

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO

MESTRADO PROFISSIONAL EM GESTÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

O JUDICIÁRIO E A GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA

DOS RECURSOS HÍDRICOS NA REGIÃO METROPOLITANA:

UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CASO MATANZA-RIACHUELO

LUCIANA ORTIZ TAVARES COSTA ZANONI

SÃO PAULO

2015

LUCIANA ORTIZ TAVARES COSTA ZANONI

**O JUDICIÁRIO E A GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA
DOS RECURSOS HÍDRICOS NA REGIÃO METROPOLITANA:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CASO MATAZA-RIACHUELO**

**Trabalho individual apresentado à Escola de
Administração de Empresas de São Paulo da Fundação
Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de
Mestre em Gestão e Políticas Públicas.**

Campo de conhecimento: Administração Pública

**Orientador: Professor Doutor Marco Antonio Carvalho
Teixeira**

SÃO PAULO

2015

RESUMO

A previsão constitucional de competência concorrente dos entes políticos para a promoção de políticas públicas nas regiões metropolitanas abre caminho para que no caso de omissão dos poderes legislativos e executivos a questão seja judicializada. O Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos, tem legitimidade para impor a cooperação entre os entes políticos a fim de que seja prestado um serviço público eficiente e igualitário para todos os cidadãos. Essa atuação, contudo, está limitada aos princípios constitucionais e à vontade popular, além da existência de capacidade institucional e atenção aos efeitos sistêmicos. É apresentado o caso Matanza Riachuelo, em que o Judiciário condenou os entes políticos a promoverem, entre outras medidas, um plano estratégico comum. Ao final, apresenta-se uma visão crítica da atuação do Judiciário na execução desse julgado.

Palavras-chave: Região Metropolitana de Buenos Aires. Recursos hídricos. Governança democrática. Judiciário.

ABSTRACT

The constitutional provision of concurrent jurisdiction of the political entities for the promotion of public policies in the metropolitan regions provides for the case of omission of legislative and executive powers is the question judicialized. The judiciary, as the guardian of fundamental rights and democratic principles, is entitled to impose cooperation among political entities to which is supplied an efficient and equitable public service for all citizens. This action, however, is limited to constitutional principles and the popular will, in addition to presenting of institutionally capacity and attention to systemic effects. It is displayed Matanza Riachuelo case where the judiciary condemned the political entities to promote, among other things, a common strategic plan. Finally, we present a critical view of the Judiciary acting in the execution of this judgment.

Keywords: Metropolitan Area of Buenos Aires. Water Resources. Democratic Governance. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NAS REGIÕES METROPOLITANAS	7
1.1 Governança democrática	7
1.2 Participação dos atores na formulação e implementação de políticas públicas.....	12
1.3 Constituição Federal – Regiões metropolitanas de São Paulo e Buenos Aires. Imposição de Governança integrada pelos entes políticos.....	12
2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	14
3. CAMINHOS PARA UMA GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA DOS RECURSOS HÍDRICOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE BUENOS AIRES	19
3.1 Caso da prestação de serviço de Água e Esgoto – estrutura de governança integrada pelos entes federativos.....	19
3.2 Caso Matanza-Riachuelo – o caminho da judicialização	21
CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS	29

INTRODUÇÃO

As Constituições Federais do Brasil e da Argentina descrevem competência concorrente ou comum entre os entes políticos para gestão dos recursos naturais. Destacam, ainda, a necessidade de se promover uma estrutura de coordenação das políticas públicas nas regiões metropolitanas. Essa estrutura deve compreender arenas de deliberação entre os entes políticos, de forma que também a voz das minorias seja contemplada. Desenvolve-se, assim, na abordagem inicial, o conceito de federalismo cooperativo, como mecanismo fundamental para promover a prestação de serviço de forma equânime e eficiente.

O objetivo do trabalho é demonstrar que a partir da previsão constitucional de gestão conjunta entre os entes políticos, os poderes legislativos e executivos não tem opção entre promover ou não essa governança, sob pena de não se atingir o objetivo maior que é o serviço público. Assim, no caso de omissão desses entes a questão pode ser levada ao Judiciário.

Assim, no capítulo que se segue, desenvolvem-se os modelos de função do Poder Judiciário, e sua atuação no controle constitucional de políticas públicas. Procura-se analisar as principais teorias do papel do Judiciário, dando-se maior ênfase na teoria da integridade judicial do filósofo americano Ronald Dworkin, por meio da qual o juiz deve partir da interpretação dos princípios constitucionais sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, garantidores de uma sociedade solidária. Reconhece-se, assim, no Judiciário a função do controle da constitucionalidade de políticas públicas, a fim de assegurar o princípio democrático. Essa função, porém, encontra limites que devem ser observados.

No capítulo 3, procura-se apresentar dois caminhos para a governança democrática dos recursos hídricos na Região Metropolitana de Buenos Aires. Primeiro, é abordada a forma de gestão conjunta da prestação de serviço de água e esgoto, com arena de discussão e deliberação horizontal dos entes políticos. Essa gestão foi instituída por meio de lei, tendo no centro da coordenação política o Executivo.

O destaque é para a gestão da bacia Matanza-Riachuelo, cuja criação do órgão de gestão (ACUMAR) ocorre durante o trâmite de uma demanda judicial proposta pela população ribeirinha e prejudicada pela contaminação da bacia. O aspecto de relevância desse

caso é o fato da condenação determinar a execução de um plano integrado de gestão. Portanto, a decisão judicial acabou por exigir a implementação de uma governança democrática.

No desfecho final, demonstra-se, com fundamento nas duas experiências, que a governança democrática do serviço de saneamento não é um opção política, mas uma garantia constitucional, pois visa promover um serviço público eficiente a toda população abrangida pela região metropolitana, inclusive os municípios com menor influência política. O caminho ordinário é a promoção dessas políticas por meio do governo democraticamente eleito, mas no caso de omissão, é possível a intervenção judicial. A governança democrática dos entes políticos nas regiões metropolitanas é não apenas uma faculdade, mas um dever dos agentes políticos, como forma de assegurar ao cidadão um serviço público eficiente.

1. GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NAS REGIÕES METROPOLITANAS

1.1 Governança democrática

A Argentina e o Brasil adotaram sistemas federativos de governo, com peculiaridades próprias, porém com desenho institucional comum que exige cooperação para o desenvolvimento de políticas públicas. Os entes federativos guardam autonomia própria, porém exigem interdependência por meio de coordenação federativa (ABRUCIO, FRANZESE E SANO: 2010). A necessidade de uma estrutura de coordenação emerge ainda mais evidente no âmbito das regiões metropolitanas, nas quais as políticas públicas extravasam os limites territoriais e as externalidades negativas tocam as competências concorrentes ou comuns aos entes federativos.

