

Maria de Fátima S. Wolkmer  
Milena Petters Melo  
Organizadoras



# CRISE AMBIENTAL, DIREITOS À ÁGUA E SUSTENTABILIDADE

VISÕES MULTIDISCIPLINARES





**CRISE AMBIENTAL, DIREITOS  
À AGUA E SUSTENTABILIDADE:  
visões multidisciplinares**

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE  
DE CAXIAS DO SUL

*Presidente:*

Roque Maria Bocchese Grazziotin

*Vice-Presidente:*

Orlando Antonio Marin

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

*Reitor:*

Prof. Isidoro Zorzi

*Vice-Reitor:*

Prof. José Carlos Köche

*Pró-Reitor Acadêmico:*

Prof. Evaldo Antonio Kuiava

*Coordenador da Educus:*

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCUS

Adir Ubaldo Rech (UCS)

Gilberto Henrique Chissini (UCS)

Israel Jacob Rabin Baumvol (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

José Carlos Köche (UCS) – presidente

José Mauro Madi (UCS)

Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)

Paulo Fernando Pinto Barcellos (UCS)

Maria de Fátima S. Wolkmer  
Milena Petters Melo  
(Organizadores)

**CRISE AMBIENTAL, DIREITOS  
À AGUA E SUSTENTABILIDADE:  
visões multidisciplinares**



EDUCS

© dos organizadores

Revisão: Izabete Polidoro Lima

Editoração: Traço Diferencial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
UCS – BICE – Processamento Técnico

C932 Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade [recurso eletrônico] : visões multidisciplinares / orgs. Maria de Fátima S. Wolkmer e Milena Petters Melo. – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012.

189 p.; 23 cm.

Apresenta bibliografia

ISBN 978-85-7061-680-7

1. Direito de águas. 2. Direito ambiental. 3. Recursos hídricos. 1. Wolkmer, Maria de Fátima S. II. Melo, Milena Petters.

CDU 2. ed.: 347.247

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito de águas	347.247
2. Direito ambiental	349.6
3. Recursos hídricos	556.18

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Márcia Servi Gonçalves – CRB 10/1500

Direitos reservados à:



**EDUCS** – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-970 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR: (54) 3218 2197

www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



**EDITORA AFILIADA**

# Sumário

**Apresentação / 7**

*Maria de Fátima S. Wolkmer e Milena Petters Melo*

**Los recursos hídricos frente al cambio climático en la Unión Europea /11**

*Álvaro A. Sánchez Bravo*

**Águas no novo código civil (Lei 10.406/2002) / 33**

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo*

**O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina / 47**

*Antonio Carlos Wolkmer, Sergio Augustin e Maria de Fátima S. Wolkmer*

**O desafio ético da Água: de necessidade básica à Direito Humano / 67**

*Maria de Fátima S. Wolkmer e Antonio Carlos Wolkmer*

**Aspectos inovadores do novo constitucionalismo latino-americano: Estado Plurinacional e pluralismo jurídico / 83**

*Antonio Carlos Wolkmer e Lucas Machado Fagundes*

**Cenário dos recursos energéticos na Unasul e o protagonismo do Brasil, Venezuela e Bolívia: breve análise comparativa, à luz do direito ambiental internacional e constitucional, de seus regimes jurídicos e políticos / 115**

*Germana de Oliveira Moraes e William Paiva Marques Júnior*

**Desenvolvimento sustentável: das Declarações internacionais à planificação estratégica e governance local / 149**

*Milena Petters Melo*

**Desenvolvimento sustentável e a inclusão social: a importância do respeito à diversidade cultural para o exercício da cidadania / 173**

*Silvio Pinto Ferreira Junior*

**A governança transnacional ambiental na Rio + 20 transnational environmental governance / 191**

*Zenildo Bodnar e Paulo Márcio Cruz*



# Apresentação

A sociedade moderna apresenta um complexo cenário de contradições. O modelo de desenvolvimento capitalista não pode mais avançar sem o enfrentamento da crise ambiental. O uso crescente dos recursos da natureza gera resíduos que alteram os ecossistemas, bem como o funcionamento dos ciclos vitais, impossibilitando a capacidade regenerativa da natureza. Ao contrário das civilizações anteriores, atualmente a natureza não alcança o ritmo do sistema econômico de produção, e as consequências já são visíveis nas mudanças climáticas, na perda da biodiversidade, na alteração do ciclo da água, entre tantos outros fatores que colocam em risco diferentes formas de vida e modos de viver.

Além do desperdício, o desenvolvimento entendido como crescimento econômico busca incessantemente o aumento da produção para alimentar um modelo de consumo notadamente supérfluo e excludente – como apontam alguns, seriam necessários mais três planetas para que todos pudessem ter o nível de vida de um norte-americano. Em tal panorama, a América Latina tem sido alvo da cobiça das transnacionais, na medida em que 70% das reservas da biodiversidade do planeta e grande parte das águas doces estão em seu território, principalmente em terras indígenas. Sendo assim, não basta, segundo alguns movimentos da região, ressaltar somente a importância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, como o direito universal a um meio ambiente sadio, pois esse discurso é insuficiente diante da mercantilização da natureza, cujas consequências apontam para um preocupante agravamento da crise socioambiental. Dessa forma, ganha corpo a proposta de “ir além da dignidade humana”, ultrapassando os limites do utilitarismo antropocêntrico, para respaldar uma Ética da Vida, aportando valores que promovam uma nova política biocêntrica, fundada em outras formas de relação com a natureza. Como salienta Leonardo Boff: é um imperativo ético falar da crise que estamos vivendo, porque pode ser terminal.

Nessa perspectiva, o propósito deste livro é contribuir para que a cidadania ambiental possa informar-se sobre temas que reflexionem a crise ambiental, a partir do direito, das evoluções normativas no plano constitucional e internacional, especialmente no que tange aos novos direitos, com aportes e interfaces multidisciplinares.

Os artigos que conformam o livro falam de diversos lugares, mas revelam o interesse comum em estimular a reflexão e sensibilização crítica frente aos problemas ambientais e institucionais do Estado moderno, no contexto de intensificação das relações transnacionais e interculturais.

Nesse cenário, o maior desafio é repensar o desenvolvimento fundamentado numa ética biocêntrica, desde uma nova institucionalidade do Estado e de novas fórmulas de exercício da cidadania, cuja proposta vem delineada nos artigos que trazem os aportes do novo constitucionalismo latino-americano e da cosmovisão andina, assim como nos artigos que discutem a boa governança e a participação ativa e responsável dos cidadãos na elaboração e execução de políticas públicas.

Em efeito, as inovações introduzidas pelas recentes Constituições latino-americanas para a teoria constitucional revelam-se significativas e estimulantes, tanto no que se refere à proteção da biodiversidade quanto em relação à valorização da sociodiversidade e do pluralismo.

O conceito multifacetado de governança foi ressignificado com as contribuições recentes do pensamento científico, mas não há consenso em torno da sua definição. No entanto, trata-se de um conceito amplamente utilizado para descrever a interação entre governantes e governados, entre diferentes atores e setores da sociedade, tendo na participação o eixo articulador da boa governança.

Diversos acontecimentos, especialmente as mudanças climáticas, a poluição e os riscos de escassez, têm alertado sobre a crise da água, enfatizando a preocupação com o futuro da humanidade e com a continuidade da vida no nosso planeta. Assim, empenham-se esforços para fortalecer a tutela dos direitos à água – no âmbito dos Estados, das relações internacionais e interações transnacionais – e, ao mesmo tempo, busca-se uma nova fundamentação ética para o direito humano à água numa visão intercultural.

Espera-se que a leitura das linhas que se seguem instigue a reflexão sobre a crise ambiental e as diferentes dimensões dos fatores nela envolvidos, de modo a estimular uma revisão crítica e criativa das modalidades de resposta aos problemas e às oportunidades colocados

atualmente pelos interrogativos em torno da sustentabilidade socioambiental, que sirva para ampliar o olhar sobre esses temas, na busca de soluções alternativas.

**Maria de Fátima S. Wolkmer**  
**Milena Petters Melo**  
organizadoras



# LOS RECURSOS HÍDRICOS FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Álvaro A. Sánchez Bravo\*

## 1 Introducción

De manera genérica, denominamos cambio climático a la variación global del clima de la tierra, debida a causas naturales, pero también a la acción del hombre.

Existe consenso en la comunidad científica internacional respecto a que el modo de producción actual y el consumo energético están generando una alteración climática global. Nuestro planeta se calienta, ya que en el transcurrir del siglo XX su temperatura se elevó alrededor de 0,7° C. Pero, como indica el 4º Informe del IPCC,<sup>1</sup> lo más grave es que se sigue calentando cada vez más rápido: 0,2°C por década.

---

\* Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho y Profesor de Política Criminal del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU).

<sup>1</sup> Al detectar el problema del cambio climático mundial, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma) crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) en 1988. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM. La función del IPCC consiste en analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo. El IPCC no realiza investigaciones ni controla datos relativos al clima u otros parámetros pertinentes, sino que basa su evaluación principalmente en la literatura científica y técnica revisada por homólogos y publicada. Una de las principales actividades del IPCC es hacer una evaluación periódica de los conocimientos sobre el cambio climático. El IPCC elabora, asimismo, Informes Especiales y Documentos Técnicos sobre temas en los que se consideran necesarios la información y el asesoramiento científicos e independientes, y respalda la

Las principales conclusiones del Informe apuntan a que el futuro es inquietante. Según los distintos modelos planteados, el aumento de la temperatura en el siglo XXI oscilará entre 1,8 y 4°C. Ello dependerá, dentro de lo problemático y complejo que es prever el clima, de la evolución de la población mundial, de las decisiones tecnológicas (carbón/renovables), del tipo de crecimiento (servicios e información/consumo material).<sup>2</sup>

La inercia física básica del sistema climático significa que el soslayamiento de las advertencias científicas conllevará consecuencias sin precedentes, costosas y potencialmente imposibles de gestionar.<sup>3</sup>

Para limitar el aumento de la temperatura media del planeta a un máximo de 2°C respecto a la época preindustrial, las emisiones globales deben alcanzar su nivel máximo antes de 2020 y, a partir de ahí, reducirse hasta llegar en 2050 a un valor inferior al 50% de los niveles de 1990.<sup>4</sup>

Pero debemos distinguir entre los países desarrollados y los que no o son, pues las responsabilidades son diferentes, así como deben ser las soluciones, y los mecanismos para conseguir resultados.

Los países desarrollados deberán reducir sus emisiones en un 30% para 2020, respecto a los niveles de 1990, y en un 80% para 2050.

Los países en desarrollo deberán limitar, igualmente para 2020, un 15% sus emisiones colectivas. Pero para que ello sea factible deberán conseguir una rápida reducción de las emisiones provocadas por la deforestación tropical, así como a adoptar estrategias de desarrollo bajas en carbono que cubran los principales sectores emisores antes de 2011.<sup>5</sup>

La consecución de estos objetivos requiere evidentemente fuertes inversiones, que como indica el Informe Stern,<sup>6</sup> serán mucho más elevados en caso de inacción. Así el Informe estima que si no actuamos, los costes globales y los riesgos del cambio climático equivaldrán a la pérdida de al

---

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMCC) mediante su labor sobre las metodologías relativas a los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero. [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf)

<sup>2</sup> “Demasiado tarde para quedarse esperando”, en Research eu. *Revista del Espacio Europeo de Investigación*, n. 52, junio 2007, p. 8.

<sup>3</sup> *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones*. Hacia la consecución de un acuerdo a gran escala sobre el cambio climático en Copenhague. COM (2009) 39. Bruselas. 28.01.2009.

<sup>4</sup> IP/09/141. Bruselas. 28.01.2009.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> <http://www.ambientum.com/documentos/general/resumeninformestern.pdf>

menos un 5% del PIB global anual, ahora y siempre. Teniendo en cuenta una mayor diversidad de riesgos e impactos, las estimaciones de los daños podrían alcanzar un 20% o más del PIB.

Si se pretenden reducir las emisiones las inversiones adicionales mundiales netas tendrán que incrementarse en 175.000 millones de euros anuales en 2.020. Ello implicará configurar un nuevo sistema de ayudas y de financiación internacional que permita a cada Estado adaptarse a las consecuencias inevitables del cambio climático según sus potencialidades y peculiaridades.

Superar los 2°C implicará un aumento de la escasez de alimentos y de agua, de los fenómenos meteorológicos extremos, y un agrave amenaza para los ecosistemas únicos. Ahora bien, no todo es negativo. Si decidimos actuar, y actuar bien, se abrirán nuevas oportunidades de solucionar conjuntamente el cambio climático, la seguridad energética y la recesión económica. Como ha señalado la Comisión Europea, “*Controlar el cambio climático necesitará significativas inversiones públicas y privadas y ayudará a la transición hacia una economía hipocarbónica, lo que abrirá nuevas posibilidades de crecimiento y empleo y fomentará el desarrollo sostenible*”.<sup>7</sup>

### **Iniciativas de lucha contra el cambio climático en la Unión Europea**

Bajo la denominación “*Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*”,<sup>8</sup> se establecieron a comienzos de 2005, las bases de la estrategia comunitaria sobre el cambio climático que, sobre la base del estudio de sus efectos y de los costes y beneficios de una actuación en este campo, debería integrar una serie de medidas, que tengan en cuenta cuatro ámbitos distintos: el cambio climático en si mismo y la voluntad política de hacer frente al mismo, la participación internacional en la lucha contra el cambio climático, la innovación necesaria para un cambio en los métodos de producción y utilización de la energía y la adaptación de los países a los efectos inevitables del cambio climático.

---

<sup>7</sup> COMUNICACIÓN... cit. COM (2009) 39. Bruselas. 28.01.2009.

<sup>8</sup> Comunicación de la Comisión, de 9 de febrero de 2005, “*Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*”, COM (2005) 35. DOUE C 125. 21.05.2005.

Las acciones que se planteaban eran:

- Garantizar la aplicación inmediata y efectiva de las políticas de reducción de emisión de gases establecida por Kioto. Dichas medidas son las relativas a la modificación del abastecimiento energético, la política de transportes y la promoción de las ecotecnologías;
- sensibilización y educación ambiental para permitir la modificación de los hábitos ciudadanos;
- intensificar y orientar la investigación para mejorar los conocimientos sobre el clima y sus repercusiones; así como el desarrollo de estrategias de reducción y evitación de sus efectos;
- cooperación con terceros países, especialmente con los países en desarrollo, para propiciar una adecuada colaboración científica y de tecnologías respetuosas con el clima.

