido mais visto apenas local ou regionalmente, mas sim, como algo que influencia diretamente na vida do próprio planeta, tendo consequências globais importantes. Neste sentido, a grande preocupação da humanidade, atualmente, está na busca do equilíbrio entre o desenvolvimento social e econômico com a garantia de um ambiente equilibrado para as gerações atuais e futuras.

A visualização global das questões ambientais atribui a este tópico uma grande força na ponderação do conjunto. Além disso, pode-se dizer que existem questões de caráter local, de alta importância, relacionadas à biota, seja na preservação de espécies para manutenção do ecossistema, seja para a realização de pesquisas químicas medicamentosas ou pela simples contemplação paisagística.

Desta forma, deve-se considerar este critério sob dois aspectos importantes, o primeiro relacionado ao reflexo global, que atua sobre o interesse da coletividade do planeta, já que a extinção de uma espécie animal ou vegetal poder trazer prejuízos ao planeta como um todo, já quanto à abrangência local, pode-se considerar a influência de determinada mata no clima de uma região ou na influência desta sobre o lençol freático. Isto sem falar, na contemplação de paisagens, nas tradições regionais, ligadas à flora e à fauna ou, também, no desequilíbrio ambiental como a superpopulação ou extinção de determinados animais ou vegetais. Passando à valoração deste critério, segundo os quatro tópicos já pré-determinados.

A - A pontuação segundo os princípios ligados aos valores fundamentais

Pode não haver uma relação de causa e efeito no que se refere aos impactos causados à biota, as repercussões físicas da variação da vazão na TVR não influenciam diretamente nestes valores jurídicos. Contudo, mesmo que de modo indireto, deve-se considerar que os impactos causados à fauna e à flora podem ter incidência sobre princípios constitucionalmente defendidos como o trabalho e o lazer.

Quanto ao trabalho, tem-se que a influência na biota pode causar repercussões na atividade pesqueira, através da redução dos peixes, o que, em certas regiões, pode repercutir em toda cadeia produtiva de determinada comunidade, gerando desemprego, ocasionando um desequilíbrio nas relações de consumo daquela região. Assim, é necessário verificar se o empreendimento, ao influenciar no “equilíbrio” da biota daquela região, não afetará a atividade produtiva daquela região. Isto deve ser considerado, também, para as atividades que se vinculam à fauna. Em determinadas regiões há uma grande exploração de plantas medicamentosas, que são também utilizados pelo setor produtivo daquela região.

Outro aspecto que deve ser considerado, também pela redução de peixes, é o lazer, já que, em algumas regiões a pesca e a caça são consideradas atividades de lazer, ligadas à tradição e ao folclore de determinada região.

Desta forma pode-se concluir que existem atividades tuteladas por princípios constitucionais, ligados aos valores fundamentais, que podem sofrer influência direta com a implantação deste empreendimento. Contudo, vale observar que tal ligação é indireta, sendo incidente de modo indireto. Além disso, fundamento maior destes princípios, ligados aos valores fundamentais, não são afetados. Com isto, atribui-se o valor um, já que o objetivo maior da análise é conciliar o interesse da manutenção das condições atuais da biota, com o máximo de geração

de energia elétrica, sendo que, segundo a análise pautada neste tópico, não haverá grandes influências com a redução da vazão no TVR.

B - A pontuação segundo os princípios ligados à atividade econômica

Quanto ao desenvolvimento regional, tem-se que a pesca e a caça – na atividade esportiva, de lazer ou comercial – e o extrativismo – na retirada de alimentos, na fabricação de remédios e na comercialização de plantas – quando exercidos por uma comunidade local podem representar uma importante fonte de renda e sustentar economicamente famílias. Certamente, algumas dessas comunidades detêm esta atividade como única fonte de renda, já que longe dos grandes centros, não desfrutam do desenvolvimento global da nação. A própria agricultura familiar, largamente incentivada pelo Governo Federal, pode ser influenciada por algum desequilíbrio ocorrido na biota local, seja na proliferação de insetos, ou na mudança climática regional. Sendo assim, tem-se que pode haver uma grande influência do empreendimento, a economia local e, o desequilíbrio desta atividade, pode afrontar as condições que conduzem ao desenvolvimento regional.

Quanto ao turismo, vale ressaltar que este setor movimenta grandes fortunas é, em alguns países, é base da economia. Neste sentido, a exploração do eco-turismo, seja na interação com a natureza ou na atividade contemplativa, pode ser a única atividade econômica de dada região. Contudo, os impactos causados à biota, podem pôr fim a exploração desta atividade, já que, neste caso, a natureza “equilibrada” seria o grande atrativo aos turistas. Neste sentido, tem-se que há um relação direta entre a geração de energia com a supressão ou extinção desta atividade, o que, respaldado pela necessidade de incentivo ao desenvolvimento regional, os possíveis impactos causados à biota podem inviabilizar tal atividade. Assim, atribui-se a este tópico o valor dois.

C - A pontuação segundo os princípios ligados à ordem social

Quanto à ordem social, pode-se apresentar a influência sobre as defesa da cultura e do patrimônio histórico, o fomento à atividade desportiva, a proteção ao meio ambiente equilibrado, a preservação da diversidade, a integridade do patrimônio genético e a proteção à fauna e à flora.

Já inicialmente, é oportuno observar que há amparo constitucional para a proteção da fauna e da flora, contudo, vale observar que proteger não significa não tocar, mas sim, criar formas que mantenham condições plausíveis para que se preserve a fauna e a flora. Desta forma,

conclui-se que, havendo uma grande influência da diminuição da vazão do TVR sobre a biota, há de se preservar a biota, segundo os interesses deste dispositivo constitucional.

As questões folclóricas, já que estas têm ligação direta com a cultura de determinada comunidade, estando relacionadas à própria identidade das pessoas ou da formação daquele agrupamento social. Sabe-se que os moldes da colonização brasileira, inseriram em nossa sociedade um rico folclore que, por influência das tradições indígenas e africanas, trazidas pelos escravos, tem ligação direta com a fauna e a flora.

O folclore nada mais é do que a expressão do desenvolvimento cultural da ligação de determinada região com suas origens, tendo este uma grande importância para aquela comunidade.

A atividades recreativas e turísticas, como a prática de esportes, a atividade contemplativa de paisagens, e a relação direta de determinadas famílias com a fauna e flora local possuem guarida constitucional.

Quanto à defesa do meio ambiente e à proteção do patrimônio genético, tem-se que estes são os mais importantes institutos a serem tratados neste tópico, já que os danos causados à biota, repercutirão diretamente nestes. Além disso, a biota de determinada região desperta interesse em todo o planeta, seja pela diversidade genética daquela região ou dos possíveis impactos globais que a ausência desta biota pode causar ao mundo.

Assim, por haver uma grande importância, no que se refere às questões ambientais, este tópico deverá ser pontuado de modo a demonstrar a importância do equilíbrio ambiental, não apenas para o mundo atual como para as futuras gerações. O que atribui o valor três a este tópico.

Tabela 12 – Pesos adotados para a biota

A	B	C	Peso adotado
1	2	3	2

7.3.3 RELOCAÇÃO DE COMUNIDADES

Talvez o impacto social de maior relevância em empreendimentos hidrelétricos esteja na relocação de comunidades, já que a transposição de famílias nunca oferece as mesmas condições ambientais sociais em que se vivia anteriormente, além de trazer um imenso desconforto íntimo a estas famílias. Qualquer comunidade possui uma estreita relação cultural, social e econômica com sua localidade, havendo questões territoriais de caráter objetivo e subjetivo que devem ser consideradas. A própria estrutura produtiva de

determinada região dificilmente será recomposta em um novo sítio, ou seja, o acesso à água, a proximidade de centros comerciais e industriais, as atividades de entretenimento e de convívio social não podem ser identicamente reconstruídos.