Essa coordenação federativa pode se dar por meio de cooperação entre os entes federativos, seja por meio do associativismo, seja por meio do consórcio. O primeiro se dá por meio de uma instituição que contemple mais de um ente federativo dentro de um mesmo território com situações que exigem coordenação, como questões ambientais, manchas urbanas, grandes obras de infraestrutura. O segundo, consórcio, se constitui em mecanismo de união de esforços para objetivos comuns, possibilitando ganho de capacidade para o enfrentamento de problemas (ABRUCIO, FRANZESE E SANO: 2010).

Também a coordenação é fundamental para fazer frente às políticas públicas comuns entre os entes federativos, sobretudo em razão da expansão das competências em nível local, além da necessidade de se imprimir uma gestão por resultados, com responsabilização dos agentes públicos (ABRUCIO, FRANZESE E SANO: 2010).

Dentro das regiões metropolitanas ocorre uma fragmentação institucional, considerando que entes dos níveis federal, estadual (ou provincial) e municipal concorrem em competências de políticas públicas comuns. A constituição de arenas de interlocução com processos de deliberação conjunta para a promoção dessas políticas é o grande desafio das regiões metropolitanas.

Jeroen Klink assinala que não existe um modelo de gestão intergovernamental único, perfeito e acabado para se constituir em paradigma para os demais, ressaltando que os arranjos institucionais existentes amoldam-se às mudanças socioeconômicas e políticas (2009), assim o que se busca são modelos em que há a *“melhor forma de se negociar os conflitos e conduzir um processo de repactuação mais abrangente, democrático e aberto entre os vários agentes e escalas de poder (Salet et al., 2003).”* A governança não é um modelo a ser importado pronto, pois pressupõe a construção a partir de possibilidades regionais, mas é possível identificar experiências bem sucedidas de construção de processos democráticos que permitam enfrentar problemas comuns (SPINK, CARVALHO e CLEMENTE: 2009).

Para além da sistematização de tipos de governança e gestão das regiões metropolitanas, importa identificar experiências que assegurem um processo democrático de deliberação, conferindo legitimidade política às estratégias escolhidas, comprometendo a todos, governo, sociedade civil e cidadão, a fim de se obter um resultado eficiente. Somente uma estrutura de governança que permita a consideração dos interesses das minorias, pode ser identificado como democrático.

A questão de se incluir no processo decisório a vontade das minorias constitui o ponto crucial para que a engrenagem funcione e comprometa as pessoas, políticas ou não, envolvidas com a política pública. É justamente esse ponto que tem sido relegado nos modelos de governança existentes. Wilson, Spink e Ward, ao radiografar e analisar a governança metropolitana nas Américas, concluem que:

Em particular, a melhoria da qualidade dos serviços à população de baixa renda tem sido largamente ignorada, assim como a necessidade de conciliar políticas redistributivas dos municípios mais ricos para os mais pobres, o que pode, em última análise, comprometer seriamente a legitimidade política. É bem possível que qualquer ação no sentido de políticas redistributivas exigirá esforço dos governos regionais e federal.(2011).

Ao partirmos do conceito de federação, em que se pressupõe o reconhecimento e respeito à diversidade em uma unidade, onde o *princípio da soberania compartilhada deve garantir a autonomia dos governos e a interdependência entre eles* (ABRUCIO: 2005), é preciso estabelecer possibilidades de coordenação das ações de níveis de governo autônomo. ABRUCIO chama a atenção para a necessidade de compartilhamento de decisões e responsabilidades (*shared decision making*), impondo cooperação entre os entes e a superação da competição. Essa relação não pode ser piramidal, verticalizada, mas deve permitir a construção de arenas horizontais para deliberações consensuais (2005).

O desenho de uma estrutura para compartilhamento de decisões deve permitir a assimilação da voz das minorias. Pode-se dizer que um dos grandes problemas para o estabelecimento de ações coordenadas, sobretudo nas regiões metropolitanas em que o crescimento demográfico exponencial resultou em diferenças socioeconômicas que não podem ser relegadas, consiste na possibilidade dos problemas locais, em regra mais graves, serem priorizados no contexto federativo. Nesse sentido, as ações coordenadas devem ocorrer dentro de um modelo consensual que permita a inclusão da vontade das minorias.

Para Arend Liphart no modelo consensual prevalece a vontade do maior número de pessoas, que não se satisfaz com a vontade da maioria, buscando ampliar a participação no governo e na definição das políticas a serem adotadas, mediante negociação e concessão. Tenta, assim, incorporar a maioria das minorias possíveis. O modelo majoritário é fundado no governo da maioria, que concentra o poder político nas mãos de uma pequena minoria (2003).

A partir da análise de variáveis macroeconômicas de 36 países democráticos, Liphart analisou de forma empírica se a forma de democracia adotada influencia nos seus resultados, concluindo ao final do estudo que: as democracias de consenso apresentam um melhor resultado de desempenho do que as majoritárias; os resultados empíricos não permitem conclusões definitivas de que as democracias de consenso sejam melhores no que concerne à tomada de decisões e às políticas governamentais; as democracia majoritárias não

são superiores às democracias de consenso na administração da economia e na manutenção da paz civil (2003).

Dentro dessa perspectiva, a coordenação dos entes federativos nas regiões metropolitanas deve compreender no processo decisório participação horizontal que possibilite a consideração de interesses também das minorias. Ao cuidar das regiões metropolitanas, veremos que a inclusão dos municípios na governança das políticas públicas comuns é fundamental para garantir resultados eficientes de forma equânime, sem privilegiar os entes mais fortes politicamente, quebrando o ciclo de apoderamento e centralidade das ações, atendendo o critério da necessidade, e, portanto, do interesse público.

A questão vai além da discussão da centralização ou descentralização do poder decisório, mas de análise de sistemas de políticas públicas considerando o federalismo como pacto dentro da perspectiva da teoria do federalismo cooperativo, questão amplamente abordada por Cibele Franzese (2010), que acaba por concluir que esses fundamentos são interessantes para a abordagem no sistema de políticas públicas brasileiros, dado que enfrenta a questão da interação dos entes federativos na construção de políticas públicas. A autora ao discorrer sobre o federalismo cooperativo assinala que:

Com características e dilemas bastante diferentes dos que tendem a ocorrer no modelo competitivo, o federalismo cooperativo possui instituições que incentivam os atores territoriais a colaborarem, dividindo os poderes entre eles funcionalmente e prevendo tarefas a serem executadas conjuntamente (2010).