Con el propósito de concretar las medidas establecidas en 2005, se elaboró en 2007, por parte de la Comisión una Comunicación,<sup>9</sup> con el objetivo de reducir el calentamiento global a 2°C. Con el mismo objetivo, se presentó por la Comisión una Comunicación<sup>10</sup> sobre energía. En ambas se instaba al resto de las instituciones comunitarias a asumir:

– Un compromiso independiente de la UE para reducir la menos en un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2020 en comparación con los niveles de 1990 y el objetivo de una reducción del 30% de aquí a 2020, si se concreta un acuerdo internacional global sobre el cambio climático.

– Un objetivo obligatorio para la UE 20% de energía renovable de aquí a 2020, incluyendo un objetivo del 10% de biocombustibles.

---

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, “*Limitar el calentamiento mundial a 2° C. Medidas necesarias hasta 2020 y después*”. COM (2007) 2.

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, “*Una política energética para Europa*”, COM (2007) 1; y Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, “*Programa de trabajo de la energía renovable. Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible*”. COM (2006) 848.



En materia de *lucha contra el cambio climático* se asumía, por primera vez, la necesidad de desarrollar una política de captura y almacenamiento geológico de carbono. Igualmente se optaba por reforzar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en los siguientes extremos: ampliando el régimen a otros gases y sectores; armonizando los procedimientos de atribución de cuotas, aumento de la duración de atribución de éstas a más de cinco años; y relacionar el régimen comunitario de comercio con otros sistemas obligatorios compatibles existentes en otros Estados.

En materia de transporte, se instaba a la inclusión de los transportes aéreos en el mecanismo de mercado, así como a la modulación de los impuestos de turismos en función de sus emisiones de CO<sub>2</sub> (ya se aplica en España).

El 23 de enero de 2008, en la presentación del paquete de propuestas para cumplir el compromiso del Consejo Europeo de luchar contra el cambio climático e impulsar las energías renovables, señalaba el Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durao Barroso: “*Responder al desafío del cambio climático es la prueba política suprema para nuestra generación. Nuestra misión, es más, nuestro deber, es proporcionar el marco político adecuado para que la economía europea se desarrolle en un entorno favorable y seguir liderando la actuación internacional para proteger nuestro planeta. Este paquete de propuestas no sólo responde a ese desafío, sino que tiene la respuesta adecuada al reto de la seguridad energética y es una oportunidad que podría permitir crear miles de nuevas empresas y millones de puestos de trabajo en Europa. Debemos aprovecharla*”.<sup>11</sup>

En la elaboración de las propuestas interactuaron dos factores: una consideración de la situación que permita alcanzar los objetivos de la forma más rentable posible; el esfuerzo que se exige a determinados Estados e industrias es proporcionado, equilibrado y adaptado a las propias peculiaridades de cada uno.

Las medidas que ya adoptaron se fundamentan en cinco criterios claves:

---

<sup>11</sup> IP/08/80 Bruselas. 23 de enero de 2008.

- Los objetivos deben ser cumplidos. Las propuestas deben ser efectivas y lo suficientemente sólidas para ser creíbles y contar con instrumentos para su supervisión y cumplimiento.
- El esfuerzo que deben desarrollar cada uno de los miembros de la Unión Europea debe ser justo, con la flexibilidad suficiente para considerar las peculiares circunstancias y posibilidades de cada uno.
- Los costes de la adaptación a los nuevos escenarios deben minimizarse, y deben tenerse presente a la hora de diseñar los mecanismos para conseguir aquélla.
- La UE debe continuar su liderazgo a partir de 2020, y lograr la reducción total de emisiones de gases a la mitad en 2050.
- Debe propiciarse, sin demora, un acuerdo internacional amplio para reducir las emisiones de gases de efectos invernadero. En tal sentido, la UE está en disposición de lograr el objetivo de reducción del 30%, en lugar del 20% que se ha fijado.

Las medidas adaptadas, vinculadas entre si son:

1. Directiva para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.<sup>12</sup>
2. Decisión sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020.<sup>13</sup>
3. Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> *Directiva 2009/29 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. DOUE L 140. 05.06.2009.

<sup>13</sup> *Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020. DOUE L 140. 05.06.2009.

<sup>14</sup> *Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. DOUE L 140. 05.06.2009.

4. Directiva relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono.<sup>15</sup>
5. Directiva con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.<sup>16</sup>

### **Previsiones del IPCC para Europa en materia de cambio climático y agua**

El informe de la AEMA “*Water resources across Europe – confronting water scarcity and droughten*”<sup>17</sup> señala que en Europa en su conjunto, el 44% de la captación de agua se emplea para la producción de energía, el 24% para agricultura, el 21% para el abastecimiento público y el 11 % para actividades industriales. No obstante, estas cifras ocultan diferencias significativas por lo que al uso del agua se refiere desglosado por sectores. En el sur de Europa, por ejemplo, la agricultura representa hasta el 60 % del total de agua captada, llegando hasta el 80 % en ciertas zonas.

En Europa, las aguas superficiales como ríos y lagos, suponen el 81 % del agua dulce total captada y son la principal fuente de agua para la industria, la energía y la agricultura. Por el contrario, las redes de abastecimiento público de agua dependen en gran medida de las aguas subterráneas, debido en general a su mayor calidad. La práctica totalidad del agua utilizada para la producción de energía vuelve a las masas de agua, al contrario de lo que ocurre con el agua utilizada para la agricultura.

La desalinización no ha tardado en convertirse en una alternativa a las fuentes de agua convencionales, especialmente en las regiones de Europa afectadas por estrés hídrico. Sin embargo, sus elevadas necesidades energéticas y las salmueras resultantes del proceso deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar el impacto global de la desalinización sobre el medio ambiente.

---

<sup>15</sup> Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE L 140. 05.06.2009.

<sup>16</sup> Directiva 2008/101/del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. DOUE L 8. 13.01.2009.

<sup>17</sup> <http://www.eea.europa.eu/es/pressroom/newsreleases/sequia-y-consumo-excesivo-de-agua-en-europa>

El IPCC, en su Documento Técnico relativo al Agua,<sup>18</sup> señala como el calentamiento observado en las últimas décadas está relacionado con los cambios acaecidos en los ciclos hidrológicos. Como consecuencia de ello, las previsiones apuntan que la escorrentía fluvial y la disponibilidad de agua disminuirán en la cuenca mediterránea, pero podrán aumentar en las latitudes altas.

La intensidad y la variación de las precipitaciones implicarán un nuevo escenario de riesgos evidentes de inundaciones y sequías en numerosas áreas, lo que tendrá una notable influencia en la cantidad y calidad del agua y agudizarán, la polución de la misma. Además, tendrá un efecto directo en la disponibilidad, estabilidad, accesibilidad y utilización de alimentos.

En Europa, la sensibilidad al cambio climático presenta unas notables variaciones entre el Norte y el Sur, pareciendo constatar los datos e informes que será la Europa Meridional la más afectada. El clima, ya cálido y semiárido, de Europa meridional se calentará y resecará aún más. La precipitación estival disminuirá en Europa central y oriental, agravando ya su existente estrés hídrico.

Respecto a los cambios previstos, y siguiendo el Documento Técnico precitado, pueden agruparse en:

1. AGUA. En todos los escenarios previstos por el IPCC, la precipitación anual media aumentará en el norte de Europa y disminuirá en el sur. Sin embargo, el cambio de las precipitaciones variará sustancialmente de unas a otras estaciones y de unas regiones a otras en función de la circulación de las corrientes a escala global y de la carga de vapor de agua.

La estacionalidad de los caudales aumentará, con más caudal en la estación de máximos valores, y menores, en las estaciones de valores mínimos o sequía prolongada. El deshielo de los glaciares provocará, al principio, un aumento de los caudales de los ríos en las áreas alpinas. Como contravalor, disminuirá el caudal estival hasta un 50% en Europa central, y hasta un 80% en algunos ríos de Europa meridional.

Las regiones más proclives a sufrir sequías son las mediterráneas, y parte de Europa central y oriental, donde se prevé además un aumento de demanda de agua para riego. Ello obligará al desarrollo de planes

---

<sup>18</sup> Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático. *El cambio climático y el agua*. Documento Técnico VI del IPCC. OMM y Pnuma. Junio 2008.

contundentes para la correcta gestión del suelo y un uso sostenible del mismo.

En lo tocante a crecidas y sequías, el riesgo de crecidas aumentaría en todo el continente, especialmente en Europa oriental, Europa septentrional, costa atlántica y Europa central. Las sequías aumentarían sobre todo en la Europa meridional y suroriental.

La conjunción del aumento de las temperaturas y de la disminución de las lluvias veraniegas incrementará las olas de calor y de sequía. En la Europa meridional estos fenómenos intensificarán la evaporación, lo que conducirá inevitablemente a una disminución de la humedad el suelo, y provocará sequías mas frecuentes e intensas.

*Tabla 5.4: Impacto del cambio climático sobre la frecuencia de sequías y crecidas en Europa para diversos intervalos de tiempo y diversos escenarios basados en los modelos ECHAM4 y HadCM3. [GTII, Tabla 12.2]*

Intervalo de tiempo	Disponibilidad hídrica y sequías	Crecidas
<b>Años 2020</b>	Aumento de hasta un 15% de la escorrentía anual en la Europa septentrional, y disminución de hasta un 23% en la Europa meridional <sup>a</sup> Disminución del flujo estival <sup>d</sup>	Aumento del riesgo de crecidas invernales en la Europa septentrional, y de crecidas repentinas en el conjunto de Europa Riesgo de que las crecidas de deshielo se desplacen de la primavera al verano <sup>c</sup>
<b>Años 2050</b>	Disminución de hasta un 20-30% de la escorrentía anual en la Europa sudoriental <sup>b</sup>	
<b>Años 2070</b>	Aumento de hasta un 30% de la escorrentía anual en el norte y disminución de hasta un 36% en el sur <sup>a</sup> Disminución de hasta en un 80% del flujo estival mínimo <sup>c, d</sup> Disminución del riesgo de sequía en la Europa septentrional, aumento del riesgo de sequía en la Europa occidental y meridional. De aquí al decenio de 2070 se prevé que las sequías que actualmente sobrevienen cada 100 años se repitan, por término medio, cada 10 años (o menos) en partes de España y Portugal, región occidental de Francia, cuenca del Vístula en Polonia, y Turquía occidental <sup>e</sup>	Se proyecta que las crecidas que actualmente sobrevienen cada 100 años lo hagan con mayor frecuencia en el norte y nordeste de Europa (Suecia, Finlandia y norte de Rusia), Irlanda, Europa central y oriental (Polonia y ríos alpinos), partes atlánticas de la Europa meridional (España y Portugal), y con menor frecuencia en grandes extensiones de la Europa meridional <sup>e</sup>

<sup>a</sup> Alcamo et al., 2007; <sup>b</sup> Arnell, 2004; <sup>c</sup> Lehner et al., 2006; <sup>d</sup> Santos et al., 2002.

2. **ENERGÍA.** Con un 19,8% de la electricidad generada, la energía hidroeléctrica es una de las principales fuentes de energía renovable de Europa. Las previsiones hasta 2070, es que la generación de energía hidroeléctrica disminuirá un 6%, lo que equivaldría a una disminución del 20-50% en torno al Mediterráneo, un aumento de 15-30% en la Europa septentrional y oriental.

3. **SALUD.** El cambio climático afectará a la cantidad y calidad del agua en Europa. Consecuentemente, se incrementará el riesgo de contaminación de las fuentes de suministros públicos y privados. Tanto los escenarios de precipitación extrema, como los de sequía extrema aumentarán la carga microbiana total del agua dulce, con el riesgo de brote de enfermedades.

4. AGRICULTURA. El aumento de los fenómenos extremos modificará la variabilidad de las producciones agrícolas, reduciendo la producción media. En la Europa mediterránea se prevé un escenario en el que la mayor frecuencia de extremos climáticos durante la fase de desarrollo de determinados cultivos, sumada a una mayor intensidad de precipitación y a una mayor duración de períodos secos, reducirá sensiblemente el rendimiento de determinados cultivos estivales.<sup>19</sup>

5. BIODIVERSIDAD. Los modelos de previsión apuntan a la desaparición de numerosos sistemas. Es probable la pérdida de permafrost en la región ártica, ocasionando la disminución de ciertos tipos de humedales.

Igualmente, una de las consecuencias puede ser un mayor riesgo de floración de algas y una mayor crecimiento de cianobacterias tóxicas en los lagos.

El aumento de las temperaturas provocará probablemente el aumento de especies en ecosistemas de agua dulce del norte de Europa, que disminuirá en partes de Europa suroccidental.

Por su parte, el informe de la AEMA *Water resources across Europe – confronting water scarcity and droughten*<sup>20</sup> pone de relieve que, si bien el sur del continente sigue experimentando los mayores problemas de escasez, el estrés hídrico está aumentando también en lugares del norte de Europa. Además, el cambio climático incrementará la gravedad y la frecuencia de las sequías en el futuro, exacerbando el estrés hídrico, especialmente durante los meses de verano.

“Por lo que al agua se refiere, estamos viviendo por encima de nuestras posibilidades. La solución a corto plazo para la escasez de agua ha consistido en extraer volúmenes cada vez mayores de agua superficial y subterránea. La sobreexplotación no es sostenible. Tiene un gran impacto sobre la calidad y cantidad del agua restante así como sobre los ecosistemas que de ella dependen”. “Hemos de reducir la demanda, minimizar la captación de agua y potenciar un uso eficiente.” afirma Jacqueline McGlade, Directora Ejecutiva de la AEMA.

<sup>19</sup> Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático. *El cambio climático y el agua*, cit., p. 101.

<sup>20</sup> <http://www.eea.europa.eu/es/pressroom/newsreleases/sequia-y-consumo-excesivo-de-agua-en-europa>.