Outro ponto está na separação de famílias e no desligamento do homem de sua terra de origem, questões culturais de amor a terra ou a sua região jamais serão transferidos a uma nova localidade. Além disso, há de se observar que os cemitérios jamais poderão ser relocalados e, como é de costume de nossa sociedade, o culto aos ascententes será prejudicado.

Contudo, a relocação de comunidades possui repercussão exclusivamente de caráter local, não havendo qualquer influência em questões globais. Assim, a tutela deste interesse se dará pelo respeito às minorias, imposto às atividades do Estado Democrático.

Apesar de a relocação de comunidades possuir uma grande importância nas análises de impacto, principalmente no enchimento de reservatórios, para o caso específico do trecho de vazão reduzida – TVR não haverá grande incidência, já que não é comum a relocação de comunidades, ocorrendo, quando muito, o deslocamento de pouquíssimas famílias.

Neste caso, não será realizada a valoração pontual, já que, este atributo não tem grande influencia neste estudo, conforme já foi mencionado. Apesar de ser valorizado por todos os tópicos, este tópico deverá ser limitado ao valor um.

Tabela 13 – Pesos adotados para a relocação de comunidades

A	B	C	Peso adotado
-	-	-	1

7.3.4 RECREAÇÃO E TURISMO

No que se refere às atividades de recreação e turismo no TVR, têm-se a pesca esportiva, a prática de esportes ligados a cachoeiras e corredeiras, além do chamado turismo ecológico e a contemplação de paisagens. Nestes casos, a influência deste empreendimento nessas atividades é direta, pois a manutenção de uma vazão mínima neste trecho é extremamente necessária para a própria possibilidade de exploração dessas atividades.

Neste caso, deve-se considerar que o turismo tem ganho, a cada dia, uma grande importância na economia das nações em todo o mundo. Desta forma, este importante potencial turístico deve ser considerado nesta análise, já que, geralmente, as comunidades localizadas próximo a estes rios, por estarem distantes dos grandes centros, desenvolvem o turismo também ancorado nestas atividades.

A - A pontuação segundo os princípios ligados aos valores fundamentais

No que se refere aos valores fundamentais, a supressão deste “interesse” pode suprimir o desenvolvimento de importantes atividades, constitucionalmente tuteladas. O trabalho e a livre iniciativa podem ser suprimidos, já que a economia de determinada região pode despertar o interesse de empreendedores que visem explorar tal atividade econômica. Além disso, deve-se considerar, também, a prática desses esportes, simplesmente como atividade de lazer, exercida por membros da comunidade.

Certamente, qualquer atividade econômica auxilia na erradicação da pobreza. Para este tópico atribui-se o valor três.

B - A pontuação segundo os princípios ligados à atividade econômica

Certamente, o desenvolvimento do turismo, nessas regiões, ajudam na geração de riquezas e na busca da igualdade com outras regiões. O desenvolvimento da atividade econômica, é o principal resultado que se pode obter com o turismo nessas regiões. Como já foi observado, o turismo pode ser a única atividade econômica nesses regiões. Assim, deve-se considerar que a atividade econômica pode proporcionar a igualdade social, o bem estar coletivo, garantir a saúde coletiva, dentre outros.

Desta forma, para a atribuição do valor deste tópico deve-se considerar que esta pode ser a única atividade econômica de determinada região e que esta pode ser suprimida com a diminuição da vazão do rio. Assim, atribui-se o valor quatro.

C - A pontuação segundo os princípios ligados à ordem social

O fomento à prática desportiva pode desenvolver estas regiões, sendo que, neste aspecto deve-se preocupar com o equilíbrio ambiental, pois o acesso incontrolado de pessoas pode causar um desequilíbrio ambiental, assim, a prática desportiva deve ser muito bem planejada.

No que se refere à atividade recreativa, há ligações diretas com a cultura de determinada localidade, o costume da pesca e de outras atividades ligadas ao rio detém certa importância em algumas regiões. Como exemplo, pode-se citar o caso da pesca do Salmão no norte dos Estados Unidos, que para aquela comunidade é de suma importância, o que chega a influenciar na vazão de algumas usinas ali existentes.

Assim, considerando que o meio ambiente pode sofrer alterações substanciais, caso a prática desportiva no TVR seja muito desenvolvida, este tópico não pode ser pontuado com o valor

dois, pois apesar de não haver uma forte ligação com as questões de ordem social, deve-se considerar que o esporte e o lazer pode trazer prejuízos substanciais ao meio ambiente.

Tabela 14 – Pesos adotados para a recreação e turismo

A	B	C	Peso adotado
3	4	2	3

7.3.5 SISTEMA DE TRANSPOSIÇÃO DE PEIXES

O sistema de transposição de peixes de um rio deve garantir a reprodução de espécies que praticam a piracema, ou seja, necessitam migrar no sentido das nascentes nos períodos reprodutivos. A impossibilidade da piracema pode trazer a extinção de determinadas espécies e prejudicar a vida aquática nesses rios. Assim, a construção de barragens e o próprio trecho de vazão reduzida podem ser vistos como obstáculo para o peixe, seja pela impossibilidade de transpor a barragem seja pela escassez de água no TVR.

A questão da transposição dos peixes pela usina deve ser vista como um critério extremamente importante, pois, neste caso, há influência local e global. Pode-se dizer que a atividade da pesca, com a diminuição dos peixes, estaria prejudicada em todo o rio, afetando as comunidades locais, seja na pesca esportiva ou na economia de subsistência, comum nas comunidades localizadas nas margens dos rios. Quanto à repercussão global, pode haver a extinção de determinada espécie de peixe. Contudo, ações mitigadoras podem ser operacionalizadas neste caso. Além disso, deve-se considerar que a questão da transposição dos peixes deve ocorrer, basicamente, nos meses chuvosos, que, pela abundância de água, ameniza ou soluciona o problema. Assim, apesar de influenciar em questões importantes, os valores atribuídos à cada análise não deverão ser muito altos.

A - A pontuação segundo os princípios ligados aos valores fundamentais

Diversas comunidades dependem da pesca até mesmo como economia de subsistência familiar. Assim, o sustento de famílias pode depender desta atividade pesqueira, o que será prejudicado pela redução da vazão. Neste sentido, a dignidade familiar, com prejuízos ao, o trabalho e o aumento da pobreza também podem ser influenciados pela diminuição dos peixes. Assim, atribui-se o valor dois para este tópico.

B - A pontuação segundo os princípios ligados à atividade econômica

A interferência no ciclo de vida dos peixes pode influenciar na atividade pesqueira e em toda vida aquática do rio, o que trará repercussões diretas à economia. Assim, as questões ligadas à

desigualdade regional e ao desenvolvimento local também serão afetadas. Assim, atribui-se o valor um.

C - A pontuação segundo os princípios ligados à ordem social

No que se refere à ordem social, o trabalho, a pesca esportiva, as atividades culturais e a defesa do meio ambiente possuem uma ligação direta com a equilibrada vida aquática. A questão do trabalho e a ligada ao desequilíbrio ambiental merecem uma atenção especial, a primeira por estar diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e, a segunda, por ser de extrema importância para a localidade e o planeta. Desta forma, atribui-se o valor três a este tópico.

Tabela 15 – Pesos adotados para sistema de transposição

Sistema de transposição			
A	B	C	Peso adotado
2	1	3	2

7.3.6 USOS DA ÁGUA

Na análise do uso da água, deve-se visualizar sempre os usos consuntivos e os não consuntivos da água, já que alguns usos podem influenciar consideravelmente na vazão do TVR, como irrigação, abastecimento humano e dessedentação animal. Estes usos são fatores determinativos de mínimo de vazão, pois estes, se respeitados, deverão somar-se ao mínimo necessário àquele trecho. Vale observar que a retirada de água em determinado ponto do rio restringe futuras outorgas, tanto a jusante como a montante daquele ponto.