O federalismo cooperativo, com a diminuição da competição, recebe crítica da literatura pois pode levar à armadilha da decisão conjunta, com poucos espaços para iniciativas dos entes federativos e diminuta flexibilidade; a identificação do ente responsável pela política, dificultando a *accountability*; a institucionalização do federalismo executivo, por meio do qual são formados comitês, coordenado pelo ente nacional, com aprovação de transferências intergovernamentais pelo Legislativo, ressaltando que não é possível a *accountability*; e por fim, é apontado como crítica ao federalismo cooperativo a predominância do ente nacional, o que pode levar a um federalismo coercitivo.

Contudo, o federalismo cooperativo, com os cuidados para se minimizar as situações apontadas pelos críticos, resultam em espaços para negociação, com delimitação de responsabilidades, gerenciamento local de programas e projetos, a partir de definição da atuação dos entes federais (FRANZESE, 2010).

A questão do federalismo e sua abrangência guarda especial atenção no âmbito das regiões metropolitanas, nas quais há a superposição de entes federativos diversos, com competências concorrentes, a exigir, para um resultado eficiente, a governança conjunta. E dentro do Estado Democrático de Direito, impõem-se a governança democrática, a fim de contemplar dentre as políticas públicas prioritárias, e de forma equânime, todos os cidadãos da região metropolitana. Assim, para além dos poderes políticos e sua força dentro do processo de coalizão, está o interesse do cidadão, que deve ser, a partir de suas diferenças socioeconômicas, igualmente contemplado.

Wilson, Spink e Ward ao analisar regiões metropolitanas das Américas, com vistas a avaliação dos arranjos metropolitanos e sua atuação satisfatória na enfrentamento de questões que promovam o desenvolvimento, concluíram que:

Em particular, a melhoria da qualidade dos serviços à população de baixa renda tem sido largamente ignorada, assim como a necessidade de conciliar políticas redistributivas dos municípios mais ricos para os mais pobres, o que pode, em última análise, comprometer seriamente a legitimidade política. É bem possível que qualquer ação no sentido de políticas redistributivas exigirá reforço dos governos regional e federal (2011).

Somente dentro de um ambiente de cooperação entre os entes federados, que contemple a vontade dos entes menos influentes, mas, certamente, com maiores demandas sociais, terá legitimidade política para implementar políticas públicas eficientes.

Essa discussão é a pedra de toque para a análise do saneamento, que constitui medida social fundamental para a inclusão social, e que contempla nas regiões metropolitanas, dentro de um ambiente democrático, a inclusão dos municípios no contexto decisório, a fim de beneficiar a população mais necessitada e superar grandes questões ambientais, que afetam as bacias hidrográficas, incluindo-as nas estruturas de políticas públicas estabelecidas.

1.2 Participação dos atores na formulação e implementação de políticas públicas

A Constituição Federal de 1988 foi descritiva nas competências entre os entes federativos. Estabelece a competência concorrente entre entes da federação para a gestão de diversas políticas públicas.

A gestão de políticas públicas de saneamento dentro de regiões metropolitanas não pode ser enfrentada sem um trabalho de cooperação. As externalidades negativas decorrentes de omissão na ocupação irregular das bacias afeta não apenas os municípios adjacentes, mas toda a população abastecida por essa água. As doenças decorrentes de uma bacia poluída afetam a população como um todo, não apenas a ribeirinha, dado que a água servida terá sua qualidade comprometida. Ademais, o acesso aos recursos naturais não pode ser deste ou daquele município, mas de uso comum de toda a população.

Dentro dessa perspectiva, entendemos que a cooperação para formulação e implementação de políticas públicas é inerente à própria política, sem a qual a eficiência estará fortemente comprometida. Por não constituir uma opção, é passível de controle interno e externo, inclusive social, além do controle judicial.

Estabelecida a competência concorrente entre os entes para cuidar do saneamento nas regiões metropolitanas, somente redes de governança com inclusão de todos os entes federativos no processo decisório é que se estará cumprindo o desiderato constitucional de estabelecer políticas públicas conjuntas. Assim, a estrutura de políticas públicas regionais deve necessariamente contemplar e propiciar o desenvolvimento da política, de forma equânime, para todos os entes.

1.3 Constituição Federal – Regiões metropolitanas de São Paulo e Buenos Aires. Imposição de governança integrada pelos entes federativos.

A gestão integrada pelos entes federativos nas regiões metropolitanas está prevista na Constituição Federal de 1988 do Brasil, no artigo 25, § 3º, que dispõe: *“os Estados poderão criar regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum.”* Além disso, com a reforma à Constituição de 1998, o artigo 241 ganhou nova redação para prever que os três entes de governo *“disciplinarão por lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre eles, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”* Cabe, assim, a cada Estado estabelecer a governança para políticas públicas comuns a municípios integrantes das regiões metropolitanas.

Na Região Metropolitana de São Paulo foi criado o Conselho de Desenvolvimento Metropolitano (composto pelos representantes dos municípios e do Estado, além de representantes do legislativo, com competência para fixar as prioridades em termos de investimentos), a Câmara de Desenvolvimento Metropolitano (órgão colegiado de caráter consultivo, normativo e deliberativo, formado pelo Governador de Estado e Secretários Estaduais) e o Conselho Consultivo (formado por vereadores, deputados estaduais e governo de Estado). Para consecução dos objetivos foi criado o Fundo Metropolitano de Financiamento e Investimento (FUMEFI). A partir desse desenho foi construída uma rede de governança para formulação, implementação de políticas públicas, programas e projetos que favoreçam o desenvolvimento metropolitano.

No entanto, diversos fatores levam ao insucesso das políticas públicas conjuntas na região metropolitana, podendo apontar a preponderância da cidade de São Paulo em detrimento das demais no processo decisório, o que acaba por comprometer a cooperação federativa, além disso não se vislumbra uma coordenação executiva capaz de dar voz a todos as esferas governamentais e municípios, com horizontalidade necessária para atender os interesses também das minorias, questão que será aprofundada no capítulo final.

Embora no nosso sistema constitucional seja de competência privativa da União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, além de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos e a legislação sobre águas (art. 21, XXIX; art. 21, XX; e art. 22, *caput*), constitui competência concorrente dos três entes a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, X). É ainda competência conjunta da União e dos Estados a conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (artigos 24, VI). Aos municípios foi reservada a competência de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano art. 30, VIII).

Também na Argentina a gestão dos recursos naturais é concorrente entre o governo federal, Províncias e Cidade Autônoma de Buenos Aires (CABA), as quais podem legislar no âmbito de sua atuação, aplicando-se o princípio da não interferência, segundo o qual a competência da província deve observar a legislação federal. A intervenção do ente

federal justifica-se quando há mais de um ente federativo, ficando a cargo das províncias e da CABA a normatização e gestão dos recursos hídricos.

A questão que se coloca é se no caso de competência comum ou concorrente, os entes federados podem, em prejuízo da eficiência do serviço público, deixar de estabelecer políticas públicas conjuntas.