Desplazar la gestión del agua hacia la reducción de la demanda en lugar de hacia el aumento de la oferta implica aplicar políticas y prácticas de gestión diferentes:

- En todos los sectores, incluido el agrícola, las tarifas del agua deberían estar en función del volumen consumido.
- Los gobiernos deberían introducir más planes de gestión de sequía y centrarse en el riesgo más que en la gestión de la crisis.
- Los cultivos bioenergéticos, con un elevado consumo hídrico, deberían evitarse en aquellas zonas en las que haya escasez de agua.
- Una combinación de selección de cultivos y de métodos de irrigación puede mejorar sustancialmente la eficiencia hídrica de la agricultura si se complementa con programas de asesoramiento a los agricultores. Los fondos nacionales y europeos, incluida la Política Agrícola Común de la Unión Europea, pueden jugar un papel importante a la hora de fomentar un uso sostenible y eficiente del agua en la agricultura.
- Las medidas orientadas a sensibilizar a la población, como el etiquetado ecológico, la certificación ecológica o los programas educativos en las escuelas son esenciales para lograr un uso sostenible del agua.
- Es preciso corregir las fugas en la red pública de abastecimiento. En ciertos lugares de Europa, las pérdidas provocadas por las fugas de agua pueden llegar a superar el 40 % del total del abastecimiento.
- La captación ilegal de agua, a menudo para fines agrícolas, es una práctica habitual en determinadas zonas de Europa. Para solucionar el problema es preciso implantar una vigilancia apropiada y un sistema de multas y de sanciones.
- Las autoridades deberían generar incentivos para un uso más generalizado de suministros de agua alternativos, como las aguas residuales tratadas, las “aguas grises” y la recogida de aguas pluviales, a fin de ayudar a mitigar el estrés hídrico.

## Adaptación y mitigación frente al cambio climático: escasez, sequías e inundaciones

El Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente<sup>21</sup> (2002-2012), incluye como una de los cuatro ámbitos de acción prioritarios el cambio climático. Los esfuerzos de la Comunidad por dar respuesta a los retos que plantea el cambio climático se establecían a distintos niveles:

- integrar los objetivos del cambio climático en las distintas políticas comunitarias, especialmente en las políticas de energía y transporte;
- reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por medio de medidas específicas con el fin de mejorar la eficiencia energética, utilizar mejor las energías renovables, fomentar los acuerdos con la industria y ahorrar energía;
- desarrollar un comercio de derechos de emisión a escala europea;
- mejorar la investigación en el ámbito del cambio climático;
- mejorar la información facilitada al ciudadano en materia de cambio climático;
- examinar las subvenciones energéticas y su compatibilidad con los desafíos que plantea el cambio climático;
- preparar a la sociedad para el impacto del cambio climático.

Con anterioridad, la Directiva Marco de Aguas de la Unión Europea,<sup>22</sup> establece y diseña el nuevo y unificado marco de gestión del agua con el fin de prevenir y reducir su contaminación, fomentar su uso sostenible, proteger el medio acuático, mejorar la situación de los ecosistemas acuáticos y paliar los efectos de las inundaciones y de las sequías.

Ahora bien, aunque no establece ninguna previsión específica relativa al cambio climático y sus impactos en los recursos hídricos, sin embargo constituye un instrumento clave en las políticas de adaptación, al incluir los requisitos necesarios para hacer frente al mismo.

---

<sup>21</sup> *Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente. DOUE L 242. 10.9.2002.

<sup>22</sup> *Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOUE L 327. 22.12.2000.



Con base en las previsiones de la Directiva Marco, se desarrollaron otras iniciativas muy vinculantes relacionadas con el agua, y que presentan una conexión directa con las cuestiones relativas al cambio climático. Van referidas a las inundaciones, y posteriormente a la escasez de aguas y sequías. Siguiendo las propias consideraciones de la Comisión, transcribimos los elementos relevantes de ambas normas.

### **Inundaciones**

Entre 1998 y 2004, Europa sufrió más de 100 inundaciones importantes que causaron unos 700 muertos y obligaron al desplazamiento de alrededor de medio millón de personas y que ocasionaron unas pérdidas económicas, cubiertas por seguros, de por lo menos 25 000 millones de euros.

Las inundaciones son un fenómeno natural que no puede evitarse. Sin embargo, su probabilidad y sus efectos se ven incrementados por causa de la actividad humana. Los riesgos de inundación y la importancia de los daños por ellas ocasionados van a aumentar en el futuro, debido principalmente al cambio climático, a la inadecuada gestión de los ríos, a la edificación de construcciones en las zonas inundables y al ascenso del número de personas y de bienes presentes en esas zonas.

La mayor parte de las cuencas hidrográficas de Europa están compartidas entre varios países. Resulta por ello más eficaz emprender una acción a escala comunitaria, ya que con ella es posible evaluar mejor los riesgos y coordinar las distintas medidas adoptadas por los Estados miembros.

En 2007, se aprueba la Directiva relativa a las inundaciones,<sup>23</sup> cuyo objetivo fundamental es crear un marco común que permita evaluar y reducir en la Unión Europea (UE) los riesgos de las inundaciones para la salud humana, el medio ambiente, los bienes y las actividades económicas.

La Directiva cubre todo tipo de inundaciones, desde las que afectan a riberas y zonas costeras de la UE, hasta las ocasionadas en medio urbano por la escorrentía o por la saturación de la red de evacuación de aguas.

Las medidas contempladas para la prevención y gestión de los riesgos se organizan por demarcaciones hidrográficas. Estas demarcaciones, que

---

<sup>23</sup> *Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación. DOUE L 288. 06.11.2007.

pueden abarcar varias cuencas hidrográficas, son las que se establecen en la Directiva Marco del agua. Las medidas prevén principalmente la realización de una evaluación preliminar de los riesgos, la confección de mapas de las zonas de riesgo y la elaboración de planes de gestión de las inundaciones.

Los Estados miembros deben proceder no después del 22 de diciembre de 2011 a una evaluación preliminar de los riesgos por cada demarcación o porción de demarcación hidrográfica situada en su territorio. Dicha evaluación ha de incluir, entre otra información, los datos referentes a la ubicación de las cuencas hidrográficas dentro de las demarcaciones, a las inundaciones sufridas en el pasado, a la probabilidad de inundaciones futuras y a las consecuencias que se prevea pueden tener éstas.

Basándose en esa evaluación, los Estados miembros deben clasificar cada cuenca hidrográfica como «zona de riesgo potencial significativo» o como «zona sin riesgo potencial significativo». Tanto la evaluación como la clasificación resultante de ella deben ponerse a disposición del público y han de revisarse, por primera vez no después del 22 de diciembre de 2018 y, subsiguientemente cada seis años.

Igualmente, los Estados miembros deben cartografiar todas las zonas de riesgo confeccionando mapas que delimiten y clasifiquen esas zonas según su nivel de riesgo (alto, medio o bajo), y que indiquen los daños potenciales que pueda ocasionar una inundación a la población local, a los bienes y al medio ambiente.

Estos mapas, que deben quedar establecidos no después del 22 de diciembre de 2013, tienen que ponerse a disposición del público y han de revisarse cada seis años.

Deben elaborarse y aplicarse por los Estados Miembros, a nivel de demarcación hidrográfica un plan de gestión de los riesgos de inundación. Si la zona considerada se sitúa en varios países, los Estados miembros tienen que cooperar con el fin de llegar, en la medida de lo posible, al establecimiento de un solo plan de gestión.

Los planes deben fijar un nivel de protección adecuado para cada cuenca hidrográfica, subcuenca o franja litoral, y han de establecer medidas que permitan respetar ese nivel de protección.

Las medidas de gestión deben encaminarse a reducir el riesgo de inundaciones y la amplitud de las consecuencias que puedan tener éstas. Su objetivo ha de ser la prevención, la protección y la preparación, y en su

elaboración han de tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes, como la gestión del agua y del suelo, la ordenación del territorio, los usos de la tierra y la protección de la naturaleza. Estas medidas no deben traer consigo un aumento del riesgo de inundación en países vecinos, a menos que hayan sido coordinadas y que los Estados miembros interesados hayan acordado una solución.

Los planes de gestión deben contener cierto número de datos (particularmente, el grado de protección que ofrezcan y las medidas que contemplen), así como mapas que representen los riesgos de inundación en presencia. En el caso de los planes posteriores, ha de incluirse una evaluación de los avances realizados desde la aplicación del plan anterior.

Los “mapas de riesgo de inundación” y los “planes de gestión” deben ajustarse a la Directiva marco del agua, especialmente en lo que se refiere a la caracterización de las cuencas hidrográficas y a los planes de gestión de éstas, así como a los procedimientos de consulta y de información al público.

Toda parte interesada tiene derecho a participar de forma adecuada en la elaboración de los planes de gestión. Éstos deben completarse y ponerse a disposición del público no después del 22 de diciembre de 2015, y han de revisarse cada seis años.<sup>24</sup>

### Escasez de Agua y Sequía

Como hemos visto anteriormente, la conjunción del aumento de las temperaturas y de la disminución de las lluvias veraniegas incrementará las olas de calor y de sequía. Los problemas vendrán de su insuficiencia, bien por una disminución temporal de la cantidad disponible debido, por ejemplo, a un déficit pluviométrico (sequía), o bien por una situación permanente en la que las necesidades de agua sean superiores a los recursos hídricos explotables (escasez de agua). En la Europa meridional estos fenómenos intensificarán la evaporación, lo que conducirá inevitablemente a una disminución de la humedad el suelo, y provocará sequías mas frecuentes e intensas.

---

<sup>24</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/environment/water\\_protection\\_management/128174\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/128174_es.htm)

<sup>25</sup> *Comunicación de la Comisión*, de 18 de julio de 2007, “Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea” COM (2007) 414. Bruselas. 18.07.2009.

Ante esta constatación, la Comisión elaboró una Comunicación relativa a la escasez de agua y sequía en la Unión Europea.<sup>25</sup>

El punto de partida para una correcto justiprecio de la situación, ha de tener en cuenta una serie de elementos importantes, entre los que cabe destacar los siguientes:

- a necesidad de proseguir la aplicación de la Directiva marco en el sector del agua;
- la ineficacia que suelen presentar a nivel nacional las políticas actuales de tarificación del agua;
- la ordenación del territorio;
- la necesidad de privilegiar medidas que tiendan a ahorrar agua, lo que supone jerarquizar las prioridades tanto en las soluciones que se adopten (para evitar en lo posible el recurso a infraestructuras de abastecimiento suplementarias), como en el destino que se dé al agua (el suministro a las poblaciones es, en este sentido, prioritario);
- la necesidad de actuar de forma integrada y de basarse en información científica.

La Comunicación presenta un abanico de orientaciones que pueden aplicarse a la gestión de los problemas de escasez de agua y de sequía, tanto en el ámbito de la UE como en el de los Estados miembros, y cita una serie de buenas prácticas que existen ya en varios países.

En aplicación del art. 9 de la Directiva marco del agua,<sup>26</sup> los Estados miembros deben fijar un precio justo para el agua gracias, por una parte, a

<sup>26</sup> Artículo 9 Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que “quien contamina paga”. Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

– que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,

– una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que “quien contamina paga”.

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas.

una política de *tarificación* que se base en el análisis económico de los usos y del valor del agua y, por otra parte, a la puesta en marcha de programas que obliguen a medir su consumo.

Para limitar los efectos negativos del desarrollo económico de algunas cuencas hidrográficas y fomentar el uso racional del agua, es necesario hacer más eficaz el reparto de los recursos hídricos y de los fondos a ellos vinculados. En este sentido, debería hacerse hincapié en medidas que permitieran mejorar la ordenación del territorio. Entre ellas se cuentan, de forma especial, las siguientes: integrar los problemas de disponibilidad de agua en la explotación de las tierras agrícolas, aplicar estrictamente la Directiva sobre la evaluación estratégica de los efectos del medio ambiente,<sup>27</sup> efectuar el censo de las cuencas hidrográficas que sufran con frecuencia o de forma permanente problemas de falta de agua y adoptar normas de gestión que sean adecuadas para dichas cuencas.

Además, la financiación de los usos racionales del agua exige, entre otras medidas, las siguientes: perfilar mejor las directrices comunitarias para la financiación de las estructuras de suministro de agua, evaluar si es preciso establecer condiciones ambientales suplementarias previas a esa financiación, financiar con fondos comunitarios medidas sectoriales que contribuyan a una gestión eficaz del agua, garantizar que esos fondos se utilicen de forma adecuada y adoptar a nivel nacional incentivos fiscales que favorezcan el uso racional del agua.

La Comunicación contiene orientaciones concretas para mejorar la gestión de los riesgos de sequía. La Comisión preconiza así, como se prevé en la Directiva marco del agua, que cada Estado miembro elabore un plan

---

2. Los Estados miembros incluirán en los planes hidrológicos de cuenca información sobre las medidas que tienen la intención de adoptar para la aplicación del apartado 1 y que contribuyan al logro de los objetivos medioambientales de la presente Directiva, así como sobre la contribución efectuada por los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no impedirá la financiación de medidas preventivas o correctivas específicas con objeto de lograr los objetivos de la presente Directiva.

4. Los Estados miembros no incumplirán la presente Directiva si deciden no aplicar, de acuerdo con prácticas establecidas, las disposiciones de la segunda frase del apartado 1 y, a tal fin, las disposiciones correspondientes del apartado 2, para una determinada actividad de uso de agua, siempre y cuando ello no comprometa ni los objetivos ni el logro de los objetivos de la presente Directiva. Los Estados miembros informarán en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no han aplicado plenamente la segunda frase del apartado 1.

<sup>27</sup> *Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. DOUE L 197. 21.07.2001.

de gestión de esos riesgos de aquí a 2009 basándose en las buenas prácticas intercambiadas con otros países y en los métodos elaborados a nivel comunitario. La Comisión contempla también la creación de un observatorio y de un sistema de alerta rápida para las sequías (la adopción de su prototipo y de sus disposiciones de aplicación está prevista para no después de 2012), y propone optimizar la utilización del Fondo de Solidaridad de la UE y del Mecanismo Europeo de Protección Civil para permitir que los Estados miembros gravemente afectados por la sequía reciban una ayuda rápida y adaptada.