É oportuno observar que o uso da água está ligado à vida, quando se refere a abastecimento urbano e rural, à economia, quando utilizado em alguma atividade produtiva e ambiental, pela mudança climática que pode causar.

A - A pontuação segundo os princípios ligados aos valores fundamentais

A formação de qualquer agrupamento social, historicamente, se deu em função do uso da água e da proximidade de grandes rios ou lagos. Sabe-se que a vida humana e o próprio desenvolvimento econômico e social, de qualquer comunidade, são dependentes do uso da água. Assim, a produção de alimentos, a geração de empregos e a sustentabilidade da vida estão direta e inseparavelmente ligados de alguma forma à água. Assim, atualmente a grande preocupação do mundo esta na garantia de água para ser utilizada pelas gerações atual e futura.

Assim, a vida, a geração de emprego, a produção de comida e a garantia da dignidade humana estão claramente vinculados à forma com que o homem utiliza a água e a preserva para as gerações futuras.

Desta forma, pode-se dizer que o uso da água possui um vínculo direto com a manutenção de direitos mínimos, ligados aos valores fundamentais. Assim, atribui-se o valor três para este tópico.

B - A pontuação segundo os princípios ligados à atividade econômica

A água está presente em quase todas as atividades industriais, gerando empregos e, com isso, trazendo desenvolvimento econômico e social. No que se refere a TVR, a atividade industrial não é uma prática muito comum. Contudo, o uso agrícola da água, como irrigação e dessedentação animal são atividades mais frequentes.

Sabe-se que as comunidades rurais, localizadas próximas ao TVR, necessitam captar água neste eixo para a sobrevivência de suas atividades, o que pode ser visto como uma limitante para a vazão deste trecho, visto sua tamanha importância. Assim, atribui-se o peso três.

C - A pontuação segundo os princípios ligados à ordem social

No que se refere ao uso consultivo da água, pode-se dizer que há uma influência nas questões ligadas à proteção ao meio ambiente, já que a alteração da quantidade de água neste trecho influenciará no equilíbrio ambiental daquela região, seja no meio físico ou biótico. Assim, atribui-se o peso três a este tópico

Tabela 16 – Pesos adotados para o uso da água

A	B	C	Peso adotado
3	3	3	3

7.3.7 PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

O desenvolvimento social e econômico da humanidade se deu fortemente com a revolução industrial e a utilização dos combustíveis fósseis nos setores de produção. Desde então, a humanidade é extremamente dependente das diversas formas de energia. Assim, a capacidade de produzir energia tem ligação direta com a qualidade de vida e o desenvolvimento social de qualquer comunidade.

A capacidade de geração de energia elétrica é um dos fatores, se não o principal, que direciona o desenvolvimento econômico e o bem estar social, isto através das facilidades do mundo moderno.

Desta forma, deve-se considerar que a vida humana é extremamente dependente desta constante ampliação da capacidade de geração de energia. O desenvolvimento do homem no planeta depende disto.

A - A pontuação segundo os princípios ligados aos valores fundamentais

A geração de energia garante o desenvolvimento nacional, proporcional à dignidade humana através da geração de empregos e do desenvolvimento econômicos. Auxilia na inserção social e, conseqüentemente, na erradicação da pobreza e proporciona o lazer.

Pode-se dizer que o desenvolvimento de qualquer sociedade é totalmente dependente da constante ampliação da capacidade de geração de energia elétrica. Assim, atribui-se o peso quatro para este critério.

B - A pontuação segundo os princípios ligados à atividade econômica

Atualmente é impossível se imaginar o desenvolvimento de uma nação sem que haja uma constante ampliação da capacidade de geração de energia. Os meios de produção exigem cada vez mais energia e, assim, a geração de empregos e o desenvolvimento tanto local quanto global são dependentes desta ampliação. Assim, atribui-se o peso quatro para este critério.

C - A pontuação segundo os princípios ligados à ordem social

Já foi observado que a geração de empregos é dependente da ampliação da capacidade de geração de energia. O bem estar social, a melhora da qualidade de vida, o desenvolvimento cultural, a valorização do patrimônio cultural e o fomento à prática desportiva são todos assuntos diretamente ligados à geração de energia.

Contudo, quanto à preservação ambiental, pode-se dizer que a geração de energia é o principal agente poluidor. Atividade mais nociva ao meio ambiente é, sem qualquer sombra de dúvida, a geração de energia. Apesar de o homem, atualmente, estar buscando fontes alternativas de energia, esta atividade ainda será por muito tempo a grande “destruidora” do planeta. Assim, atribui-se o peso um, para este critério.

Tabela 17 – Pesos adotados para a produção de energia elétrica

A	B	C	Peso adotado
4	4	1	3

Considerando que há uma clara divisão dos interesses em conflito, ficando, de um lado, a produção de energia e, do outro, os demais interessados, não é possível ponderar esta disputa

sem dar igualdade aos interesses em conflito, ou seja, é necessário conceder a mesma distribuição de pesos para os dois grandes interesses conflitantes.

Assim, multiplica-se o peso adotado para a produção de energia, pelo número de atributos que representam os interesses da parte contrária. Desta forma, o peso realmente adotado pelo critério de produção de energia deverá ser quinze e não três.

Tabela 18 – Pesos adotados nos atributos

1	2	3	4	5	6
2	1	3	2	3	15

Adotando os resultados técnicos, calculados por Ribeiro Júnior, constrói-se uma variação entre o melhor e pior ponto, referente à vazão mínima do TVR, conforme o resultado de onze métodos de cálculo de vazão mínima, que estão transcritos na tabela 19. Assim, para cada valor de vazão mínima adotada, atribuiu-se um valor referente às repercussões que esta vazão traria a cada critério. Estes valores variam de zero a dez e representam uma variação de pouco impacto e muito impacto, de acordo com o valor atribuído.

Tabela 19 – Matriz de critérios

Alternativas	Luz	Mortari	Montana 10%	Q7	DNAEE	Montana 30%	Eletrobrás	ABF	Larson	Conama	Montana 60%
Critérios	0,62	0,77	0,82	0,92	2,06	2,46	2,58	2,6	2,64	3,62	4,92
1	4	4,2	4,4	4,5	6	6,5	6,8	6,9	7	7,2	7,8
2	4,8	4,9	5	5,1	6	6,4	6,5	6,6	6,6	7,6	8,6
3	3	3,1	3,3	4	5	5,4	5,6	5,7	5,7	6,5	7,5
4	0	4	4,5	5	5,6	5,8	6	6,1	6,2	8,5	10
5	5,5	5,7	5,8	5,9	7	7,2	7,3	7,4	7,5	8,2	8,5
6	9,5	9,4	9,2	9	7	6,6	6,5	6,4	6,4	5	4,5

Assim, considerando que o melhor resultado está no caso do valor que mais se aproxima de zero, com os cálculos feitos, obteve-se como a melhor vazão, a estipulada pelos métodos “Luz” e “Mortari”, conforme se vê da tabela 20.

Tabela 20 – Resultado da ponderação

Luz	Mortari	Montana 10%	Q7	DNAEE	Montana 30%	Eletrobrás	ABF	Larson	Conama	Montana 60%
0,16	0,16	0,18	0,19	0,37	0,41	0,41	0,42	0,42	0,54	0,58

7.4 A PONDERAÇÃO DO CONFLITO DE INTERESSES NO USO DOS RECURSOS HÍDRICOS EM RESERVATÓRIOS HIDRELÉTRICOS

O caso que será tratado agora é o da disputa que vem se dando sobre a operação do lago da central hidrelétrica de Furnas. Nesta análise, dá-se a disputa entre dois ambíguos interesses. Desta forma, diferentemente do que se tem feito, conforme já tratado por Santos *et. al.*, apresenta-se uma proposta de negociação entre dois grupos distintos, a saber: a população

lindeira ao lago de Furnas, que deseja ver o lago com seu espelho d'água mais constante possível; o segundo grupo, se constitui da população que se beneficia do efeito regularizador do reservatório, que é, essencialmente, a população a jusante dessa central, e os usuários do Sistema Interligado Nacional – SIN, posto que a regularização traz ganhos energéticos ao sistema elétrico.