Embora impere no âmbito da competência comum, o princípio da predominância do interesse, por meio do qual o interesse geral compete à União, o regional aos Estados-membros, e o local aos municípios, em face da adoção do modelo federativo, pressupõe que essas competências serão exercidas por meio de processos de cooperação, sem o qual a política pública não será abordada em sua integralidade.

2. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas ganhou fundamental importância com o *welfare state*, dado que a intervenção estatal em diversos setores sociais, ampliou o rol de direitos em que o cidadão, em condições iguais, poderia exigir do Estado. A partir do sistema de divisão de poder adotado pelo Estado, esse controle deu-se em maior ou menor intensidade, ou simplesmente ficou nas mãos do Legislativo.

Desde a formação do Estado moderno busca-se a qualificação da função do Poder Judiciário. Os dois principais modelos tem como berço o sistema americano construído a partir de 1789 e o francês moldado na Revolução Francesa. A fundamental diferença está em que o sistema francês reconheceu a função do Poder Judiciário enquanto justiça comum, mas deixou de atribuir poder político; já o modelo americano além de reconhecer a função de julgar, também o qualificou como poder político. ARANTES conclui a análise dos dois modelos a partir da experiência americana e francesa:

No primeiro caso – e nos países que tomaram os Estados Unidos como modelo - o Judiciário cumprirá a importante função liberal de conter a vontade política majoritária, mas a condição não republicana da magistratura enfrentará tentativas frequentes de redução de sua independência quase-aristocrática, especialmente nas situações em que o Judiciário assumir posição mais agressiva no controle dos atos normativos das maiorias políticas representativas. No segundo caso, o Judiciário se restringirá a prestar justiça nos

conflitos entre particulares e a magistratura não chegará a constituir uma nova aristocracia no seio da república. Em contrapartida, serão frequentes as queixas sobre a ausência de um guardião independente da Constituição e sobre a sujeição completa da sociedade à vontade política da maioria governante (2015).

A intervenção direta do Judiciário no controle constitucional de políticas públicas, segundo alguns críticos é indevida, pois levaria à politização do Judiciário, cabendo a esse poder tão só a solução de conflitos. Contudo, essa função é atribuída também a outros poderes, não servindo para qualificá-lo, sendo que atualmente é atribuída a função de justiça constitucional, dado que possibilita o controle também da vontade das minorias.

Essa capacidade do Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis, também chamado de *judicial review*, chegou ao extremo na atuação da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos. À falta de previsão no texto fundamental e na *lex ordinária* para certos fatos, a Suprema Corte norte-americana expediu comandos judiciais que criaram ou restringiram direitos. Num primeiro momento histórico, a Corte, composta por juízes conservadores e reacionários, autorizou e validou a segregação entre brancos e negros e as regras que a disciplinavam, entre as quais as que proibiam os negros de frequentarem certos lugares, utilizarem ônibus, escolas e serviços públicos reservados aos brancos (*Dred Scott vs Sanford*, 1857) e declarou inconstitucionais, invalidando-as, inúmeras leis progressistas de conteúdo social (especialmente na chamada “Era Lochner, que vai de 1905 a 1937), inclusive na era Roosevelt houve forte oposição às políticas governamentais. Mas essa situação mudou a partir da década de 1950 quando o juiz Warren assumiu a presidência da Corte (cargo que exerceu de 1953 até 1970) e prosseguiu com a presidência de Burger (que foi até 1973), período em que se assegurou inúmeros direitos fundamentais, especialmente com relação aos negros (*Brown vs Board of Education*, 1954), a procedimentos criminais, com a prévia advertência a detidos dos seus direitos constitucionais de silêncio e de assistência jurídica (*Miranda v. Arizona*, 1966), igualdade de gênero (*Richardson vs Frontiero*, 1973), proteção à intimidade e privacidade (*Griswold vs Connecticut*, 1965) e o direito à interrupção da gravidez (*Roe vs Wade*, 1973). (BARROSO: 2009)

A experiência americana, sobretudo no pós segunda guerra, acabou sendo adotada por vários países europeus, como Áustria, Itália e Alemanha, que instituíram uma corte constitucional para controle concentrado da constituição (chamado modelo austríaco). A variante desse modelo é que, diferente do americano em que o controle de constitucionalidade pode ser feito por todos os juízes de forma difusa, a ação é proposta diretamente na corte

constitucional, a qual possui competência exclusiva para análise da constitucionalidade. Em alguns sistemas europeus, os membros da corte constitucional possuem mandato a fim de conferir legitimidade política ao órgão, e são indicados mediante acordos partidários.

Na América do Sul o sistema é verticalizado e centralizado em um órgão de cúpula reduzido, com competência para o controle concentrado da legalidade, embora também os juízes das diversas instâncias pudessem exercer o controle difuso, portanto, se reconhece as funções do Estado de solução de conflitos e do controle de constitucionalidade (ZAFFARONI: 1995). Posteriormente, a função de autogoverno também vai sendo adotada na Europa e na América Latina, com a criação dos conselhos da magistratura.

Ronald Dworkin, filósofo americano, após pontuar que o presidente da Suprema Corte Americana, em 1803, reafirmou que o poder e dever da Corte deriva do própria declaração constitucional, rejeitou o papel frágil do Judiciário. Chama atenção para o fato de que hoje a questão não gira em torno de se saber se o Judiciário tem poder, mas sim a maneira que deve ser exercido esse poder. E pergunta : a Corte Suprema *deveria ela empenhar-se em fazer cumprir toda a Constituição, inclusive as cláusulas que, para serem interpretadas, exigem um julgamento quase que exclusivamente político?* (pág. 427). O autor, na obra “O Império do Direito”, analisa a questão sob o ponto de vista de diversas teorias como a historicismo e o passivismo. Pelo historicismo o juiz deve buscar as intenções históricas que fundaram a lei constitucional. Enquanto que no passivismo os juízes devem impor suas vontades em face da maioria política, a partir de uma interpretação a partir da prática constitucional em sentido amplo. O oposto ao passivismo estaria o ativismo.

Conceitua-se como ativismo judicial a atuação proativa do Poder Judiciário, nos países que adotam constituições escritas e legislação positiva (*lex scriptum*) para regular as relações do Estado com as pessoas e dessas entre si. Essa atuação caracteriza-se por uma participação ampla e intensa do Judiciário na busca de tornar concretos os valores, princípios e regras constitucionais, ainda que interferindo nas atribuições constitucionais das outras funções de governo, como as dos Poderes Executivo e Legislativo.