La Comisión estima que la creación de infraestructuras de abastecimiento de agua suplementarias sólo deberá contemplarse cuando ya se hayan establecido todas las disposiciones preventivas y todas las medidas de ahorro de agua y de eficacia en su uso que sean necesarias. La creación de esas infraestructuras debe sujetarse a condiciones rigurosas, privilegiando las medidas alternativas que tengan por objeto ahorrar agua, minimizando lo más posible el impacto causado en el medio ambiente (por ejemplo, por el almacenamiento o la desviación de masas de agua o por la creación de plantas de desalinización) y garantizando la compatibilidad de estas intervenciones con las otras prioridades medioambientales y energéticas de la UE.

El despilfarro y las pérdidas de agua podrían reducirse aplicando tecnologías y prácticas que permitiesen un uso racional de este bien. La Comisión propugna así, entre otras, las medidas siguientes: establecer normas para los materiales que utilizan agua (particularmente para fines agrícolas), estudiar la conveniencia de una normativa específica para los productos que no consumen energía pero sí agua (por ejemplo, grifos, alcachofas de ducha, inodoros, etc.), integrar las consideraciones relativas al uso del agua en las normas aplicables a los productos y a los edificios, impulsar la investigación, analizar la posible creación de un indicador de eficiencia basado en el uso del agua o establecer acuerdos voluntarios con los sectores que utilizan agua en sus procesos de fabricación.

Es necesario, asimismo, implicar a los consumidores y a los agentes económicos, favoreciendo el nacimiento de una cultura de ahorro de agua en Europa. Para ello, debe estudiarse la adopción de medidas que tengan por objeto informar y responsabilizar a unos y otros, como, por ejemplo, las siguientes: emprender una iniciativa coordinada para el uso racional del agua en las empresas que estén comprometidas en el ámbito de su responsabilidad social, integrar normas de gestión del agua en los sistemas

de garantía de calidad y de certificación, ampliar los sistemas de etiquetado comunitario y prestar apoyo a nivel nacional a los programas de educación, a los servicios de asesoría, al intercambio de buenas prácticas y a las campañas de información que se centren en la disponibilidad del agua.

La toma de decisiones ha de basarse en una información de calidad, lo que obliga a aumentar los conocimientos y mejorar la recogida de datos. Para ello, debería desarrollarse en toda Europa un sistema de información sobre la escasez de agua y las sequías que se basara en el Sistema de Información sobre el Agua (WISE), así como en una evaluación europea anual realizada con indicadores adecuados y en la información facilitada por la iniciativa GMES.<sup>28</sup> Además, es preciso estimular las perspectivas en materia de investigación y desarrollo tecnológico promoviendo las actividades de I+D a través del Séptimo Programa Marco de Investigación, dando una amplia difusión a los resultados de dichas actividades y facilitando su explotación.

En lo relativo a la adaptación y mitigación, debe considerarse el *Libro Blanco de la Comisión sobre adaptación al cambio climático*.<sup>29</sup>

Las razones de la necesidad de actuación a nivel europeo se justifican por la asimetría en las diferentes respuestas de los Estados miembros, y los beneficios de una acción integrada y coordinada a nivel comunitario. Las razones que justifican dicha iniciativa pueden concretarse en:

- El cambio climático tendrá efectos transfronterizos.
- Las medidas de adaptación deberán incorporar necesariamente el valor de la solidaridad, dado los efectos e intensidad en cada una de las regiones geográficas.
- El cambio climático afectará a sectores muy integrados a escala comunitaria a través del mercado único y las políticas comunes.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Vigilancia Mundial del Medio Ambiente y la Seguridad (GMES). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, de 12 de noviembre de 2008, “Vigilancia Mundial del Medio Ambiente y la Seguridad (GMES): por un planeta más seguro”. COM (2008) 748. Bruselas. 12.11.2008.

<sup>29</sup> *Libro Blanco. Adaptación al cambio climático: hacia un marco europeo de actuación*. COM (2009) 147. Bruselas. 01.04.2009.

<sup>30</sup> DOCUMENTO DE TRABAJO DE LA COMISIÓN que acompaña al LIBRO BLANCO. *Adaptación al cambio climático: hacia un marco europeo de actuación*. RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO. SEC (2009) 338. Bruselas. 01.04.2009.

El agua constituye un área prioritaria, dada su fuerte implicación política y la necesidad de determinar las medidas a adaptar, como las ya señaladas respecto a sequías e inundaciones.

## Conclusiones

Como señaló el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea, “*A pesar de los avances realizados, aún queda mucho por hacer para mejorar la gestión de la demanda de agua en el conjunto de Europa y evitar la mala gestión de los recursos hídricos, especialmente en las áreas con escasez de agua. La UE y los Estados miembros deben continuar realizando esfuerzos en los siete ámbitos clave definidos en la presente Comunicación, como la tarificación del agua, la asignación del agua y su financiación, la gestión del riesgo de sequía, las infraestructuras adicionales de suministro de agua, las tecnologías y prácticas de eficiencia hídrica, la difusión de una cultura de ahorro de agua y la mejora de los conocimientos y de la recogida de datos. Se debe prestar especial atención a la aplicación de la Directiva Marco del Agua, a la mejora de la ordenación territorial del suelo, a las medidas de ahorro del agua y de eficiencia hídrica, y a la integración de los asuntos hídricos en todas las políticas sectoriales*”.<sup>31</sup>

Es evidente que queda mucho por hacer. Pero no de cualquier manera. Las opciones no pasan, como algunos sostienen aún, por crear nuevas infraestructuras de almacenamiento de agua para garantizar una demanda siempre insatisfecha y galopante. La opción por modelos de control y austeridad, garantizando las necesidades básicas, es una necesidad acuciante. Una nueva cultura del agua, requiere nuevos mecanismos, y nuevas actitudes.

Como ha señalado la Comisión Europea, “*adaptarse al cambio climático es en gran parte una cuestión de coherencia política, planificación de futuro y una acción constante y coordinada. Sin embargo, el enfoque de que “lo mismo vale para todos” no es la respuesta, ya que cada zona se enfrenta a desafíos diferentes. ... La adaptación requerirá que los Estados miembros sean solidarios entre ellos, para que las regiones más pobres y las más castigadas por el cambio climático también puedan actuar de manera acorde*”.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Informe de seguimiento de la Comunicación sobre la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea COM (2008) 875. Bruselas.

<sup>32</sup> Comisión Europea, *La acción de la UE contra el cambio climático*, cit., p. 21.



Ahora bien, no podemos caer en una postura conformista o relajada pensando que todo está resuelto. La mejor manera de adaptarse es evitando en el origen las causas de los posibles desastres. Para ello, la acción individual y colectiva, resulta imprescindible para ser conscientes que nuestras actitudes, nuestra forma de vida, nuestra forma de consumir no son sólo inadecuadas, sino altamente lesivas para los ecosistemas naturales, y por ende, para nosotros mismos.

La concepción de la naturaleza y de sus mecanismos de funcionamiento desde una visión egoístamente antrópica, no es solo una estupidez, sino el obviar que nosotros y nuestras civilizaciones somos el producto del planeta que nos acoge y ampara. Destruirlo a él, significa un suicidio colectivo.

La generosidad intergeneracional es un valor que hay que seguir fomentando entre los ciudadanos y la clase política. En estas cuestiones no podemos mirar en la relatividad de una vida personal, y mucho menos en el rédito de compromisos electorales. Debemos esforzarnos por mantener aquello que las generaciones anteriores nos legaron, intentar reducir lo que de mal hicieron, e intentar legar al futuro una sociedad mejor y más vivible.

La Unión Europea, una vez más, se muestra precozmente sensible con un problema mundial, e inicia el camino para intentar adaptarse y reducir sus efectos. El objetivo es no estar solos, nuestras inquietudes deben ser las de todos, y las soluciones también. La ayuda a terceros dará buena cuenta de lo bien o mal que se articulan esta iniciativas.

No olvidemos que estamos hablando de cambio climático, pero fundamentalmente de seres humanos. No es sólo una cuestión científica, es sobre todo una cuestión de supervivencia y dignidad para millones de personas del planeta.



# ÁGUAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL (Lei 10.406/2002)<sup>1</sup>

Celso Antonio Pacheco Fiorillo\*

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Texto vinculado à palestra proferida no 8º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental.

\* Livre-Docente em Direito Ambiental pela PUC/SP (1999), Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (1994), Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (1989) e Graduado em Direito pela PUC/SP (1982). É o primeiro professor Livre- Docente em Direito Ambiental do Brasil. Coordenador e do professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação (Mestrado) do Centro Universitário da Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, bem como do curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial do mesmo Centro Universitário. Professor no curso de Mestrado Interdisciplinar em Saúde Ambiental da FMU. Professor visitante/pesquisador na *Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli-ITALIA* e professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar-PORTUGAL (Tutela jurídica do Patrimônio Cultural em face do Direito da Sociedade da Informação). É ainda professor convidado em vários programas de Pós-Graduação (Doutorado / Mestrado / Especialização / Extensão) no Brasil e no Exterior. Assessor científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, parecerista *ad hoc* do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo na Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, professor na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfam. *Miembro Honorario da Escuela Judicial de América Latina*. Coordenador/líder do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente Cultural e a Defesa Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana no Mundo Virtual – CNPq e Pesquisador no Grupo de Pesquisa Sustentabilidade, Impacto e Gestão Ambiental – CNPq/ Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Presidente do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital/Sociedade da Informação da OAB/SP. Professor efetivo nas Escolas Superiores do Ministério Público do Estado de São Paulo, do Estado de Santa Catarina, do Estado do Mato Grosso e do Instituto Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Elaborador, coordenador do e professor no I e II curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil- Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP), no curso de Especialização em Direito Ambiental da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Autarquia Municipal), bem como no curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental do Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (ISMP). Professor do

Dentre os temas desenvolvidos pela nova lei, está o das ÁGUAS<sup>3</sup> curiosamente regrado na Parte Geral, Livro II (Dos bens), Título Único (Das diferentes classes de bens), Capítulo III (Dos bens públicos) – arts. 99, I, e 100 -, assim como na Parte Especial, Livro III (Direito das coisas), Título III (Da propriedade), Capítulo V (Dos direitos de vizinhança), Seção V (Das águas) e Seção VII (do direito de construir) – arts. 1.288 a

---

MBA Direito Empresarial promovido pela Fundace vinculada à Universidade de São Paulo (USP). Diretor de Comunicações, Presidente do Conselho Consultivo/Comissão de Seleção e Membro Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Presidente e coordenador da *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, da *Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão*, da *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo* e da *Revista da Academia Paulista de Direito* (BRASIL). Membro convidado do Conselho Editorial da *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (ESPANHA). Integrante do *Comitato Scientifico do periodico: Materiali e Studi di Diritto Pubblico da Seconda Università Degli Studi Di Napoli*, bem como do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris (*Institut International d'Études et de Recherches sur les Biens Communs*) e Roma (*Istituto Internazionale di Ricerca sui Beni Comuni*). Membro da UCN, *The International Union for Conservation of Nature*.

<sup>2</sup> Ao contrário do antigo Código Civil (Lei 3.071/1916), que estabelecia de forma absolutamente clara, no art. 1º, como DISPOSIÇÃO PRELIMINAR, que o Código regulava “os direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos bens e às suas relações” (grifo meu), o Código Civil em vigor (Lei 10.406/2002) é omissivo no sentido de esclarecer os direitos e as obrigações que regula, tendo seu primeiro artigo disciplinado a capacidade da pessoa (art. 2º do Código de 1916) como aspecto inicial a ser considerado na legislação “nova”. Todavia adotamos a visão de Nelson Nery Junior e Rosa Maria De Andrade Nery (*Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados*, 2002, Revista dos Tribunais), que entendem que o Código Civil regula as relações jurídicas civis, vale dizer, as relações jurídicas entre as pessoas naturais e jurídicas entre si e em face das coisas que possam ser de sua titularidade. Dispõe, também, sobre temas centrais fundamentais do Direito Comercial, unificando, por assim dizer, o direito obrigacional. Nem todas as relações jurídicas de direito privado são regidas pelo CC, pois, por exemplo, as relações trabalhistas e as de consumo têm regulamento próprio, na CLT e no CDC, respectivamente. Pode-se afirmar, também, que as relações jurídicas mercantis que permanecem regidas pelo CCom (comércio marítimo) e leis esparsas (v. g., sociedades anônimas), continuam sob esses regimes especiais. O CC se aplica subsidiariamente; entretanto, quando a norma invocada for compatível com o sistema da lei especial”. Claro está que, de qualquer forma e em face de qualquer outro posicionamento doutrinário, todos os subsistemas jurídicos (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, etc.) devem obediência ao sistema constitucional, sendo verdadeiramente despicienda qualquer outra análise que não venha a observar o comando da Carta Magna.

<sup>3</sup> Composta de dois elementos químicos (conforme demonstrado por Antoine-Laurent Lavoisier no século XVIII), o hidrogênio e o oxigênio, a água é um composto químico contendo dois átomos de hidrogênio e um átomo de oxigênio (H<sub>2</sub>O) – observando-se todavia que, dependendo de alguns fatores, como, principalmente, a temperatura, podemos encontrar misturas em diversas proporções de: H<sub>2</sub>O; H<sub>4</sub>O<sub>2</sub>; H<sub>6</sub>O<sub>3</sub>, e daí alguns especialistas sugerirem,

1.296 e 1.309/1.310 -, repetindo visão do século passado (que tinha como substrato ideológico o século XIX), como se as normas do século XXI, principalmente para o Brasil e em face de sua estrutura de águas,<sup>4</sup> pudessem

---

nos dias de hoje, que as moléculas de água deveriam ser representadas por  $(H_2O)_n$ , indicando agrupamento de  $n$  moléculas de água – sendo a substância mais abundante sobre o globo terrestre e o constituinte essencial à vida. A água existe nos três estados da matéria: gás, sólido e líquido. A forma gasosa, a saber, o vapor de água, é preponderante na atmosfera; o estado sólido apresenta-se em cerca de dez formas cristalinas diferentes (uma das estruturas de gelo mais frequentes consiste em um cristal molecular), observando-se ainda, conforme nos informa o *Dicionário de Ciências*, sob a direção de Lionel Salem, que a água líquida tem a propriedade de ser transparente (incolor) em pequenas espessuras e azul em grandes espessuras, sendo a fase mais estudada por ser o solvente de maior utilidade tanto na indústria como na vida cotidiana. O ciclo da água ou hidrológico está ligado ao ciclo energético terrestre, ou seja, à distribuição da energia proveniente do Sol, que é a responsável pelo transporte da água do mar e da própria Terra para grandes altitudes, de onde se derrama, na forma de chuva e de neve, sobre os continentes, conforme ensina Samuel Murgel Branco. A energia calorífica do Sol aplicada à superfície das águas (oceanos, lagos ou do próprio solo úmido) produz a sua evaporação (enriquecimento do ar em vapor), que, uma vez não absorvida pelo ar, condensa-se, voltando ao estado líquido; da totalidade das chuvas que caem à superfície da Terra, somente 30% escoam diretamente para os rios, ficando a maior parte infiltrada no solo, preenchendo os espaços vazios existentes entre os grãos de argila, de areias ou de rochas mais consolidadas (águas subterrâneas).