Para maior compreensão, a figura treze mostra a cascata da bacia do Paraná, destacando-se o reservatório de Furnas, na cabeceira. Observa-se que este tem grande influência nas demais centrais à jusante, devido seu efeito regulador.

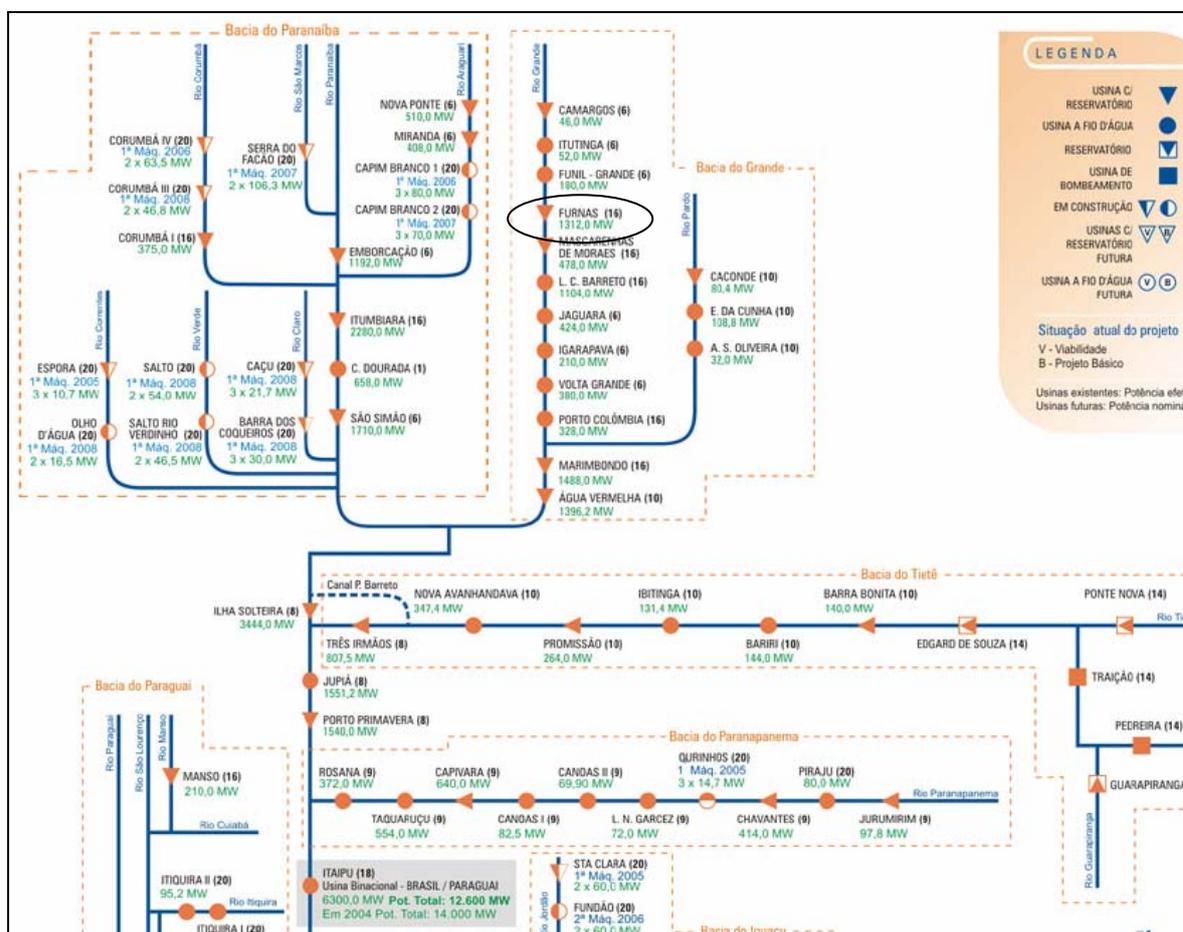


Figura 10 – Usinas ligadas à cascata de Furnas

Vale observar que o reservatório da usina hidrelétrica de Furnas compreende um perímetro de borda de aproximadamente 3.400 quilômetros, alcançando trinta e três municípios e influenciando economicamente, no que se refere aos usos diretos da água daquele reservatório, 54 municípios. Em termos populacionais, poderia-se relacionar uma população de um para dez, entre a população beneficiada pela não variação da quota do lago e pela população beneficiada a jusante. Caso se considerasse a população beneficiada pelo SIN, que inclui a própria população localizada no entorno do reservatório, esta relação subiria para algo

em torno de um para duzentos. Portanto, não há sentido ponderar, de forma direta e quantitativa no que se refere aos benefícios alcançados, pois o interesse local será sufocado.

Como já foi apresentado e discutido neste trabalho, a evolução histórica da humanidade e da formação do Estado Democrático têm conduzido a uma realidade distinta da simples análise quantitativa da representatividade de determinado interesse. Ou seja, a simples constatação da vontade da maioria não é tida como o genuíno “interesse público”. Os conceitos fundamentais da formação democrática do Estado impõem o respeito às garantias individuais e impede a supressão absoluta do interesse das minorias. Assim, qualquer negociação, se adotarmos a lógica jurídica aplicada a um ambiente discursivo democrático, deverá garantir a todos os agentes a observância mínima de seus interesses. Mais uma vez, é oportuno observar que a democracia não se curva apenas aos interesses da maioria, mas também respeita e não suprime o interesse das minorias.

Neste sentido, afirma-se, novamente, que a atividade ponderativa, assim como a prática da justiça, nada mais é do que encontrar o equilíbrio entre conflitos diversos, segundo a incidência dos chamados interesses públicos, que, como já foi discutido, não pode ser unicamente vinculado à vontade da maioria.

Contudo, deve-se considerar que o “interesse público” deverá respeitar limitações de caráter ético, ligadas às questões de garantias fundamentais, sem, para isto, tratar de modo igual os desiguais. Faz-se esta observação, pois o atendimento de determinado interesse poderá ser mais benéfico ao bem comum e à sociedade como um todo. Porém, deve-se ter em mente, que jamais um interesse poderá suprimir direitos individuais ligados às garantias fundamentais.

O princípio jurídico da subsidiariedade e o da proporcionalidade são dois institutos que não podem deixar de ser mencionados neste momento, já que estes são a justificativa da utilização da ferramenta “trade-off” no caso em estudo.

A subsidiariedade, na prática, vincula, dentro de uma relação de dependência do global com o local, o indivíduo ao seu nível político mais alto. Assim, repetindo a definição de Baracho, “a subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível”. Dessa forma, tem-se que o interesse individual participa e integra o interesse global, confirmando a tese de que o desenvolvimento social tem levado o Estado a uma total descentralização e fortalecimento do interesse local.

A aplicação do princípio da proporcionalidade aproxima o exercício do poder público com a interpretação subjetiva do ordenamento jurídico, fato necessário à condução da sociedade. De

fato, este aplica o ato normativo ao bem jurídico a ser defendido de modo “homeopático”, aproximando o exercício do poder público com a justiça, sem deixar que a frieza do texto normativo contamine a decisão do agente julgador. Assim, o que se busca é a aplicação da intenção da norma ao ato e não somente o texto da lei.

Tal subjetividade permite que este princípio sirva para a análise dos mais diversos interesses conflituosos, pois sua fluidez garante a aproximação do resultado ao que se interpreta por justo o íntimo da sociedade. Assim, a aplicação da ponderação de interesses deve sempre estar ligada ao princípio da proporcionalidade, estando este inserido dentro do procedimento de ponderação.

No Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade aparece como o instrumento garantidor da liberdade individual. Ele garante que o Estado não ultrapasse a fronteira dos direitos fundamentais, fazendo da relação do indivíduo com o Poder Público uma relação bilateral e limitada na razão e na justiça. Aqui, se interpreta justiça como a “justa medida”, a “perfeita proporção”, a “medida exata e proporcional”.

A ponderação adotada neste caso tem ampla utilização na economia, que, contudo, monetariza os agentes e interesses que serão ponderados. Neste sentido, vê-se que também há uma ponderação, representada graficamente, com parâmetros de escolha de caráter subjetivo. Como exemplo, para a demonstração da subjetividade de uma análise econômica, pode-se dizer que o preço de um produto, além de depender de outros aspectos, pode ser visto como uma disputa entre o vendedor, que pretende obter o maior lucro, e o consumidor, que busca um produto de qualidade, que lhe agrade e tenha o menor preço. Neste caso, verifica-se que ambos os agentes buscam o melhor ponto dentre destes parâmetros, porém com limitações para ambas as partes: no caso do vendedor, o preço do custo de produção é a limitante, ou seja, o pior ponto, e; no caso do consumidor, a disposição a pagar é o pior ponto. Destes pressupostos inicia-se a negociação buscando o melhor ponto, que será o preço adotado.

Transportando este pequeno exemplo para a análise que se faz neste trabalho, tem-se dois interesses divergentes e conflitantes: onde existem limitações para ambas as partes que são, de um lado, o respeito às garantias fundamentais, ligadas a questões éticas e a princípios ligados ao Estado Democrático e, do outro, a não intervenção no bem-estar global, ou seja no maior benefício alcançado pela sociedade como um todo.

Assim, considerando os dois grupos definidos anteriormente como o de igual importância, pode-se buscar uma “negociação virtual” entre as partes, de forma a não se imputar

significantes perdas a nenhum dos dois, o que é um preceito jurídico contido no princípio da proporcionalidade. Uma ferramenta matemática capaz de bem captar este sentido de equilíbrio é o método *Trad-off*.

7.4.1 A APLICAÇÃO DO MÉTODO “TRADE-OFF”

O princípio deste método é estabelecer atributos de interesse dos grupos em disputa e analisar o impacto de diferentes alternativas sobre esses atributos. Para cada alternativa se obtém um par de atributos associados aos dois distintos grupos, que podem ser representados graficamente em um plano, onde na abscissa está a variação do atributo de um interessado e na ordenada a variação do atributo do outro interessado.

A figura 14 ilustra esta representação gráfica. Os onze pontos representados indicam possíveis alternativas dos interesses de um e de dois. A linha tracejada é denominada fronteira de eficiência, posto que qualquer ponto interno a ela é pior que um ponto sobre a mesma. Isto é: tomando-se o ponto quatro observa-se que o ponto cinco tem o mesmo valor para o atributo um, mas piora o atributo dois. Em relação ao ponto oito, o ponto cinco tem o mesmo valor para o atributo dois, mas é pior para o valor do atributo um. Assim, o melhor ponto, onde se encontra o equilíbrio para as melhores condições das duas partes está no “joelho” da curva.

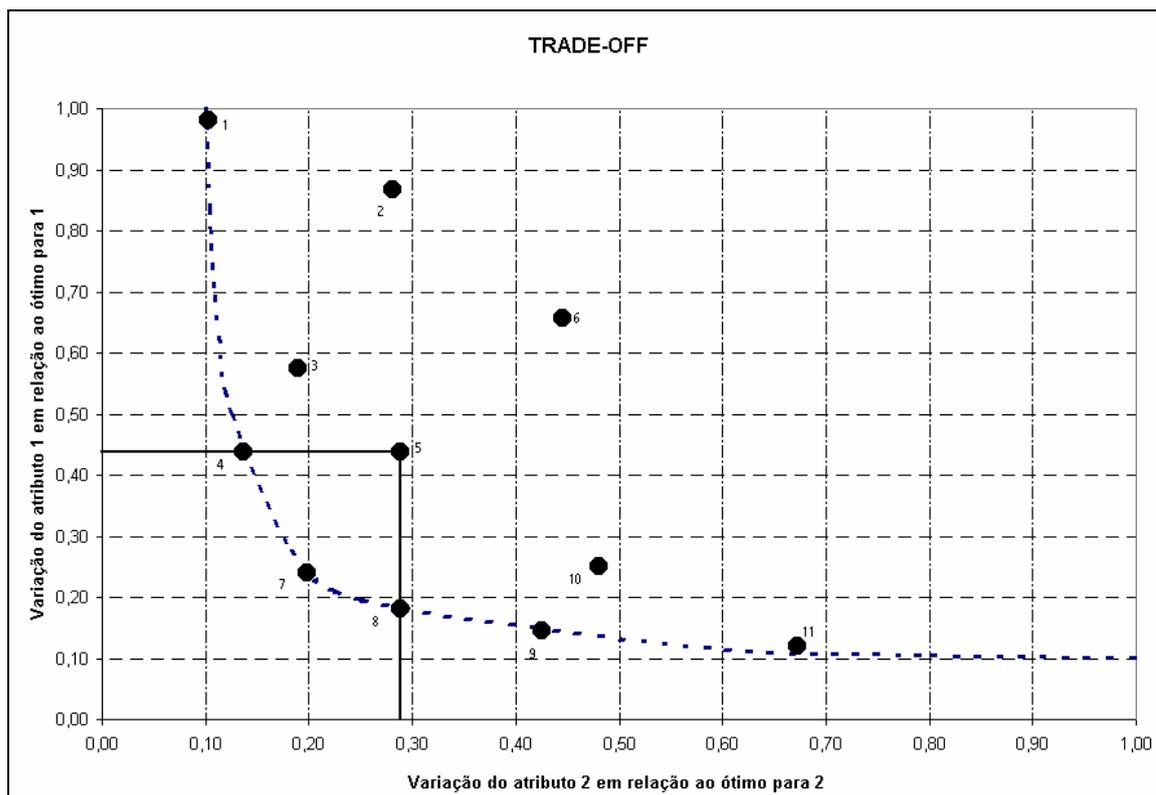


Figura 11 – Demonstração gráfica do método de “trade-off”

A disputa entre os dois grupos interessados na operação do lago de Furnas se dá, fundamentalmente, com relação à variação do nível do reservatório (de interesse do grupo um) e a variação da vazão a jusante (de interesse do grupo dois). O grupo um deseja que o reservatório fique o mais próximo possível de uma determinada quota (altura de referência – Href.) e o grupo dois, deseja que a vazão seja a mais constante possível, isto é, a vazão média (Qméd).

Assim, a variação do nível do reservatório é o atributo escolhido para a negociação pelo grupo um e a vazão a jusante é o atributo escolhido para a negociação, pelo grupo dois. Santos *et al* apresenta uma série de critérios de operação do reservatório, que não exclui outros critérios possíveis, que darão origem a outros pontos. Entretanto, assumindo a simulação desenvolvida por Santos *et al*, tem-se o plano da figura quinze, onde, na ordenada é colocada a variação do nível em relação a uma quota de referência, 762, e na abscissa a variação da vazão em relação à vazão média 932,16 m³/s. Adotou-se o desvio médio quadrático como sendo a forma de medida da variação do atributo, seja quota ou vazão, isto é: para um determinado critério de operação verifica-se quais foram o do nível do reservatório e da vazão defluente, calculando-se o desvio médio quadrático (QDV) de cada um dos atributos, que são dados pela equações (7) e (8).

$$QDV(Q) = \sqrt{\frac{\sum_{t=1}^T [Q(t) - \bar{Q}]^2}{T}} \quad (7)$$

$$QDV(H_{ref}) = \sqrt{\frac{\sum_{t=1}^T [H(t) - H_{ref}]^2}{T}} \quad (8)$$

, onde:

t = mês do histórico

T = período total do histórico

H(t) = cota no mês “t”

H_{ref} = altura de referência

Q(t) = vazão de jusante no mês “t”

\bar{Q} = vazão média

Para uma boa análise, recomenda-se transformar o desvio médio quadrático, que tem dimensão, em um atributo adimensional. Para tanto, basta dividir o desvio médio quadrático da quota pela própria quota de referência e o desvio médio quadrático da vazão pela vazão média. Obtém-se, assim, os pontos apresentado na figura quinze.