Geralmente dá-se por meio de (1) aplicação direta de promessas constitucionais a fatos não expressamente previstos no texto constitucional ou pela (2) declaração de inconstitucionalidade de textos normativos expedidos pelo Poder Legislativo ainda quando o vício não se mostre visualizável *ictu oculi*, ou seja, mesmo quando não ostensivo, claro e veemente a agressão da norma invalidada ao texto constitucional ou ainda pela (3) imposição ao Poder Público de condutas ou abstenções não expressamente autorizadas ou impostas pela

lei, especialmente no que diz respeito ao implemento de políticas públicas de conteúdo social (educação, saúde, moradia, etc.).

Dworkin critica o historicismo, o passivismo, e o ativismo judicial:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por 'fiat', querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: um direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania (2014: 452).

A questão da interpretação constitucional pelos juízes ganhou estudos contemporâneos profundos. Dworkin é reconhecido como um grande estudioso nessa seara, crítico do positivismo, reconhece a interpretação como importante fonte do direito. Rechaça o ativismo, historicismo e passivismo, e apresenta uma teoria própria consistente no direito como integridade. A integridade é apresentada como um ideal político e deve permear a legislação e a decisão judicial. Na integridade legislativa há restrições à vontade criadora das normas. Na integridade judicial os juízes devem partir da interpretação dos princípios, principalmente os da moralidade individual e política, de forma que partam do pressuposto de que o direito é um conjunto de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, garantidores de uma sociedade solidária. Assim, os juízes devem fazer uma análise coerente do sistema de convenções jurídicas, dos precedentes jurisprudenciais e dos valores contemporâneos da comunidade para analisar o caso concreto.

Não é por acaso que Dworkin intitula seu juiz de Hércules, pois a decisão do caso concreto exige um esforço hercúleo do julgador para cumprir sua busca, podendo encontrar

ainda contradições no próprio método, mas terá porto seguro nos princípios dominantes e da integridade aceitável.

E porque trouxemos a visão de Dworkin? Por que o filósofo americano busca a legitimidade de sua teoria a partir de casos emblemáticos em que decisões da Suprema Corte americana mudaram a condução de políticas públicas. Cito o caso *Brow*, em que estudantes questionaram o sistema de segregação racial entre as escolas públicas do Kansas por violação da proteção constitucional a igualdade perante a lei. Após percorrem a trajetória acima traçada, o juiz Hércules busca no seio social o sentimento de que a segregação racial é algo que deve ser banido, por ser incoerente com a decência tratar uma raça como inerentemente inferior a outra (embora existisse precedente em sentido oposto), além das conclusões de que *as preferências devem ser desconsideradas em qualquer avaliação aceitável daquilo que contribui para melhorar a comunidade como um todos, ou com base nas categorias banidas, em que alguns atributos, inclusive a raça, nunca devem tornar-se a base de distinções legais* (DWORKIN: 2014: 463).

Decidido o caso, Hércules vai além para assegurá-lo. Então deve procurar qual o procedimento que protegerá as crianças negras que buscam a educação, necessitando criar uma teoria geral para cumprimento da decisão que interferirá na jurisdição normal de diretores de escola e autoridades de escola. Essa atuação proativa do juiz na execução do julgado foi destacada por DWORKIN:

Exigiram mudanças radicais na organização escolar e traçaram planos detalhados para tais mudanças; criaram programas para transportar crianças negras para escolas localizadas em bairros de brancos, e vice-versa. Nunca, na história norte-americana, suas decisões apareceram tão diferentes do trabalho normal dos juízes ou atraíram tanta hostilidade do pública e da imprensa. Alguns intelectuais, inclusive vários que deram sua aprovação ao projeto, afirmaram que as decisões judiciais assinalaram uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz. Em certo sentido, esses intelectuais tinham razão. Os juízes vêm, tradicionalmente, exercendo papéis de supervisão tendo em vista a prestação jurisdicional – ao administrarem processos falimentares, por exemplo, ou decretos antitruste ou de custódia. Mas tanto a escala quanto os detalhes da supervisão foram muito maiores nos decretos de dessegregação, e trouxeram os juízes para muito mais perto dos domínios convencionais das autoridades executivas eleitas. (2014: 467).

Essa intervenção judicial na implementação da política pública decorre do dever do juiz de fazer cumprir o direito que foi reconhecido, até que não haja mais violação. Essa visão de Dworkin cai como uma luva, como veremos no caso Matanza-Riachuelo, na Argentina, que condenou o três entes, federal, provincial e Cidade de Buenos Aires, a promover qualidade de vida aos habitantes e recuperação do meio ambiente, além disso conferiu a um juiz o cumprimento do julgado.

A judicialização também encontrou no Brasil, sobretudo com a nova ordem constitucional, forte espaço. BARROSO aponta três fatores para esse fenômeno que elevou o Poder Judiciário pátrio a verdadeiro poder político:

O ambiente democrático reavivou a democracia, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais; constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (2009: 4).

Esses ingredientes no Texto Constitucional aliado à omissão do Poder Legislativo em legislar sobre esses direitos, é campo propício à expansão da intervenção do Judiciário. Barroso destaca que essas intervenções devem ser pontuais historicamente, não podendo o Judiciário se sobrepor aos membros do Executivo e Legislativo, que foram eleitos democraticamente, e, portanto, representam a vontade popular. O Supremo Tribunal Federal não pode sobrepor-se ao Legislativo, porém deve assegurar os princípios democráticos e os direitos fundamentais.

Barroso também se contrapõe aos excessos do Judiciário, e traz duas teorias que merecem destaque: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. No que concerne à capacidade institucional deve-se perquirir o Poder que tem habilidade técnica e científica para decidir acerca dos rumos da política pública, que exigem, no mais das vezes, que o Judiciário ceda à condução da questão pelos demais poderes, de sorte que quando pronunciar juízos discricionários o faça fundado na razoabilidade. Outro ponto que merece atenção do Judiciário, é que o juiz não está qualificado para avaliar os impactos de decisões judiciais em segmentos econômicas ou a prestação de um serviço público, além da responsabilidade política não recair sobre os seus ombros. E conclui:

Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais.

Portanto, e para concluir, a judicialização de políticas públicas hoje decorre dos próprios sistemas constitucionais, que delegaram ao Poder Judiciário a defesa dos princípios democráticos e direitos fundamentais, que, ainda que decorrentes da vontade de membros do executivo e legislativo, não poderão resvalar esses valores. O juiz deve ter uma atuação de integração dos valores sociais, mas dentro da principiologia constitucional. A atuação em demandas que tratem de políticas públicas devem observar a capacidade institucional e ter cautela nos casos de efeitos sistêmicos imprevisíveis.