<sup>4</sup> A bacia amazônica é a maior bacia hidrográfica do mundo, com uma drenagem de 5,8 milhões de km<sup>2</sup> sendo 3,9 milhões no Brasil (o rio Amazonas é responsável por 20% da água doce despejada anualmente nos oceanos por todos os rios do mundo, sendo o maior do mundo em volume de água). A bacia do Prata é a segunda maior bacia da América do Sul, drenando uma área correspondente a 10,5% do território brasileiro, com 3,2 milhões de km<sup>2</sup>. A bacia do rio São Francisco é a terceira bacia hidrográfica do Brasil e a única totalmente brasileira drenando uma área de 640.000 km<sup>2</sup> e ocupando 8% do território nacional. A bacia Araguaia-Tocantins drena 767.000 km<sup>2</sup> sendo certo que, ao longo do litoral brasileiro, existem pequenas bacias hidrográficas denominadas bacias do Atlântico Sul, divididas em três trechos: Norte-Nordeste, Leste e Sudeste. Merecem também grande destaque as águas subterrâneas em nosso País (responsável pelo abastecimento de 72% dos 645 municípios do Estado de São Paulo, segundo a Cetesb, sendo 47% inteiramente abastecidos pelas águas subterrâneas, como as cidades de Ribeirão Preto, Catanduva, Caçapava, etc.), e particularmente o Aquífero Guarani, maior manancial de água doce subterrâneo transfronteiriço do mundo, localizado na região centro-leste da América do Sul, que ocupa uma área de 1,2 milhões de km<sup>2</sup>, estendendo-se pelo Brasil, Paraguai, Uruguai e pela Argentina, e que se constitui em importantíssima reserva estratégica para o abastecimento da população, para o desenvolvimento das atividades econômicas e de lazer. Em volume d'água, a maior cachoeira do mundo está localizada na fronteira entre o Brasil e a Argentina – as Cataratas do Iguaçu (que significa “água grande”, na língua dos índios guaranis –, possuindo uma vazão média de 1.756 metros cúbicos por segundo. As chuvas são, em geral, abundantes no Brasil, com exceção do Sertão Nordestino (semiárido – quente com chuvas escassas e mal-distribuídas, local onde se encontra o polígono das secas): ocorrem chuvas o ano todo na Amazônia (clima equatorial), no verão, no Brasil Central (clima tropical quente e úmido ou sub-úmido), assim como no Sudeste (tropical de altitudes) e Sul (subtropical ou temperado quente).

continuar adstritas a valores bem como a concepções pensadas e criadas em momento histórico e dentro de uma cultura absolutamente diferente do momento e cultura dos dias atuais.<sup>5,6,7</sup>

<sup>5</sup> É muito interessante a lembrança de Martin Wolff ao destacar que “en el antiguo derecho alemán, las aguas, igual que los bosques, son de uso de todos os naturales de la comarca o nacion”. Por outro lado, sublinha: “El derecho romano preveía el uso público sólo para las aguas de corriente constante: los *flumina perennia* se consideran como *flumina publica*; los rios que, intermitentemente, se secan y los riachuelos (rivi) no se prestan para el uso público, y son *privata*. También esta distinción pasó al derecho común alemán”. Vide *Derecho de Cosas*, por Martin Wolff, volumen primero, Bosch, Barcelona, 1971, *passim*.

<sup>6</sup> O tema das águas era estabelecido no Código Civil de 1916 tanto na Parte Geral, Livro II (Dos bens), Título Único (Das diferentes classes de bens), Capítulo III (Dos bens públicos e particulares) como na Parte Especial, Livro II (Direito das coisas), Título II (Da propriedade), Capítulo II (Da propriedade imóvel), Seção V (Das águas – arts. 563 a 568, e Do direito de construir – arts. 584 e 585).

<sup>7</sup> Como explicam Francisca Neta A. Assunção e Maria Augusta A. Bursztyń, integrantes do Centro de Desenvolvimento Sustentável da UnB, datam da época do Brasil Colônia as primeiras normas legais que afetavam direta e indiretamente os recursos hídricos do Brasil, a saber: 1) Ordenações Afonsinas e Filipinas – bastante avançadas para sua época, pois foram elaboradas para a Península Ibérica, que convivia com escassez de água; 2) a proibição, pelos holandeses, do lançamento de bagaço de cana nos rios e açudes pelos senhores de engenho; 3) as Cartas Régias de 1796 e 1799, a primeira criando a figura do “juiz conservador das matas”, e a segunda proibindo o corte da floresta e a derrubada de algumas espécies madeiras de valor comercial; 4) a Ordem de 9 de abril de 1809, que prometia liberdade aos escravos que denunciasses os contrabandistas de madeira (pau-brasil e tapinhoã); 5) a Lei 317, de 1843, que previa multa e apreensão das embarcações que fossem encontradas com contrabandos de pau-brasil; e 6) a Lei 601, chamada “Lei das Terras”, que estabelecia pena de prisão de dois a seis meses e multa de “cem mil-réis” pela derrubada e queimada das matas. Explicam a pesquisadora e a professora que, “com a proclamação da República, a maior parte dos dispositivos legais vigentes, da época do Brasil Colônia, foram extintos e novas leis foram elaboradas e aprovadas, como o Código Penal brasileiro (estabelecido pelo Decreto 847, de 11-10-1890), que previa pena de prisão para a pessoa que *envenenasse fontes públicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes e víveres destinados ao consumo, e corrompesse a água potável de uso comum ou particular, tornando-a impossível de beber ou nociva à saúde*”. Destacam as autoras do artigo “As políticas das águas no Brasil” que o governo “só veio se preocupar com a elaboração de normas legais que regulamentassem atividades produtivas (mineração, agricultura e pesca) e normatizassem a utilização de recursos naturais, como floresta e água, a partir de 1906”, sendo que, no caso dos recursos hídricos, o Projeto do Código de Águas foi elaborado no ano seguinte (pelo jurista Alfredo Valladão, a pedido do Ministro da Indústria, Viação e Obras Públicas) e encaminhado à Câmara dos Deputados para apreciação. Mas a edição do Código de Águas só veio a ocorrer quase três décadas depois, devido a sua inadequação tanto aos dispositivos da Constituição Federal vigente, quanto aos problemas relacionados às secas periódicas que ocorriam no semi-árido nordestino” (grifos nossos). De fato o Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, Decreto do Governo Provisório com força de lei, elaborado com base em legislações vigentes na Europa, principalmente França e Itália, que são países de clima úmido, criou um Código de Águas em certa medida inadequado para a realidade brasileira, o que demonstra ser costume no Brasil a elaboração de leis no plano civil sempre com “espírito europeu” e nunca verdadeiramente destinadas aos interesses dos brasileiros.

Com efeito, conforme ensina Maria Helena Diniz,<sup>8</sup> “ante o grande valor das águas pelo papel que têm na satisfação das necessidades humanas<sup>9</sup> e no progresso de uma nação,<sup>10</sup> impõe-se a existência de normas idôneas para atender a esses reclamos e solucionar os conflitos que, porventura, surgirem”.

De fato, a alegada existência de normas idôneas, vinculadas a delimitar juridicamente o grande valor das águas na satisfação das necessidades de brasileiros e estrangeiros residentes no País, encontra verdadeiro amparo nos dias de hoje, fundamentalmente na Constituição Federal de 1988, devendo os subsistemas jurídicos obedecer às diretrizes maiores da Carta Magna.

---

<sup>8</sup> *Curso de direito civil brasileiro: Direito das Coisas*. 14. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 224. v. 4.

<sup>9</sup> Como fator indispensável à manutenção da vida de todos os seres terrestres, a água é utilizada na irrigação dos solos, na dessedentação de animais de criação e no abastecimento das cidades, aspecto mais complexo nos dias de hoje na importante visão de Samuel Murgel Branco. Todavia merece destaque, como lembra Ilza Araujo Leão de Andrade, docente da UFRN, a importância da água para os brasileiros sobretudo como um bem necessário à vida. Explica a professora em seu artigo “A política de águas no Nordeste: o conflito entre o público e o privado e as tentativas de democratização de gestão”, que “o nordeste brasileiro convive com índices extremos de escassez que atingem o próprio consumo humano, tornando o acesso à água uma questão de sobrevivência e um elemento primário no rol das necessidades básicas da população” (grifos nossos), principalmente a que se encontra localizada na região semiárida onde o problema é quase uma constante. O Nordeste, segundo a autora, possui a segunda maior concentração de população do País e tem apenas 3% dos recursos hídricos nacionais (grifos nossos), estando boa parte do seu território localizado no ‘polígono das secas’. Os estados do Ceará, Rio Grande do Norte, da Paraíba e de Pernambuco, por exemplo, têm mais de 80% do seu território circunscrito no polígono”.

<sup>10</sup> A agressão dos Estados Unidos contra o Iraque também foi pela água (além do petróleo), conforme ficou demonstrado no 1º Fórum Alternativo Mundial realizado em Florença – Itália. O Iraque é o país do Oriente Médio mais rico em água, sendo certo que o controle da área significa o controle da água em toda a região. É fundamental ressaltar que há mais de sete mil anos os rios Tigre e Eufrates, cujas nascentes se encontram na Turquia, vêm garantindo a irrigação dos campos no grande planalto da Mesopotâmia (que significa “a terra entre os rios”), berço das primeiras cidades da história. Vale lembrar que, após a 1ª Guerra do Golfo, ocorreu uma grande discussão internacional a respeito da possível construção de um “Aqueduto da Paz”, que levaria a água do Tigre e do Eufrates até os países do Golfo Pérsico e, por extensão, até Israel, país que atualmente controla toda a água do vale do Rio Jordão, utilizando 80% dos recursos hídricos palestinos (a disponibilidade média de água *per capita* é de 260 litros diários para os israelenses e de 70 litros para os palestinos, sendo certo que para cavar poços é necessária a autorização do Exército israelense). Destarte fica impossível evitar as disputas políticas para o controle da água em todo o mundo, disputas que normal e historicamente se transformam em guerras...

Destarte, a água, ao ser definida constitucionalmente como exemplo didático de “bem essencial à sadia qualidade de vida”, passou a ser caracterizada juridicamente como bem ambiental (art. 225 da Constituição Federal),<sup>11</sup> levando o legislador a definir, no plano infraconstitucional imediatamente ligado ao comando da Carta Magna, “as águas interiores, superficiais e subterrâneas” assim como “os estuários” e “o mar territorial” como recurso ambiental não só em face da Lei 9985/2000 (Lei de Unidades de Conservação da Natureza, que regulamentou o art. 225, § 1º, I, II, III e VII, da Constituição Federal), como evidentemente em decorrência do que determina a Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).<sup>12</sup>

Por via de consequência, a água, por determinação superior, repita-se, passou a ser regrada em face de relações jurídicas disciplinadas a partir do comando constitucional, ou seja, normatizada em função de sua natureza jurídica (natureza jurídica de bem ambiental conforme indicado no mencionado art. 225 da Carta da República) e harmonizada à ordem econômica do capitalismo (art. 1º, IV, e 170 e s. da Carta Maior). Daí a possibilidade de inserir a água, como bem ambiental, em diversas relações

---

<sup>11</sup> O bem ambiental, conforme explica o art. 225 da Constituição Federal, “é de uso comum do povo”, ou seja, ninguém no plano constitucional pode estabelecer relação jurídica com o bem ambiental que venha a implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental, de forma absolutamente livre, tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana no plano individual ou metaindividual), além do direito de usar o bem ambiental. Enfim, a Constituição Federal do nosso país (a única que faz referência expressa ao bem ambiental, inexistindo qualquer menção em outras Cartas mais recentes, como a de Portugal – 1976, ou mesmo a da Espanha – 1978) não autoriza fazer com o bem ambiental, de forma ampla, geral e irrestrita, aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade, hipótese muito bem apontada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já tivemos oportunidade de mencionar em nosso *Curso de direito ambiental brasileiro*, 12ª edição, Saraiva, 2012.