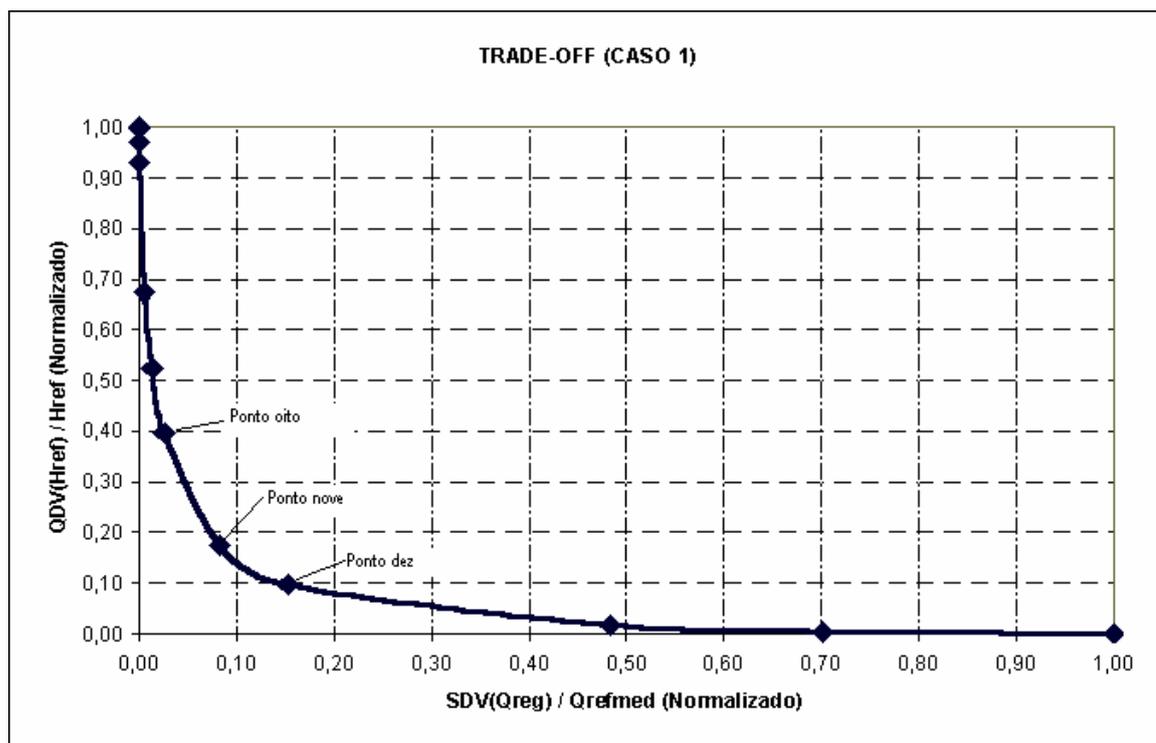


Figura 12 – Aplicação do método de “trade-off” aos dados de Furnas

A linha azul, que une os vários pontos, é a própria fronteira de eficiência para os critérios operativos adotados. Observa-se que não há pontos interiores, o que poderia acontecer testando outros critérios operativos, que poderiam ser oriundos, inclusive, da própria negociação entre os grupos conflitantes.

Em consonância com o princípio da proporcionalidade, que impede a supressão de um interesse, e, considerando que o equilíbrio se aproxima ao máximo do conceito que se tem por justiça, evitando-se situações extremadas, poderia-se dizer que os pontos oito, nove e dez, localizados no joelho da fronteira de eficiência são os mais adequados, pois estão equidistantes dos extremos. Qualquer desses pontos representa uma boa alternativa. Contudo o ponto dez representa o melhor caso, reduzindo a variação de nível no reservatório, mas, também, não perdendo muita capacidade de regularização.

Existem pontos intermediários que trazem benefícios à população a jusante e ao SIN, sem entretanto trazer grandes transtornos à população lindeira. Observe que no método do “trade-off” não se estabeleceram pesos, como no método da programação de compromisso. Aparentemente isto induz à crença de que este último método tem menos incerteza. Em verdade, isto não reflete a realidade. Ao se construir a curva de variação dos atributos, está se dando o mesmo peso entre estes. Ou seja: a variação da vazão de jusante tem a mesma importância que a variação da quota do reservatório, a montante. Poderia se dar pesos diferentes, a dúvida reside em qual deve ser este peso. Como já discutido anteriormente, não

se pode simplesmente ponderar pelas populações afetadas ou meramente pelo valor econômico. Fosse assim, o habitat das populações indígenas já teria sido extinto em sua totalidade. Além do mais, o impacto local, que hoje está centrado no entorno do lago de Furnas, pode se repetir, e usualmente se repete de formas diferentes, em qualquer local do território nacional. Então, o cidadão que tem interesse na energia elétrica, fazendo parte de um todo global, também defende o seu interesse local, seja a preservação de um determinado ambiente ou de valores culturais. Caso sempre prevalecesse a maioria, os interesses locais iam sendo sufocados até que isto tivesse um sentido global, como é o caso da extinção de espécies ou o aquecimento global.

Contudo, não pode-se deixar de lado a importância do desenvolvimento econômico e a dependência desta da geração de energia, deve-se considerar que a energia é essencial ao mundo moderno e está intimamente ligada à qualidade de vida e ao bem-estar de todos, possibilitando a inclusão social, gerando empregos e produzindo riquezas. Assim, deve-se atribuir um peso maior aos interesses globais.

Assim, como exercício repete-se a mesma técnica de *trad-off*, dando-se peso dois à variação de vazão a jusante neste caso, os pontos do joelho são os mesmos oito, nove e dez, porém, neste caso, o ponto nove passa a ser o melhor caso. Observa-se que estes pontos também estão distantes das posições extremadas de “regularização total de vazão” ou “reservatório com nível constante”.