3. CAMINHOS PARA UMA GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA DOS RECURSOS HÍDRICOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE BUENOS AIRES

No âmbito do objetivo traçado pelo presente trabalho, buscar-se-á apontar alternativas para adoção de uma arena de cooperação entre os entes federativos de políticas públicas em regiões metropolitanas, a partir da experiência da Região Metropolitana de Buenos Aires na gestão dos recursos hídricos. O foco será as formas de cooperação sem adentrarmos em especificidades na gestão. Como se verá, a cooperação pode advir do estabelecimento de um sistema de política pública, a partir da cooperação do entes, ainda que com a preponderância do ente nacional. No entanto, a partir da responsabilidade concorrente dos entes federados no estabelecimento de políticas pública conjuntas, no caso de omissão, em prejuízo do interesse público, os órgãos de controle podem se valer de mecanismos extrajudiciais, como o inquérito civil no âmbito do Ministério Público (Federal na hipótese da presença da União), ou judicializar a política pública.

3.1 Caso da prestação de serviço de Água e Esgoto – estrutura de governança integrada pelos entes federativos.

A gestão da água e esgoto na Região Metropolitana de Buenos Aires (RMBA) desde o início do século XX foi tratada de forma regionalizada. A busca pela superação do deficiente serviço público no início da década de 1990, o governo federal motivado por questões econômicas, privatizou o serviço público de água e esgoto. A opção pelo modelo privatizado não promoveu um serviço mais eficiente, sendo apontado como principal deficiência o esquecimento, na ampliação dos níveis de cobertura do serviço, dos municípios mais periféricos, sendo a empresa privada (Aguas Argentinas) acusada de ampliar o serviço em locais com retorno financeiro, como a Cidade Autônoma de Buenos Aires (CABA). A ausência de transparência de dados e problemas de qualidade da água constituíram fundamentos para que a empresa fosse amplamente multada pelo agente regulador e fiscalizador (URCELAY: 2007).

Dentro deste contexto, ocorre o rompimento contratual com a empresa fornecedora do serviço (Aguas Argentinas S/A). Um novo marco legal é estabelecido, com o retorno do serviço ao controle estatal, mediante a criação da empresa Agua y Saneamiento Argentinos – AySA, que nasce com o desafio de ampliar a cobertura de água e esgoto, priorizando os municípios praticamente desprovidos desse serviço, com uma população com altos níveis de desemprego.

O novo marco legal estabelece um ciclo de políticas públicas com possibilidades de participação e decisão dos entes federativos envolvidos com a política pública. Os projetos nascem a partir da constatação pelos municípios dos problemas fundamentais, por meio de instrumentos de participação social, e gestão das políticas locais. Esses projetos são levados para uma arena de discussão e deliberação consistente na Agencia de Planificación – APLA, constituída no âmbito do Ministerio de Planificación Federal, Inversión Publica y Servicios de la Nacion, uma Agencia de Planificación – APLA, integrados pelo ente federal, da Província de Buenos Aires, e da CABA, e por um representante de cada município abrangido pela prestação do serviço. As deliberações tomadas na APLA vinculam a empresa prestadora de serviço.¹

¹ Melina Tobias tece contundentes críticas ao sistema atual estabelecido pelo atual marco regulatório, porém reconhece que a APLA é o diferencial do atual sistema. Salientamos que na análise fizemos o recorte na gestão integrada pelos entes, deixando de lado, questões também importantes, com a regulação do serviço, mas que demandaria uma análise própria (2014).

Assim, podemos identificar uma governança democrática que permite contemplar dentro do processo de planejamento as necessidades da minoria. De sorte que dentro das possibilidades de expansão do serviço público, as necessidades dos municípios estão contempladas. A partir do estabelecimento da prioridade de expansão do serviço público, os níveis de cobertura dos municípios em situação mais crítica são priorizados.

Ainda que esse modelo sofra críticas, sobretudo no que concerne ao âmbito da regulação, o fato é que existe um arranjo institucional que tem propiciado resultados mais eficientes para todos os cidadãos.

3.2 Caso Matanza-Riachuelo – o caminho da judicialização

A bacia Matanza-Riachuelo cravada em grande parte na região metropolitana de Buenos Aires (RMBA), sofreu duramente os impactos decorrentes do processo de metropolização, não apenas pela industrialização descomprometida com a sustentabilidade, mas também pela extensa população ribeirinha, que levou o rio a estar entre os dez mais poluídos do mundo.

Embora já existisse a gestão por bacias de competência das províncias, o fato da bacia estar na RMBA, portanto, com abrangência intergovernamental, já que além da província e da Cidade de Buenos Aires possuía competência de gestão o ente federal, não se vislumbrava arranjos institucionais entre os entes que permitissem uma gestão integrada.

Em que pese existirem os ingredientes para a cooperação, não havia acordo para a gestão conjunta. Com isso, a população, sobretudo a que vivia próxima ao rio, sofria o impacto da contaminação em sua saúde. O caminho dessa população esquecida foi a judicialização.

Proposta ação judicial em 2004 em face do ente federal, da província e da Cidade de Buenos Aires, além de 44 empresas, as vítimas da contaminação da bacia pediam indenização decorrente do dano ambiental.

Em 2006, a Corte Suprema de Justiça se declara competente para apreciar o caso, com exclusão dos pedidos de natureza individual de responsabilidade civil. Várias medidas cautelares já sinalizavam a condenação de todos os entes. Nesse contexto, foi criada a

ACUMAR, Autoridade da Água da bacia Matanza Riachuelo, pela Lei Nacional n. 26.168, de 16.11.2006, com adesão da Cidade de Buenos Aires (Lei 2.217, de 07/12/2006), e da Província de Buenos Aires (Lei n. 13.642, de 21.02.2007). Os prefeitos municipais abrangidos na bacia assinaram compromisso de apoiar a sua criação. Veja-se que não há um arranjo para a sua criação, mas adesões posteriores dos demais entes.

A Corte, em 2008, proferiu sentença responsabilizando os três entes em ações que visavam promover melhor qualidade de vida aos habitantes, a recomposição do meio ambiente e a prevenção de danos futuros. Ademais, no julgado a Corte Suprema definiu um programa de intervenção a ser executado pela ACUMAR, delegando à Justiça Federal de Primeira Instância de Quilmes a execução do julgado.

Portanto, a ACUMAR, que abrange a Bacia Matanza-Riachuelo, foi constituída no contexto do caso Mendoza Beatriz, que expôs o imobilismo estatal frente a um rio gravemente contaminado. Constituída a partir da Lei Nacional n. 26.168, de 16.11.2006, obteve a adesão da Cidade de Buenos Aires (Lei 2.217, de 07/12/2006), e da Província de Buenos Aires (Lei n. 13.642, de 21.02.2007), sendo que, depois, os prefeitos municipais abrangidos na bacia assinaram compromisso de apoiar a sua criação.

Em 20 de junho de 2006 a Corte Suprema da Argentina, determinou diversas medidas dos entes políticos no que concerne à gestão da bacia Matanza Riachuelo. Chamamos atenção para uma determinação em especial, de que os entes federativos promovessem um planejamento integrado, conforme trecho que destacamos:

II.- Ordenar al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al CoFeMa para que presenten un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre las actividades antrópicas, el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental.