<sup>12</sup> Embora a Lei 9.433/97 (Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos), inspirada no modelo francês, tenha criado (ou pelo menos tentado...) uma legislação sobre recursos hídricos (inclusive reconhecendo a água como bem ambiental adaptado à ordem econômica do capitalismo), ficou seriamente comprometida toda sua estrutura, sob o aspecto jurídico, em face da edição da Lei 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas (ANA), entidade destinada exatamente a implementar referida Política Nacional de Recursos Hídricos. Isso porque teria duvidosa constitucionalidade a Lei 9.984/2000, criada para atuar ao largo do Estado Democrático de Direito, dentro de um modelo, além de lesivo, ao que tudo indica, destinado única e exclusivamente a proteger serviços transferidos pura e simplesmente à iniciativa privada.



jurídicas absolutamente adaptadas à ordem econômica do capitalismo (Relações de Consumo, Ordem Econômica etc.), sempre em função da possibilidade de gerenciar seu uso; jamais em face de um “direito de propriedade”.<sup>13</sup>

Cabe sempre lembrar que, como recurso ambiental, a água já era preocupação do mundo greco-romano não só por sua importância vital mas também pela preocupação que havia, originariamente na Grécia, em

---

<sup>13</sup> Quando a atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, entendeu por bem organizar nosso Estado Democrático de Direito, em face dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, garantiu a brasileiros e estrangeiros residentes no País, pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro, a inviolabilidade do direito à propriedade não só na perspectiva dos fundamentos estabelecidos no art. 1º, mas como direito e garantia fundamental em face dos direitos individuais e coletivos, nos termos do inciso XXII (“é garantido o direito de propriedade”), condicionado porém a atender àquilo que a Carta Magna de 1988 chamou de “função social” (art. 5º, XXIII), regra oriunda, ao que tudo indica, do art. 153 da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que no art. 153, *in fine*, estabeleceu sob inspiração do civilista Martin Wolff, o princípio de que “a propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*) e o da “função social da propriedade” (*Gebrauch nach Gemeinem Besten*). Todavia, é importante destacar que EM MOMENTO ALGUM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR DEFINE O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE, ainda que utilize a expressão “propriedade” em várias outras oportunidades. Como produto cultural que é, a Constituição do nosso País, entendeu por bem, ao longo de mais de um século, não estabelecer de forma positivada a definição ou mesmo o conteúdo do instituto, que “está na base do capitalismo”, como afirma GILISSEN, deixando ao legislador infraconstitucional a missão de explicar bem como delimitar o direito de propriedade (caso a caso). Todavia, a interpretação doutrinária do instituto da propriedade em nosso País acabou sendo fortemente “contaminada” por força da enorme influência do subsistema material civil em nossa cultura jurídica (e mesmo na de outros países), evidenciando frequentemente os conceitos e fundamentos elaborados a partir da ideologia triunfante que assegurou a vitória dos valores burgueses tão bem observados no Código de Napoleão, assim como nas legislações dos demais países europeus. O Código de Napoleão, como instrumento normativo importantíssimo destinado a organizar desde o século XIX a ordem econômica europeia e de suas colônias, acabou “inspirando” fortemente nossos doutrinadores e evidentemente as concepções de propriedade estabelecidas no plano jurídico através de nossas Constituições (Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, e 1969). Daí ser relativamente comum enfrentarmos interpretações jurídicas no sentido de que o direito de propriedade no sistema constitucional brasileiro é o direito de propriedade indicado em nosso subsistema civil, subsistema fortemente influenciado a partir do direito regrado no art. 544 do Código de Napoleão. Podemos concluir que, independentemente do conceito de propriedade que se queira observar, não podemos em hipótese alguma confundir as relações jurídicas que envolvem determinados bens vinculados às pessoas humanas, em face da propriedade (propriedade concebida como relação jurídica em que se pode gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem aquilo que for da conveniência ou mesmo vontade de seu proprietário), com as relações jurídicas que envolvem os bens ambientais (relação adstrita única e exclusivamente ao uso do bem por força constitucional), como é o caso da água. Para um estudo mais aprofundado, *vide* nosso *Curso de direito ambiental brasileiro*, Saraiva, 2003.

relacionar as águas à incolumidade físico-psíquica da pessoa humana,<sup>14</sup> justamente no sentido de observar os fatores do meio físico, em face das doenças tanto endêmicas como epidêmicas. Quando Roma conquistou o mundo mediterrâneo, não só assumiu o legado da cultura grega como também a Medicina e as ideias sanitárias gregas, imprimindo, no entanto, como bem observado por George Rosen, às importantes concepções dos gregos seus interesses próprios. Daí a genialidade dos romanos como construtores de sistemas de esgotos e de banhos e de suprimentos de água e outras instalações sanitárias, oferecendo exemplo ao mundo e deixando sua marca na História,<sup>15</sup> particularmente com a construção de aquedutos.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> George Rosen ensina que “a crença na harmonia entre o homem e ambiente se evidencia muito no livro *Ares, Águas e Lugares*. Nunca é demais enaltecer essa obra, o primeiro esforço sistemático para apresentar as relações causais entre fatores do meio físico e doença e, por mais de dois mil anos, o terreno teórico para a compreensão das doenças endêmicas (do grego *endo* + *demo*, designando as doenças endógenas, nativas, que sempre existem dentro de uma população) e epidêmicas (que significam doenças que vêm de fora e cuja prevalência supera os valores habituais, sendo certo que, quando se alastram geograficamente, se tornam pandemias). A esse respeito, não se deu nenhuma mudança fundamental até o final do século XIX, quando as novas ciências da Bacteriologia e da Imunologia se instituíram. O autor de *Ares, águas e lugares* reconhecia a presença contínua de certas doenças na população; chamava-as *endêmicas*, termo que ainda usamos. Sabia, ainda, que a frequência de outras doenças, nem sempre presentes, por vezes aumentava em demasia, chamou-as *epidêmicas*, um termo também corrente. No livro, tenta-se responder à pergunta: ‘Quais são os fatores responsáveis pela endemicidade local?’ Os oito parágrafos introdutórios apresentam e resumem esses fatores essenciais: clima, solo, água (grifo meu), modo de vida e nutrição” (in *Uma história da Saúde Pública*. 2. ed. São Paulo:Ed. da Unesp, p. 37).

<sup>15</sup> 15. A obra *De Aquis Urbis Romae* (Os aquedutos da cidade de Roma), de Sexto Júlio Frontino (c.40 – 104 d.C) é uma das mais importantes como fonte de informação sobre o suprimento de água em Roma.

<sup>16</sup> Os aquedutos de mais remota origem de que há notícia são os pré-históricos e teriam sido construídos na China. Embora existam vestígios de canalização de água encontrados nas antigas cidades da Babilônia, Assíria e Pérsia, assim como na Judeia, foram os romanos que efetivamente desenvolveram técnica apurada visando à obtenção de águas não contaminadas, resolvendo o problema do abastecimento, com a construção dos denominados aquedutos. “Meios caros de captação”, como explica Daniel Roche, os aquedutos “impunham por toda a parte imagem de uma fidelidade romana e monumental, à antiga, de uma grandeza urbana e de uma liberalidade aquática fora do comum e de todas as proporções com as disponibilidades que eles traziam. Seu desaparecimento, entre os séculos V e XII, nos antigos territórios da Gália foi muito mais pela brutalidade das invasões bárbaras do que pelo desaparecimento do urbanismo e a ruralização da civilização. Seu reaparecimento progressivo estava ligado ao esforço conjunto dos poderes leigos e eclesiásticos desejosos de responder às necessidades das novas aglomerações: abastecer os bairros afastados dos rios e lutar contra os incêndios, temíveis das cidades de madeira”. O aqueduto da cidade espanhola de Segóvia, construído nos primeiros anos da era cristã e utilizado até o final do século XX, retrata bem a imagem antes descrita.

Ocorre que, conforme se observa da evolução do papel da água diante das necessidades das pessoas humanas, a tutela jurídica de referido bem ambiental necessita, nos dias de hoje, de uma visão que possa transcender a singela (porém notável à época) hipótese de se regradar juridicamente canais, galerias ou mesmo encanamentos destinados a conduzir a água de um lugar para outro, tendo como destinatários uma população e principalmente uma economia, que em nada lembra a complexidade contemporânea.

Como bem ambiental que é, definida pelo art. 225 da Constituição Federal, a água desde 1988 deixou portanto de ser considerada bem público,<sup>17</sup> sendo incompatíveis com a Carta Magna os arts. 99, I, e 100<sup>18</sup> do novo Código Civil.

---

Trecho final de um sistema de 12 quilômetros que captava água do rio Frio, na vizinha Serra de Guadarrama, e a trazia bem fresca até a parte alta da então romana Segobriga, traça um V ao longo de seus 728 metros de extensão, tendo 118 arcos (mais da metade duplos) e 25.000 blocos de granito encaixados a seco, sem nenhuma argamassa. Fruto da excelente engenharia da época, em que uma única e decisiva pedra, a chave, se encarregava de transferir todo o peso da estrutura para o solo, mantendo-a suspensa, atravessa nos dias de hoje a Plaza del Azoguejo, antigo mercado ao ar livre e atual coração de Segóvia. No Brasil, o Aqueduto da Carioca, também conhecido como os Arcos da Lapa, foi construído no século XVIII (1719/1750) visando ao abastecimento de água na cidade do Rio de Janeiro (fundada exatamente para impedir a ocupação francesa e implantada em lugar estratégico – a entrada da Baía da Guanabara – visando aos futuros combates) diante da dificuldade dos habitantes que, para ter acesso à água, tinham de recorrer ao rio Carioca, situado fora dos limites da cidade. O aqueduto mais famoso do Brasil atravessa o vale entre o morro de Santa Teresa e o morro de Santo Antônio, percorrendo uma extensão total de 6600m, sendo que a parte das arcadas é constituída de duas séries de 42 arcos de volta completa, atingindo 17,60m de altura e 270m de extensão. *Vide História das coisas banais: nascimento do consumo séc. XVII-XIX*, Rocco, Rio de Janeiro, 2000, passim; “*Arcuatam Opus-Arcos da Carioca*”, de José de Souza Reis, bem como “*Vida Urbana*”, de Veríssimo, Bittar e Alvarez.

<sup>17</sup> São bens ambientais os indicados no art. 20 e seus incisos da Constituição Federal. De fato referidos bens, de natureza difusa e pertencentes a todos, devem ser geridos e protegidos pelo Poder Público, assim como pelo cidadão, conforme prevê o art. 225 da Constituição da República. *Vide*, no século XXI, dentre outros, os posicionamentos de Beatriz Souza Costa (“*Meio ambiente como direito à vida no direito comparado*”, Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais– UFMG, 2003), Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (“*A tutela ambiental do ar atmosférico*”, Dissertação de Mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, transformada em livro publicado pela Editora Esplanada, 2002), Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (“*Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental*”, Tese de Doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2001), Filipe Augusto Vieira de Andrade (“*O patrimônio cultural e os deveres de proteção e preservação*”, artigo publicado na obra *Temas de direito urbanístico*, do Caohurb, vinculado ao Ministério Público do Estado de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001), Liliana Allodi Rossit (“*O meio ambiente do trabalho no direito ambiental brasileiro*”, Dissertação de Mestrado

Por outro lado, a água, como bem de natureza jurídica difusa, está, por via de consequência, muito mais agregada à execução de uma política urbana, com a utilização de instrumentos de garantia de tutela do meio ambiente artificial, determinada juridicamente pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001<sup>19</sup> (passando portanto a ser orientada em decorrência dos principais objetivos do direito ambiental constitucional e, em especial, pela realização dos valores estabelecidos pelo art. 1º da Constituição Federal adstritos ao meio ambiente artificial), do que pura e simplesmente vinculada a uma tutela privada adaptada a um arcaico “direito de vizinhança”, de duvidosa constitucionalidade, disciplinador de temas como o da “propriedade de nascente”,<sup>20</sup> o “direito de construção de açudes”,<sup>21</sup> o “direito de aqueduto”<sup>22</sup> ou ainda delimitador de deveres impostos ao possuidor de

---

defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, transformada em livro publicado pela LTr, 2001), Durval Salge Júnior (“*Instituição do bem ambiental no Brasil pela Constituição Federal de 1988*”, Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Metropolitana de Santos – Unimes, 2001) e Rui Carvalho Piva (“*Bem ambiental*”, Dissertação de Mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, transformada em livro publicado pela Editora Max Limonad, 2000).

<sup>18</sup> Ao contrário do que estabelece o art. 100 do novo Código Civil, não existem impedimentos constitucionais no sentido de que os rios e mares possam ser utilizados, como bens ambientais, em proveito da ordem econômica do capitalismo (art. 1º, IV, e 170 e s. da Constituição Federal).

<sup>19</sup> 19. Para uma visão com pormenores, *vide* nosso *Estatuto da Cidade Comentado*, Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2012.

<sup>20</sup> O art. 1.290 do novo Código Civil trata da exótica e inconstitucional figura do “proprietário de nascente”, copiando o art. 565 do Código Civil de 1916, que adotava entendimento, combinado posteriormente com o Código de Águas (Decreto 26.643/34), que a fonte ou nascente (nascentes, para os efeitos legais da época, como as águas que surgem naturalmente ou por indústria humana, e correm dentro de um só prédio particular, e ainda que o transponham, quando elas não tenham sido abandonadas pelo proprietário do mesmo) fazia parte do terreno em que brotava e, por isso, seria também de propriedade do dono do terreno em que estava localizada, assim como a água na extensão em que o atravessava. O art. 1.290 do novo Código Civil, ao adotar o entendimento de que a fonte é propriedade do dono do prédio, autorizando o mesmo a gozar e dispor da água da maneira mais absoluta, viola a Constituição Federal, conforme já tivemos oportunidade de aduzir.

<sup>21</sup> Os açudes (palavra portuguesa de origem árabe) foram e ainda são concebidos como construções (de terra, pedra, cimento, etc.) destinadas a represar águas. Claro está que, em face da atual orientação constitucional, no que se refere à natureza jurídica das águas, torna-se complexa a real possibilidade de alguém ser proprietário do conteúdo do açude, principalmente em locais susceptíveis à desertificação (como no semiárido brasileiro, que representa 57% do território nordestino); não do açude propriamente dito...<sup>22</sup> Como meio pelo qual se transportava a água (canal), o aqueduto foi disciplinado, tanto no Código Civil de 1916 como no Código de Águas de 1934, dentro de uma concepção estruturada em face do direito privado ortodoxo. É importante ressaltar que o sistema constitucional aplicável,

imóvel em face de poluição de águas, institutos jurídicos pensados com base em momento histórico (1916) em que no Brasil possuíamos apenas 27.540.614 habitantes, o que corresponde, no ano 2000, a um número menor que a população do Estado de São Paulo (36.966.527 pessoas).

Destarte, ao continuar a tratar a água, em pleno século XXI, como simples tema adaptado ao “direito de vizinhança”, vinculado ao direito de propriedade, desconsidera o novo Código Civil a realidade brasileira: uma realidade marcada pela necessidade de acomodar quase 170.000.000 de seres humanos com a existência de mais de 1 milhão de pessoas em algumas capitais do País dentro de estruturas em que grande parte das moradias se encontram em “bairros espontâneos”, que necessitam não só de “aquedutos” mas de uma completa e bem-estruturada organização, visando a adequar a pessoa humana ao meio ambiente artificial.