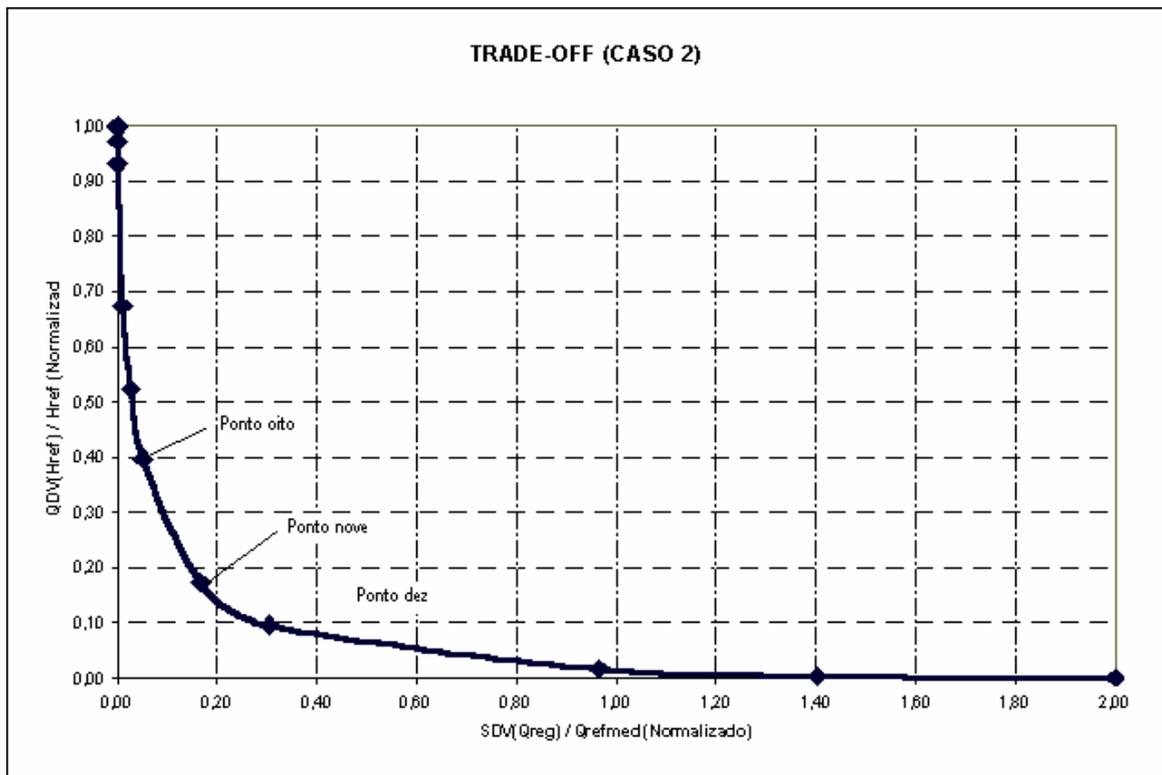


Figura 13 – Aplicação do método de “trade-off” aos dados de Furnas – com peso dois

7.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Observa-se neste capítulo que as ferramentas matemáticas de ponderação de interesses, podem tratar de assuntos relacionados a conceitos subjetivos, como os relacionados aos princípios jurídicos. A aplicação do método de Programação de Compromisso e de “trade-off” é razoavelmente simples do ponto de vista de um bacharel em ciências sociais. Contudo, destaca-se da análise a dificuldade em aplicar este método, no que se refere a distribuição dos atributos e pesos adequados.

A prática da matematização dos conceitos jurídicos de ponderação de interesses poderão facilitar a aplicação dos modelos. Ocorre que, naturalmente, os atributos e pesos irão se adequando de modo a aproximar-se cada vez mais do objetivo central que liga o conflito ao “interesse público”.

8 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Evolutivamente, a formação social do Homem o levou ao modelo de Estado moderno, do qual deve garantir o respeito aos direitos individuais fundamentais e se preocupar com os anseios populares das minorias. Assim, frente está análise, no caso do conflito entre interesse local e interesse global, na geração hidrelétrica, deve-se respeitar restrições impostas pelos interesses locais, dentro de certos limites.

Segundo o conceito de federalismo, vê-se que a evolução da sociedade tem, cada vez mais, criado mecanismos que impossibilitem a tirania e garantam o respeito ao Homem individualizado, aproximando a gestão pública dos interesses locais. Assim, a criação do modelo de Estado Federativo busca garantir o fortalecimento de determinada “todo” sem que, conseqüentemente, se enfraqueça os interesses do indivíduo e de sua localidade, demonstrando o crescente fortalecimento dos interesses locais.

No caso do Estado brasileiro, a Carta cidadão de 1988 traz a redemocratização e uma ampla descentralização, seja administrativa ou territorial. A formalização de um Estado Federativo cooperativo faz da União o agente responsável pelo desenvolvimento “global” com o equilíbrio das desigualdades regionais e os Estados instrumentos administrativos que se aproximam do indivíduo e se adaptam às diferenças regionais. Além disso, a Constituição atribui uma responsabilidade comum, à União, Estados e Municípios, na proteção ao meio ambiente, determinando que este deva ser ecologicamente equilibrado de forma a garanti-lo para as atuais e futuras gerações.

Tornando o Poder Público mais próximo do indivíduo, a Constituição de 1988 concede ao poder local, o Município, uma série de autonomias e responsabilidades, o que demonstra a crescente importância dada ao poder local. Em todo o texto constitucional, nota-se, claramente, que o Poder Constituinte teve uma grande preocupação quanto ao fortalecimento das questões locais, seja através da repartição de competências, seja nas garantias individuais e, também, na criação de mecanismos de participação popular, como proposição de projetos de lei e outros.

A discussão acerca do que seja o interesse público e que este deve ser supremo a todos os demais é pertinente à busca pela melhor forma de operação dos reservatórios, segundo os objetivos do Estado (aqui se referindo a nação). Assim, para o direcionamento do problema apresentado pelo trabalho, deve-se visualizar o conflito de interesses de forma a possibilitar uma interpretação ponderada que traga a solução mais equilibrada possível entre todos os

interesses divergentes. Para isso, é necessário ter-se em mente que o grande objetivo do Estado é garantir a dignidade da pessoa humana e possibilitar o maior benefício social, com vistas a equilibrar: desenvolvimento econômico, qualidade de vida individual, um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a manutenção dos direitos individuais fundamentais.

Desta forma, verifica-se que as atividades relacionadas aos interesses locais são resguardadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e detêm uma estreita ligação com a qualidade de vida dos cidadãos lindeiros. Por outro lado, o setor elétrico, na busca pela maximização dos benefícios econômicos para todo o país, encontra respaldo no desenvolvimento global, o que também deve ser considerado e possui um grande peso na valorização objetiva dos princípios. Contudo, os interesses do setor elétrico podem ser perfeitamente satisfeitos com a inserção de outras fontes no sistema, garantindo uma geração satisfatória e a continuação das demais atividades.

Em verdade, fica claro que o atendimento da população do entorno mais se aproxima com os objetivos do Estado Democrático de Direito. Por fim, conclui-se que, apesar de ser de competência exclusiva da União legislar sobre água e energia, a questão do conflito no uso dos reservatórios hidrelétricos, por não ser de caráter exclusivamente vinculado à energia e água, deve-se considerar a questão local, haja vista que o que se defende neste caso são questões muito maiores do que as ligadas a estes setores, afetando princípios constitucionais como o do direito a vida, o do desenvolvimento regional, e o de um ambiente ecologicamente equilibrado.

A matematização dos conceitos jurídicos para a resolução de um conflito de interesses, utilizando técnicas de ponderação é extremamente factível e deve ser desenvolvida e estendida, com vistas a, evolutivamente, ganhar mais sensibilidade aos conceitos subjetivos ligados às ciências sociais. Nesta evolução, deve-se buscar outros métodos, mais sofisticados, que consiga, cada vez mais, trabalhar com maior sensibilidade a abrangência de interpretação dos conceitos jurídicos. Neste sentido, recomenda-se a aplicação dos conceitos aqui discutidos com a ferramenta matemática “fuzzy sets” (conjuntos difusos).

9 BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, ROBERT. Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª ed. São Paulo – SP: Landy Editora, 2005.
- ALMEIDA, FERNANDA DIAS MENEZES. Competências na Constituição de 1988. 2.ed. São Paulo-SP: Atlas, 2005.
- ANEEL - ANA . Introdução ao Gerenciamento de Recursos Hídricos. 3ª ed. Brasília, 2002.
- AQUAVIVA, MARCUS CLAUDIO. Dicionário Jurídico Brasileiro Aquaviva. Jurídica Brasileira. São Paulo, 1998
- ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS DE. Agências Reguladoras. 1ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Forense, 2002.
- ARTAZA, E. T. Derecho Político Comparado, Madrid, 1916, p.237. apud José de Castro Nunes, Do Estado Federado e sua Organização Municipal, 2ª. Edição. Câmara dos Deputados, Brasília, 1982.
- BARACHO, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA. O princípio da subsidiariedade conceito e evolução. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Volume 200, Pp. 21-54. 1995.
- BARROSO, LUIZ ROBERTO. Dez anos da Constituição de 1988. Revista Trimestral de Direito Público, n. 20, pp. 29-07, 1997.
- BARROSO, LUIZ ROBERTO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Interesse Público Revista Bimestral de Direito Público – Ano 7, no. 33, setembro/outubro de 2005 – Porto Alegre: Notadez. Pp 13-54.
- BAUMHAUER, MONIKA et al. The Example of Federalism in Federal Republic of Germany. A Reader. Konrad Adenauer – Stiftung, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO. In les antinomies em droit naturel. Essai de définition d’un droit naturel positif. Revue Internationale de Philosophie, 65, 1963, p 335-352.
- BOBBIO, NORBERTO. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7a. Fed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, pp. 92 e seguintes. Citado por Daniel Sarmento. Ob. Cit.. p. 29.

- BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo-SP: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, PAULO. O caminho para um Federalismo das Regiões. in Revista Informação Legislativa. Editora Senado Federal. Distrito Federal, Ano 17. Número 65. 1980.
- BRANCO, ADRIANO MURGEL. Política Energética e Crise de Desenvolvimento. São Paulo – SP: Paz e Terra S.A., 2002.
- CANARIS, CLAUS WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86-87.
- CANOTÍLHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.097.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Introdução ao Direito do Ambiente. Coimbra, Portugal: Universidade Aberta, 1998.
- CASTRO, JOSÉ ESTEBAN. Draft for discussion of the rounda table 9: global charge and impacts on /energy and water management. II conferência regional sobre mudanças globais: América do Sul. 06-10 de novembro de 2005, São Paulo – SP.
- COSTA, HELIO B. Política energética e crise de desenvolvimento: a antevisão de Catullo Branco. Editora paz e terra S/A. São Paulo 2002.
- DÉJEANT-PONS, MAGUELONE. “in Revne Universalle des Droits de Homme. L’insertion du droit de l’homme à l’envirnonnement dans les systèemes régionaux de protection des droits de l’homme”, Strasbourg-Kehl, vol. III, no. 11, p.461-470, apud Machado, Paulo Afonso Leme. Estudos de Direito Ambiental Brasileiro. 5ª. Ed., São Paulo Malheiros, 1995, p.25.
- DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo – SP: Atlas S. A., 2002.
- DINIZ MARIA HELENA. Dicionário Jurídico. São Paulo – SP: Saraiva, 1998.
- DOWRKIN, RONALD. Taking Rights Seriously. Cambrikge: Harvard University Press, 1980, p.24
- FARIAS PAULO JOSÉ LEITE. Competência Federativa e Proteção Ambiental. .Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

- FILHO, MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. São Paulo – SP: Saraiva, 2005.
- GARCIA, MARCO AURÉLIO RAPHUL AZEVEDO et al. Aplicação da lógica fuzzy para solução de entraves ambientais. Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, João Pessoa – PB, 19-24 de novembro de 2005.
- GARCIA, MARCO AURÉLIO RAPHUL AZEVEDO et al. Elaboração de estudos de revisão de critérios operativos dos reservatórios do sistema interligado nacional buscando oportunidade para a geração termelétrica. Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, João Pessoa – PB, 19-24 de novembro de 2005.
- GIUR. COSTIT., I, 1956, 593, apud Norberto Bobbio, “Principi generali di Diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 889.
- GOYARD-FABRE, SIMONE. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. 1ª ed. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2002.
- GRANZIERA, MARIA LUIZA MACHADO. Direito de Águas. São Paulo – SP: Atlas S. A., 2001.
- HOBBS, TOMAS. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Editora Nova Cultural, tradução de João Paulo Monteiro et al. São Paulo 1999. Pp.141.
- HORTA, RAUL MACHADO. Organização constitucional do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília:ano 22, no. 87, jul./set. 1985.
- HYDROLOGIC ENGINEERING REQUIREMENTS FOR RESERVOIRS. U.S. Army Corps of Engineers, Department of the Army. Washington - USA, October 1997.
- KATZ, ELIZ. Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano. in *Revista de Direito Público*. Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, nº. 65. 1983.
- KELSEN HANS. *A Democracia*. . São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN HANS. *A Ilusão da Justiça*. 3ª ed. São Paulo – SP: Martins Fontes, 2000.
- LOBO, PAULO LUIZ NETO. Competência Legislativa Concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. in *Revista Informação Legislativa*. Editora Senado Federal. Distrito Federal, Ano 26. Número 101. 1989.
- MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO. A possibilidade de restrição de acesso a bens públicos de uso comum por questões ambientais e urbanística. in *Revista do*

- Instituto dos Advogados de São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 7, no. 13, janeiro a junho de 2004, páginas 11 a 37.
- MASSELLI, SANDRO et al. O uso múltiplo dos recursos hídricos em reservatórios hidrelétricos: uma análise jurídica voltada a ponderação do conflito interesse local vis à vis interesse global. Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, João Pessoa – PB, 19-24 de novembro de 2005.
- MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. São Paulo, Ed. RT, 1996. p. 202.
- MEDAUAR, ODETE. O Direito Administrativo em Evolução, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 182.
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. Curso de Direito Administrativo. 15^a ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2003.
- MENEZELLO, MARIA D'ASSUNÇÃO COSTA. Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro. São Paulo – SP: Atlas, 2002.
- MORAES, ALEXANDRE. Direito Constitucional. 10^a ed. São Paulo – SP: Atlas, 2001.
- NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA. Competência Corrente Limitada. O Problema da Conceituação das Normas Gerais. in Revista Informação Legislativa. Editora Senado Federal. Distrito Federal, Ano 25. Número 100. 1988.
- NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA. Direito Regulatório. Rio de Janeiro – RJ: Renovar, 2003.
- NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo – SP: Malheiros, 2002.
- NOZICK, ROBERT. Anarquia, Estado e Utopia. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, trad. De Ruy Jungmann.
- NUNES, JOSÉ DE CASTRO. Do Estado Federado e sua Organização Municipal. Vol. 15 2^a ed. Brasília, 1982.
- PERELMAN, CHAÏN, Lógica Jurídica: nova retórica; tradução Verínia K. Pupi – 2^a. Edição, São Paulo, SP. Editora Martins Fontes, 2004, p. 29.
- PERELMAN, CHAÏN, Ética e Direito. Tradução de Maria Ermetina Galvão, Editora Martins Fontes, São Paulo – SP, 2002. p 389.

- REALE, MIGUEL. A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito, in Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990, pp.59-69.
- RIBEIRO JÚNIOR, LEOPOLDO UBERTO et al. Aplicação dos conceitos “duração e frequência de transgressão” com vistas a garantir os usos múltiplos da água oriundos da implantação de reservatórios. Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, João Pessoa – PB, 19-24 de novembro de 2005.
- RIBEIRO JÚNIOR, LEOPOLDO UBERTO. Contribuições metodológicas visando à outorga do uso de recursos hídricos para geração hidrelétrica. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Itajubá em 2004.
- ROUSSEAU, JEAN JAQUES. Contrato social ensaio sobre a origem das línguas, Do. Volume I. Editora Nova Cultural, tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo-SP, 1999. Pp. 55.
- SANTOS, AFONSO HENRIQUES MOREIRA et al. Contribuição metodológica sobre a disponibilidade hídrica para geração hidrelétrica: uma visão regulatória. Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, João Pessoa – PB, 19-24 de novembro de 2005.
- SARMENTO, DANIEL. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro – RJ: Lúmen Júris, 2003.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros – 17a. edição. São Paulo, 2002.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo, Ed. Malheiros, 1994. p. 1 e 2.
- SOUTO, MARCOS JURUENA VILLELA Direito Administrativo Regulatório. 1ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Lúmen Júris, 2002.
- TALLES JUNIOR, GOFFREDO. O Direito Quântico, Max Limonad, São Paulo, SP.
- TOLEDO, CLÁUDIA. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo – SP: Landy, 2003.
- TUNDISI J. G. Água no século XXI: enfrentando a escassez. São Paulo – SP: Rima, 2003.

VAZ, LIMA. *Ética II – Ética Sistemática*, Belo Horizonte, Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus, Instituto Santo Inácio de Loyola, 31 out. 1997, notas de aula citadas por Cláudia de Toledo. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, Ob. Cit.