7) Que mediante el pronunciamiento del 6 de febrero de 2007 este Tribunal ordenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que Crespecto del Plan Integral para el Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo presentado en la causa informen sobre las medidas de toda naturaleza adoptadas y cumplidas en materia de prevención, recomposición y auditoría ambiental, así como las atinentes a la evaluación del impacto ambiental respecto de las empresas

demandadas.

Merece atenção a determinação para que os entes políticos com competência concorrente promovessem um Plano Integrado para gestão da bacia. A feitura desse plano ocorreu durante o processo judicial. Após a entrega do plano, a Suprema Corte conferiu sua análise técnica à Universidade de Buenos Aires, e após, promoveu audiência pública para ouvir terceiros interessados.

Dentro dessa verdadeira fase de formulação de política pública ocorrida no bojo do processo judicial, os técnicos da Universidade de Buenos Aires afirmaram que não havia informações suficientes acerca do estado da água e do ar, as indústrias existentes, população ribeirinha, atas das reuniões da autoridade da água, entre outros dados importantes para elaboração do plano. Diante dessa constatação, já no curso do processo os três entes (ente federal, provincial e Cidade de Buenos Aires) são obrigados a prestarem informações conjuntas.

O julgado reconhece que diante da ausência de informações, ou existência de estudos defasados, as dificuldades inerentes ao levantamento de dados, diversas versões apresentadas no processo, não seria possível detalhar o cumprimento do julgado. Para tanto determina que a execução do deliberado ficasse a cargo de um juiz da execução, com missão de garantir o cumprimento imediato das decisões e o seu efetivo cumprimento. A Suprema Corte determina a implementação de verdadeiro sistema de gestão de política pública, que vai além da responsabilização pelos danos causados, mas também a atribuição de órgãos de controle, participação social, revisão das decisões técnicas de gestão, de acordo com a conclusão do julgado:

Por ello se resuelve:1.- Dictar sentencia con respecto a las pretensions que tienen por objeto la recomposición y la prevención.2.- Ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento del programa establecido en los considerandos.3.- Disponer que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son igualmente responsables en modo concurrente con la ejecución de dicho programa.

4.- Establecer que la Auditoría General de la Nación realizará el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento.

5.- *Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente. (...)*

6.- *Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados.*

7.- *Atribuir competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca, según el alcance establecido en los considerandos 20 y 21.*

Vários aspectos poderiam ser estudados desse julgado. Destacaremos aqueles que interferem na coordenação dos entes na gestão da política. Cavalli, professor de direito ambiental Argentino, destaca de forma contundente pontos críticos acerca da constituição da ACUMAR, como o fato de ter se formado mediante adesão da Província e da Cidade de Buenos Aires, e não mediante tratado entre partes iguais, o que indica, no seu dizer, “*un predominio del Estado Nacional or sobre las otras dos jurisdicciones, colocando la sen un papel secundario que resulta inconveniente al momento de la ejecución de las acciones*”(2015). Porém essa questão da prevalência do ente nacional é vista pelos demais entes políticos como necessária dentro do arranjo institucional estabelecido, na medida em que a precariedade da bacia, exige alocação de recursos que os entes provincial e municipal não tem condições de suportar.

Outro ponto interessante no sistema instituído pelo Judiciário é o Corpo Colegiado, que conta com a coordenação da Defensoria do Povo da Nação, para assegurar a participação das ONGs. Constitui um canal importante da sociedade civil e participação popular, ainda que por meio do Judiciário, no processo de diagnóstico das reais necessidades dos complexos problemas da bacia, motivando novas ações. O Informe Especial do Corpo Colegiado, com um balanço dos sete anos do julgado, no qual pontua a necessidade de aprimoramento das ações da ACUMAR, constitui forte demonstração de que há interlocução social.

Por fim, adentro na questão da Corte Suprema ter atribuído competência à Justiça Federal de Primeira Instância de Quilmes para conhecer de todas as questões concernentes à

execução do julgado e, inclusive a revisão das decisões finais tomadas pela autoridade da bacia. Com isso há forte ingerência do Judiciário nas decisões, inclusive técnicas, da ACUMAR. Embora reste claro que a judicialização foi necessária, há dificuldades de cumprimento decorrentes de sentenças sucessivas, muitas vezes contrárias à análise técnica.

Cavalli (2015, p. 7) tece críticas contundentes a essa interferência, que considera como violação à separação de poderes:

Desviación profundizada por sucessivas sentencias de sus jueces delegados, a lo que se suma la acción diaria de presión intrusiva que ejerce el Poder Judicial sobre la ACUMAR, torciendo el rumbo que debetener un Plan de saneamiento eficaz, dilapidando los fondos existentes en objetivos ajenos al saneamiento real del río y malogrando los resultados que deben esperar-se. Los jueces delegados crean objetivos, establecen acciones, fijan plazos, llegando a participar en las reuniones propias de la ACUMAR y de los organismos de los poderes ejecutivos involucrados, en la sede física de los mismos. La intrusión no es solo institucional sino física.

Os municípios posicionam-se favoráveis à ingerência do Judiciário enquanto perdurar a contaminação do rio, dado que o Judiciário tem imposto aos gestores o cumprimento do plano integrado, além de novos desafios, a fim de promover o cumprimento do julgado. Porém, chamamos a atenção para a ausência de capacidade técnica dos juizes na gestão da bacia. O corpo técnico da instituição tem ordinariamente opinião técnica preponderante na gestão da instituição para cumprimento do julgado. O Judiciário deve exigir o resultado a que foram condenados os entes, não apenas de despoluição do rio e qualidade de vida da população, mas também de transparência e gestão conjunta, porém os caminhos escolhidos para se alcançar esses resultados deve ser de escolha dos entes com competência constitucional e legal da gestão.

Assim o controle deve ser exercido para que os gestores promovam políticas destinadas ao resultado esperado, porém cabe ao executivo, com legitimidade política, formular e implementar essas políticas. Deixar para o juiz deliberar sobre essa ou aquela ação estratégica, constitui inversão das funções políticas constitucionais, já que a responsabilização pelo resultado recairá sobre o ente político, portanto, a ele cabe as escolhas a fim de alcançar o resultado a que foi condenado pelo Judiciário.

CONCLUSÃO

O foco da análise foi a identificação no ordenamento jurídico constitucional de uma imposição, e não faculdade, dos entes políticos promoverem políticas públicas conjuntas, quando houver previsão de competências concorrentes ou comuns a mais de um ente político, dado que está o constituinte reconhecendo que a política pública somente será eficiente a partir da conjugação de esforços de todas as esferas governamentais.