Longe de pretender criticar o notável trabalho desenvolvido pelos juristas idealizadores do novo Código Civil, precisamos lembrar que sem água não existe respiração, reprodução, fotossíntese, quimiossíntese, hábitats e *nichos ecológicos* para a maioria das espécies existentes. A sua ausência ou contaminação implica forma de poluição,<sup>23</sup> cujas consequências não são outras senão degradar diretamente a própria vida.<sup>24</sup>

---

quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, era o da Carta Magna de 1891, elaborado em proveito da República mas ainda delimitado, de forma absolutamente clara, em decorrência dos “dois grandes interesses” que formavam o direito desde a Constituição Imperial de 1824: o Direito Público e o Direito Particular. É clássica a lição de José Antonio Pimenta Bueno, pela oportunidade de estabelecer comentários a respeito da Constituição do Império, ao ensinar que “O Direito Público, *jus publicum, quod ad statum reipublicae spectat*, tem por domínio todas as relações do cidadão com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem à ordem privada”, sendo o Direito Particular, *jus privatum, quod ad singularum utilitatem spectat*, aquele que “tem por domínio as relações que se agitam não entre o cidadão e o Estado, mas entre os indivíduos na razão ou intuito de seus interesses particulares”. A tradicional divisão entre direito público e direito particular refletiu seu conteúdo em todas as Cartas Magnas brasileiras até que a Constituição Federal de 1988, rompendo com a visão tradicional, absolutamente imprestável para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso país, no final do século XX e início do século XXI, estabeleceu a tutela dos direitos difusos e coletivos e a configuração dos bens ambientais como *tertium genus* em face dos bens particulares e dos bens públicos.

Destarte os arts. 1.293, 1.294, 1.295 e 1.296 do novo Código Civil, elaborados em face de uma estrutura jurídica hoje superada, tanto no plano constitucional como no plano infraconstitucional, só poderão ser efetivamente observados e aplicados, no campo normativo, se eventualmente adaptados (se é que possamos adaptar...) às determinações da Carta Maior de 1988, particularmente no que se refere ao art. 225.

<sup>23</sup> O art. 1.309 do novo Código Civil proíbe construções “capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes”, bem como não permite “escavações ou quaisquer outras obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a

Por outro lado, o próprio governo reconhece, atualmente, a necessidade de se combater a fome no Brasil, o que significa visão destinada a combater a sede.<sup>25</sup>

---

água indispensável às suas necessidades normais” (art. 1.310). Referidas regras já estavam disciplinadas de forma bem mais ampla e adequada à realidade brasileira pela própria Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), quando o legislador, ao definir poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente possam afetar recursos ambientais (e dentre eles as águas), também relacionava a poluição à saúde, segurança, ao bem-estar da população, etc.

<sup>24</sup> Um índice mundial de pobreza da água – cuja sigla em inglês é WPI, *Water Poverty Index* – demonstra que algumas das mais importantes nações do mundo, sob o ponto de vista econômico, nem sempre estão bem posicionadas. Desenvolvido por uma equipe de vários pesquisadores, e deixando bem estabelecida a íntima ligação entre pobreza, privação social, integridade ambiental, disponibilidade de água e saúde – apontando a evidente conexão entre “pobreza de água” e “baixa renda” – aludida escala internacional classifica mais de 140 países de acordo com cinco diferentes medidas, a saber: 1) recursos; 2) acesso; 3) capacidade; 4) uso; 5) impacto ambiental. De acordo com a escala mencionada, as dez nações mais ricas em água são Finlândia, Canadá, Islândia, Noruega, Guiana, Suriname, Áustria, Irlanda, Suécia e Suíça; as mais pobres são Haiti, Niger, Etiópia, Eritreia, Malawi, Djibouti, Tchad, Benin, Ruanda e Burundi. Com a maior população da América do Sul, o Brasil obteve 61,2 WPI pontos, com variáveis baixas para uso e meio ambiente, figurando no bloco intermediário alto – ocupa a posição 50 – mas figurando entre os dez piores no que se refere ao acesso à água para sua população, além da China, Índia, Nigéria, Indonésia, Etiópia, Vietnam, Turquia, Paquistão e Congo. Por outro lado, um relatório publicado pela ONU no dia 5 de março de 2003, como parte dos preparativos para o 3º Fórum Mundial da Água em Kioto (Japão), de 16 a 23 de março de 2003, a escassez de água estará afetando em 2050 de 2 bilhões a 7 bilhões de pessoas, dependendo de fatores como o crescimento da população e das medidas tomadas pelos governantes para lidar com a crise de água existente hoje no mundo (reservas de água do planeta estariam secando rapidamente, sendo certo que explosões populacionais, poluição desenfreada e aquecimento global vão combinar-se de tal forma que o suprimento de água por pessoa deverá cair em um terço nos próximos 20 anos). O Nordeste brasileiro é mencionado nas duas projeções antes referidas, embora o Brasil possua, conforme já tivemos oportunidade de indicar no presente trabalho, significativas reservas de água doce do planeta. Num *ranking* de 180 países sobre a quantidade anual de água disponível *per capita*, o Brasil aparece na 25ª posição – com 48.314 m<sup>3</sup> – sendo o país mais pobre em água o Kuwait, estando na outra ponta, excetuando-se a Groenlândia, a Guiana Francesa, como o país de maior oferta (812.121 m<sup>3</sup>), seguida por Islândia (609.319 m<sup>3</sup>), Guiana (316.698 m<sup>3</sup>) e Suriname (292.566 m<sup>3</sup>).

<sup>25</sup> “Não adianta nada atacar a fome sem combater a sede. É preciso ensinar o povo a usar bem a água, porque sem água não se consegue o que comer, afirma o geógrafo Alo Rebouças, Professor da Universidade de São Paulo e Pesquisador do Instituto de Estudos Avançados (Jornal “O Estado de S. Paulo”, 31-01-2003, A7).

<sup>26</sup> 26. No que se refere à tentativa de atualizar o Código de 1916 diz o jurista que “[...] convidado pelo então Ministro da Justiça, Luiz Antonio da Gama e Silva, o primeiro cuidado que tive foi indagar das razões do insucesso de meus antecessores. Convenci-me de que o obstáculo insuperável consistia na infeliz idéia de dividir a Lei Civil em vigor para instaurar, ao lado de um amplo Código de Direito das Obrigações, um mirrado projeto de Código

Daí causar estranheza o “retorno” do tratamento da água na “evolução legislativa”, superadas as visões do Código Civil de 1916 e do Código de Águas (Decreto 26.643/34), para o “Direito civil das coisas”, desconsiderando inclusive a importância desse precioso bem ambiental inclusive como produto em face das relações jurídicas de consumo existentes em países de estrutura jurídica capitalista como o Brasil (art. 3º, § 1º da Lei 8.078/90).

O novo Código Civil, ainda que estruturado ideologicamente em sua Parte Geral, com base na “obra imperecível de Teixeira de Freitas e de Clóvis Beviláquia”, como reconhece o ilustre mestre de todos nós, professor Miguel Reale,<sup>26</sup> merece ser aplaudido na medida em que procura adequar-se às novas necessidades da pessoa humana no Brasil do século XXI.

Todavia, precisamos reconhecer que seu aperfeiçoamento é dever de toda a sociedade brasileira.<sup>27</sup> Daí a contribuição do Direito Ambiental Constitucional, criado para as presentes e futuras gerações, no sentido de compatibilizar os avanços reconhecidamente observados na nova lei, com as fundamentais diretrizes encontradas em nossa Carta Magna, visando, fundamentalmente, a assegurar a dignidade da pessoa humana em nosso País, dignidade que, sem uma visão adequada do controle jurídico dos bens ambientais essenciais à sadia qualidade de vida, efetivamente não existirá.

---

Civil, decepado de sua Parte Geral, obra imperecível de Teixeira de Freitas e de Clóvis Beviláquia. Resolvi, assim, manter, quanto possível, a estrutura e as prescrições do código vigente, acrescentando-lhe, porém, uma parte nova sobre o Direito de Empresa, dado o obsoletismo do Código Comercial de 1850, que já acarretara a ‘unidade das obrigações’ civis e comerciais na jurisprudência nacional, por se aplicar sempre o Código Civil em ambas as hipóteses. Embora tentado pela idéia da ‘unificação do Direito Privado’, compreendi que era necessário manter a autonomia do Direito Comercial, mas injetando-lhe a idéia – força da livre empresa, visto não ser mais o comércio a atividade econômica dominante, em concorrência com as poderosas criações das indústrias e dos serviços de comunicação. Embora não se tenha feito nenhuma referência a esse ponto, o certo é que o modelo final do novo Código Civil foi originariamente por mim concebido, em 1969, com uma Parte Geral e cinco Livros Especiais, sem o que, penso eu, a reforma não teria vingado”. *Vide* artigo “*A engenharia jurídica*”, jornal “O Estado de S. Paulo”, sábado, 1º de março de 2003, A2.

<sup>27</sup> O próprio deputado Ricardo Fiúza (PPB-PE), que exerceu a relatoria geral do Projeto n. 634/75, que deu origem à Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reconhece a necessidade de “complementação de alguns dispositivos, cuja modificação não foi possível fazer anteriormente, face aos impedimentos regimentais já longamente expostos, quando da votação final do PL 634”. Destarte apresentou Projeto de Lei à Câmara dos Deputados prevendo a alteração de mais de 150 artigos do texto da Lei 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil.





# O “NOVO” DIREITO À ÁGUA NO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

Antonio Carlos Wolkmer\*  
Sergio Augustin\*\*  
Maria de Fátima S. Wolkmer\*\*\*

## Introdução

Nas últimas décadas, em um cenário mundializado, marcado pela globalização neoliberal, pelo capitalismo flexível e pela retórica intelectualizada da Pós-Modernidade, bem como pela emergência de lutas, reivindicações e propostas desencadeadas por novos atores coletivos, têm ocorrido processos que permitem construir novos paradigmas, impulsionadores de mudanças radicais na direção de sociedades mais justas, igualitárias e solidárias, capazes de gerar alternativas desde sua própria diversidade, pluralidade e especificidade.

A chamada crise paradigmática cultural, social e política, vivenciada pela modernidade, chega também aos espaços periféricos e pós-coloniais, como os da América Latina. A crise dominada por contradições internas e

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado anteriormente na *Revista INTERthesis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 51-59, 2012.

\* Professor Titular nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e Pesquisador PQ 1 do CNPq. Professor Visitante de cursos de pós-graduação em várias Universidades do Brasil e do Exterior.

\*\* Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul. Doutor em Direito e Magistrado.

\*\*\* Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul. Doutora em Direito pela UFSC. Pesquisadora no Projeto *Direito humano à água e ao saneamento básico nos países da Unasul: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns* – CNPq. Pesquisadora no Projeto Rede Guarani/Serra Geral.

profundos conflitos abre espaço para estratégias não só institucionalizadas (via Estado), mas, sobretudo, práticas de ação social e coletiva, processos que se constroem no desenvolvimento, tornando-se sujeitos das mudanças paradigmáticas.

Trabalhar por uma nova cultura, ainda que tenha em conta os parâmetros convencionais do Estado, do mercado e da sociedade civil, implica ir mais além, incorporando a natureza e sua preservação como bem mais precioso, uma nova cultura que harmonize a vida humana com a natureza, compartilhando princípios, estratégias e *novos* Direitos. Nessa nova cultura, orientada para o *bem viver*, é essencial e irrenunciável um *novo* Direito, o Direito Humano aos bens, como patrimônio comum. Ora, no cenário mundial, a ONU reconheceu, em 28/07/2010, a água potável e o saneamento básico como um Direito Humano fundamental, em duas históricas Resoluções. Em tal horizonte, complexo e fundamental, a questão dos recursos naturais, como patrimônio comum na América Latina, compreende um gerenciamento ambiental não tecnocrático (via estatismo ou ordem privada), mas comunitário, participativo e plural. A proposta, aqui, é trazer para a pauta e destacar o desafio ético da importância dos recursos naturais (como a água), como *novo* direito, um Direito Humano construído não mais de *cima para baixo*, mas como estratégias construídas “desde baixo”, ou seja, desde a comunidade em sintonia com a sustentabilidade da natureza. Na verdade, trata-se de uma ruptura paradigmática, de projetar uma nova cosmovisão.

Essa cosmovisão contra-hegemônica vem sendo projetada em nível teórico e em nível prático pelas experiências recentes da cultura social, política e jurídica dos Andes Latino-Americanos, mais especificamente pelos modelos desenhados e oficializados, como os Estados da América Latina, dentre os quais, Equador e Bolívia. Trata-se de horizontes inovadores e privilegiados, que poderão oferecer subsídios para se repensar a temática de um *novo* Direito, um Direito Humano aos recursos naturais como patrimônio comum, destacando a água, quer subterrânea, quer superficial, no âmbito mais abrangente da América Latina, e mais específico dos países andinos e do sul do continente.

É com esse propósito, que importa trazer e sublinhar alguns elementos institucionalizados, nas recentes Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009. Tal ilustração será, agora, desenvolvida, epistemologicamente, nos marcos teóricos do pluralismo jurídico e, metodologicamente, na instrumentalidade prática de Constituições latino-

americanas, compreendendo, em um nível mais abrangente, o chamado fenômeno político-jurídico do Constitucionalismo.

## **2 Tradição constitucionalista latino-americana: ausência de direitos aos recursos naturais e à água**

É significativo que, na América Latina, tanto a cultura sociopolítica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas, formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições), derivam da tradição europeia, representada pelo modelo de Estado e de democracia representativa, bem como pelas fontes clássicas do Direito, em sua matriz romana, germânica e canônica. Ora, na formação do sistema de legalidade e do processo de constitucionalização latino-americano pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, bem como o legado proveniente da modernidade capitalista de livre-mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista. Nesse sentido, a incorporação do modo de produção capitalista e a inserção do liberalismo individualista tiveram uma função importante no processo de positivação do Direito estatal das antigas colônias ibéricas. Cabe reconhecer que o individualismo liberal e o ideário iluminista dos Direitos do Homem penetraram na América luso-hispânica, no século XIX, dentro de sociedades fundamentalmente agrárias e, em alguns casos, escravagistas, em que o desenvolvimento urbano e industrial era praticamente nulo. Desse modo, a juridicidade moderna de corte liberal vai repercutir diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e reprodutoras dos interesses coloniais das metrópoles.<sup>2</sup>

Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas acabaram consagrando, abstratamente, igualdade formal perante à lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas

---

<sup>2</sup> DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997. p. 69-70 e 72-73. Para um maior aprofundamento, constatar: WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 95-97.

por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista e ausências históricas das grandes massas populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana.<sup>3</sup> Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. Tampouco nessa tradição individualista contemplaram-se os direitos aos recursos naturais como patrimônio comum e/ou os direitos do ser humano em sintonia com a natureza.