Além disso, a estrutura de governança deve contemplar arenas de discussão e deliberação que permitam ouvir a voz das minorias. De forma que nas regiões metropolitanas os espaços institucionais devem assegurar horizontalidade dos entes na promoção de políticas públicas conjuntas, propiciando que municípios politicamente menos influentes, sejam beneficiados pelas ações.

As políticas públicas de saneamento dentro das regiões metropolitanas pressupõem atuação conjunta, uma vez que a utilização dos recursos naturais, deve ser dividido de forma equânime para as populações abrangidas. Assim sendo, a ausência de governança democrática entre os entes pode ensejar medidas de controle pré-processuais, como inquérito civil sob a condução do Ministério Público, ou mediante a judicialização da política pública.

Buscou-se na história a existência de dois sistemas distintos de função do Judiciário. O sistema americano construído a partir de 1789 que atribui ao Judiciário poder político, já que dotado de poderes para exercer o controle de constitucionalidade das políticas públicas. E o modelo francês, criado a partir da Revolução Francesa, que conferiu ao Judiciário apenas a justiça comum. O Brasil e a Argentina adotaram o sistema americano com possibilidade de controle concentrado da constitucionalidade das normas, salientando-se que no caso brasileiro há também o controle difuso de constitucionalidade.

Com base nos estudos do filósofo Ronald Dworkin foram apontadas as principais teorias acerca do papel do Judiciário frente às políticas públicas, sobretudo no caso de omissão ou ineficiência do serviço público prestado. Concordamos com Dworkin quando no desenvolvimento de sua teoria da integridade judicial, assinala que o juiz deve partir da interpretação dos princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, a fim de garantir uma sociedade solidária. Assim, para o autor o juiz deve ir além para assegurar o reconhecimento do direito, com uma atuação proativa, até que não haja mais violação ao direito.

Apresentamos ainda no estudo da judicialização, a visão de Barroso, no sentido de que os excessos do Judiciário devem ser contidos a partir da teoria de capacidades institucionais, pela qual se deve perquirir qual poder tem maior capacidade técnica para decidir a questão; e a teoria de efeitos sistêmicos, por meio da qual os juízes nem sempre estão qualificados para avaliar os impactos decorrentes de decisões judiciais de certos segmentos econômicos ou prestação de um serviço público, o que exige cautela do juiz.

No último tópico, cuidou-se dos caminhos para uma governança democrática na gestão dos recursos hídricos a partir da experiência vivenciada na Região Metropolitana de Buenos Aires, sendo evidenciado um sistema de política pública a partir da cooperação entre os entes federativos, estabelecido a partir de decisão política conjunta; e uma experiência, na gestão da bacia Matanza-Riachuelo em que a governança conjunta foi estabelecida a partir de uma decisão judicial.

No caso da prestação de serviço de água e esgoto, a partir de experiência mal sucedida da privatização do serviço, com forte exclusão dos municípios com maior carência do serviço, houve um novo marco legal a partir de 2006, por meio do qual restou estabelecido uma arena de planejamento das políticas públicas prioritárias, com participação horizontal dos municípios, e com vinculação da empresa prestadora do serviço.

Na gestão da bacia Matanza Riachuelo, o sistema de gestão cooperada nasce a partir de uma ação judicial. É criada a Autoridade da Água (ACUMAR) que compreende os entes federal, provincial e cidade de Buenos Aires. Os municípios participam por meio de um Conselho opinativo. O julgado condenou os três entes a promover melhor qualidade de vida aos habitantes, a recomposição do meio ambiente e a prevenção de danos futuros. Chamamos a atenção para a determinação de elaboração de um Plano Integrado, o que exige participação dos entes na sua formulação. Também determinou a Corte Suprema que a ACUMAR promovesse amplo levantamento de dados e transparência para controle social da execução do julgado. Além disso, o julgado determinou a criação de um Conselho coordenado pela Defensoria Pública do Povo, com participação de ongs com objeto pertinente à política para exercer o controle das políticas.

A condenação para que os entes federativos promovessem ações integradas foi fundamental para a recuperação da bacia, na medida em que ações isoladas não tinham o condão de atingir o resultado. Assim, é um caso que exemplifica com nitidez a situação em que uma medida de saneamento somente alcançará seu objetivo quando todos os entes federativos abrangidos estiverem comprometidos, o que pressupõe a participação nas arenas de discussão e deliberação das políticas.

Contudo, a interferência judicial deve se limitar a exigir resultados satisfatórios para cumprimento do julgado, não podendo substituir o poder executivo, que guarda capacidade técnica e visão da abrangência das decisões políticas tomadas, além de ser o ente governamental que será responsável político pelo sucesso e fracasso da política.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: A experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005.

ABRUCIO, Luiz Fernando, FRANZECE, Cibele e SANO, Hironobu. *Coordenação e cooperação no federalismo brasileiro: avanços e desafios*. Estado, Instituição e Democracia. Livro 9 – vol. 1, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília: 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. Sistema Político Brasileiro: uma introdução. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3ª ed., São Paulo: Editora UNESP, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009, p. 71 -91.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo de Sá Leitão Rios. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FRANZESE, Cibele. *Federalismo Cooperativo no Brasil - Da Constituição de 1988 aos Sistemas de Políticas Públicas*. Escola de Administração de Empresa da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

LIJPHART, Arend, *Modelos de Democracia, Desempenho e padrões de governo em 36 países*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

CAVALLI, Luis. *Retomar el rumbo en el saneamiento del río Matanza Riachuelo*. Buenos Aires. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*. Número 17, septiembre 2015.

KLINK, Jeroen Johannes. *Governança, governo ou gestão: o caminho das ações metropolitanas*. Cadernos Metrópole, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 131- 149, jul/dez 2009.

SPINK, Peter Kevin; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; CLEMENTE, Roberta. *Governança, governo ou gestão: o caminho das ações metropolitanas*. Cadernos Metrópole, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 453-476, jul/dez 2009.

TOBIAS, Melina. *La reestatización del servicio de agua y saneamiento en Buenos Aires y sus efectos em la gobernabilidad de agua urbana*. Buenos Aires: 2014. Disponível em <<http://www.ina.gov.ar/ifrh-2014/Eje1/1.13.pdf>>. Acesso em 11.08.2015.

URCELAY, María Begoña Ordoque. *Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño*. Naciones Unidas. Santiago do Chile: CEPAL, 2007.

WILSON, Robert H.; SPINK, Peter K.; WARD, Peter M. *Governança metropolitana nas Américas*. Caderno Metropolitano, São Paulo, v. 13, n. 25, p. 15-44, jan/jun 2011.

SPINK, Peter Kevin; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; CLEMENTE, Roberta. *Governança, governo ou gestão: o caminho das ações metropolitanas*. Cadernos Metrópole, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 453-476, jul/dez 2009.