Esse cenário periférico e continental tem sofrido mudanças com a inserção de nova cosmovisão trazida pela valorização do mundo indígena. Assim, os movimentos políticos insurgentes “ocorridos recentemente em países sul-americanos (Venezuela, Equador e Bolívia) tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios. Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são do ponto de vista da filosofia política e jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para refundação das instituições, a transformação das idéias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história”.<sup>4</sup>

Cabe ter em conta, assim, o que vem a ser esse chamado *novo* Constitucionalismo, que está ocorrendo majoritariamente nos países andinos, o qual tem sido a mais recente faceta no estudo do Direito

<sup>3</sup> WIARDA, Howard J. *O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos*. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 82, 85-86. Consultar igualmente: CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización em América Latina*. México: Siglo Veintiuno, 2002.

<sup>4</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza: Unifor, v.16, n. 2, p. 377-378, jul./dez. 2011.

Constitucional, determinando mudanças nas esferas do poder político e na ordem do Estado de Direito, passando a inovar em diversos aspectos, dentre estes a destacada atenção, pela primeira vez, aos *novos* direitos aos bens como patrimônio comum, em que o ponto nodal projeta a questão ao Direito do *bem viver* e o Direito da natureza. Nesse contexto, reconhece-se como um *novo* Direito o uso e benefício à água potável, não só como um patrimônio da sociedade, mas como um componente essencial da própria natureza.

### 3 A fundamentação jurídica do direito humano a água

O conhecimento que alavanca os processos de mudanças constitucionais, em vários países da América Latina, está fundamentado no paradigma comunitário orientado para o bem-viver. Esse paradigma, adquirido através dos povos indígenas, projeta uma compreensão da comunidade em harmonia, respeito e equilíbrio com todas as formas de vida. Tendo como referente o viver em plenitude, esses povos religam as noções disjuntivas do projeto da modernidade, na medida em que compreendem que, na vida, tudo está interconectado e é interdependente.

A relação do homem com a natureza, no paradigma dominante, entende o indivíduo como o único sujeito de direitos e obrigações. Essa concepção redutora, descontextualizada, que elege o indivíduo como o único referente, acaba estruturando o sistema jurídico a partir dos direitos meramente individuais. Naturalmente, tendo no mito do desenvolvimento o valor fundamental, a partir do modelo capitalista, tal modelo não distribui as riquezas produzidas, aprofundando as desigualdades entre pessoas e países. Assim, a racionalidade quantificadora, que ignora a vida e a diversidade cultural está sendo questionada por visões mais abrangentes e solidárias, que tentam frear o processo que está destruindo a Mãe Terra.

Diante da crise multifacetada do *sistema-mundo*, que tem no esgotamento e na destruição dos ecossistemas seu maior desafio, nasce, então, como resposta, a cultura da vida. No dizer de Mamani,

todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo, al conjunto de estas formas se conoce como Cosmovisión o Visión Cósmica. Los abuelos y abuelas de los pueblos ancestrales, hicieron florecer la cultura de la vida inspirados en la expresión del multiverso, donde todo está conectado,

interrelacionado, nada está fuera, sino por el contrario “todo es parte de parte del todo...”; la armonía y equilibrio de uno y del todo es importante para la comunidad.<sup>5</sup>

A partir desse *novo* marco teórico, as Constituições que compõem o mosaico do novo constitucionalismo na América Latina representam, hoje, uma das vozes mais fortes contra o modelo econômico predatório e excludente, que predomina no mundo atual.

Essas constituições, ao partirem de um conceito de cultura da vida expresso no bem-viver, ultrapassam a perspectiva desenvolvimentista de viver melhor, consumir mais, em detrimento dos outros e da natureza. Como observa Mamani, ideologicamente isso implica:

1. a reconstrução da identidade cultural da herança ancestral milenar;
2. a recuperação de conhecimentos e saberes antigos;
3. uma política de soberania e dignidade nacional;
4. a abertura para novas relações de vida comunitária;
5. a recuperação do direito de relação com a mãe-terra;
6. a substituição da acumulação ilimitada individual do capital pela recuperação integral do equilíbrio e pela harmonia com a natureza.<sup>6</sup>

Nesse contexto, a Constituição do Equador de 2008, em nível regional, tornou-se paradigmática, ao declarar o Direito da Natureza, assim como o direito humano à água como fundamental. A confluência de dois processos foi decisiva para o êxito das propostas inovadoras, na fase de elaboração da nova Constituição; por um lado, um longo processo internacional, que foi construindo um consenso em torno das questões ambientais e do direito humano à água. Por outro, a cosmovisão andina, com o *bem-viver*, que, frente aos desafios da sustentabilidade ambiental, vem sendo apontada como um modelo alternativo de gestão em harmonia com a vida em todas as suas expressões.

Na perspectiva da cosmovisão andina, o Estado equatoriano passa a assumir um papel estratégico, juntamente com os povos originários e

---

<sup>5</sup> MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen vivir / vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima, Perú, 2010. p. 15.

<sup>6</sup> MAMANI, op. cit., p. 15.

cidadãos, na defesa do patrimônio natural, assim como na promoção de um modelo de desenvolvimento que reconhece “as raízes milenares, forjadas por mulheres e homens, celebrando a natureza, a *Pachamama*, da qual somos parte e que é vital para nossa existência”. Segundo Mamani, o princípio jurídico ordenador do Direito passa a ser a sabedoria ancestral, projetando um horizonte de *bem-viver*, centrado na preservação do meio ambiente em todas as suas dimensões.<sup>7</sup>

No processo de elaboração da Constituição do Equador, os debates constituintes em torno das questões fundamentais revelaram um conflito entre duas concepções de desenvolvimento.

Em uma primeira posição, havia os que defendiam ao extremo a visão centrada no mercado, para quem a água é um recurso a mais na produção. Nessa perspectiva, o neoliberalismo, com novas formas de exploração, mobilizou, nas últimas décadas do século passado, os governos da região com um sistema de valores e medidas estruturais, voltadas a atender às necessidades do mercado, que foram impostas sistematicamente pelas instituições multilaterais de crédito, como o Banco Mundial. Sob o influxo dessas orientações, iniciou-se a transferência para o setor privado de serviços públicos e comunitários, como os sistemas de água potável e saneamento, bem como a geração de energia através de diferentes modalidades. Assim, parte dos constituintes queriam o aprofundamento e a consolidação desse modelo baseado na racionalidade do mercado.

Em posição contrária, havia os constituintes, em harmonia com a cosmovisão andina, que defendiam a água como um direito humano fundamental e a necessidade imperiosa de dar um passo na recuperação do controle estatal e social efetivo sobre a água e a biodiversidade. Para estes, o Estado, a partir do Constitucionalismo emancipatório, no seu papel estratégico de condutor dos interesses da *Pachamama*, estaria fundamentado na aliança público-comunitária, projetando-se na construção de uma soberania plural. Na prática, seria a superação da lógica do mercado, expressa em todos os setores considerados, em função de sua magnitude, essenciais para o desenvolvimento do país.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> MAMANI, op. cit., p. 12.

<sup>8</sup> ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Água: um derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010. p. 18-23.

Nessa disputa, entre duas formas de entender a vida, de sentido histórico do desenvolvimento, consolidou-se o grupo de constituintes, apoiado pelos diversos movimentos sociais e pela maioria do povo equatoriano, que busca tornar efetivo o *sumak kawsay*.<sup>9</sup>

Como aponta Acosta no processo constituinte, referente à água, foram aprovados quatro pontos fundamentais:<sup>10</sup>

- a água é um direito humano;
- a água é um bem nacional estratégico de uso público;
- a água é um patrimônio da sociedade;
- a água é um componente fundamental da natureza, a mesma que tem direitos próprios a existir e manter seus ciclos vitais.

A partir do novo desenho institucional, são estabelecidos critérios de gestão e uso da água em harmonia com a natureza, ultrapassando-se a visão mercantil não só da água como também do meio ambiente.

54

Essa abordagem complexa não abandona o diálogo intercultural, ao contrário vem fortalecida por um amplo movimento em defesa dos direitos humanos em nível internacional, fortalecendo um dos pilares estruturantes da Constituição equatoriana. Nesse sentido, entendem-se os quatro princípios em relação à água, como imperativos na realização dos direitos humanos. A Constituição de 2008 modificou o marco legal para a água na medida em que, segundo Acosta e Martinez:

- Enquanto direito humano, superou-se a visão mercantil da água, instituindo-se como um direito da cidadania, ficando o Estado obrigado a elaborar políticas públicas para tornar efetivo esse direito.<sup>11</sup> No entanto, o direito humano à água não se restringe ao ser humano, tendo em vista que, na cosmovisão andina, a *Pachamama* é uma totalidade que integra o conjunto dos seres vivos e a natureza. Ora, no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, desde a Convenção de Viena em 1992, prevalece o entendimento da realização integral de todos os direitos humanos. Nesse sentido, o direito à água é multidimensional e está intimamente relacionado a uma vida digna.

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 33.



- Enquanto bem nacional estratégico, tendo como referência o *bem-viver*, recupera-se as potencialidades do conhecimento ancestral, buscando construir uma governança democrática com instrumentos de gestão, considerados eficientes e amplamente divulgados nos fóruns internacionais da água, como a outorga da água. Da mesma forma, são estabelecidos os princípios da sustentabilidade ambiental, precaução, prevenção, e da eficiência como critérios para o planejamento de todos os setores considerados estratégicos. No entanto, no contexto da cosmovisão andina, essa tarefa implica enfrentar alguns desafios:
- promover um modelo de Estado que assuma o controle estratégico, garantindo água para todos os setores da sociedade, assim como para a natureza;
- restaurar conhecimentos tradicionais na promoção de modelos eficientes e justos de gestão, que salvaguardem as fontes e os cursos de água, envolvendo diretamente a cidadania, numa governança democrática;
- superar o modelo disjuntivo e redutor, que considera o rio e o mar uma cloaca e reconstruir, a partir da ética do cuidado, uma abordagem complexa para a realização do bem-viver.

Segundo a Constituição, no artigo 411: O Estado garantirá a conservação e o manejo integral dos recursos hídricos, bacias hidrográficas e caudais associados ao ciclo hidrológico. Regulamentará todas as atividades que possam afetar a qualidade e quantidade de água, e o equilíbrio dos ecossistemas, em especial nas fontes e zonas de recarga de água.<sup>12</sup>

Enquanto patrimônio estratégico: essa é uma das maiores conquistas da Constituição, que não vê mais a água como um bem ou um recurso, mas um patrimônio nacional estratégico. A visão patrimonial da água tem como base a harmonia e o equilíbrio que se projeta nas futuras gerações, numa dinâmica que supera a lógica mercantil. Certamente, a categoria de patrimônio estratégico “converte em parte substancial de um novo sistema

---

<sup>12</sup> ACOSTA; MARTÍNEZ, op. cit., p. 191.

social e solidário, que reconhece que os seres humanos são o centro e o fim do desenvolvimento em harmonia com a natureza: *sumak kawsay*”.<sup>13</sup> Desse modo, sendo a água um patrimônio nacional estratégico, um elemento vital comum, não pode ser considerada um capital natural associado ao processo de produção, submetido à racionalidade de mercado. Diante disso, o conceito de patrimônio resgata o sentido de um direito natural, ao conceder o usufruto para as gerações atuais que reconhecem e preservam o direito das futuras gerações. Supera-se, assim, a definição da água como um bem que traz implícito um valor fortemente econômico.

Além disso, a visão patrimonial é consistente com os direitos da natureza, o que significa a defesa desses recursos pelo seu próprio valor, independentemente de sua utilização comercial[...] Desarma-se o conceito de capital hídrico, que é uma forma de delinear a água dentro da lógica mercantil, quer dizer ver a água simplesmente como uma ferramenta do processo produtivo.<sup>14</sup>

Enquanto componente da natureza, a água é indispensável para a vida. Expressa a possibilidade da existência, da continuidade da vida em nosso planeta. Dessa forma, em consonância com a Ética biocêntrica, a constituição vincula o direito da água ao direito da natureza. Não poderia ser diferente, na medida em que o novo pacto de convivência representa o reconhecimento dos direitos da natureza e a superação da Ética antropocêntrica.

Isso significa criar bases materiais de sobrevivência, que respeitem a cultura e promovam o *bem-viver*, e a dignidade humana seja o referente de uma vida com qualidade, em permanente construção.

A nova constituição é pioneira em reconhecer direitos à natureza. Existem muitos artigos que estabelecem este direito e que propõem um modelo de desenvolvimento ao país em harmonia com a natureza e o ambiente. Os direitos da natureza estão em íntima relação com a proposta de um novo regime de desenvolvimento, o regime do bem viver ou *sumak kawsay*. O bem viver implica harmonia: do ser consigo mesmo, com seus congêneres, com a

<sup>13</sup> Ibidem, p. 26-27.

<sup>14</sup> ACOSTA; MARTÍNEZ, op. cit., p. 27.

natureza. Neste sentido tem coerência incorporar a natureza como sujeito de direitos, pois sem ela não é possível a vida dos seres humanos. A manutenção e regeneração dos ciclos vitais da natureza, entre eles o mais importante o da água não implica somente o cuidado e gestão sustentável de ecossistemas fundamentais para a água, senão também o manejo integral da água em seus diversos usos, desde a captação até a descarga, uma vez que a água é utilizada. Isto implica incorporar mudanças profundas no uso e tratamento da água em setores urbanos, na agricultura, na indústria, nas mineradoras, na indústria preteleira.<sup>15</sup>

Sendo assim, com a Constituição do Equador de 2008, a água passa a ser compreendida como um patrimônio de todos os seres vivos, e sua gestão deve ser público-comunitária. O texto constitucional relaciona a água com todos os direitos humanos, e também com os direitos da natureza. Certamente, o direito à água é visto como um direito natural; portanto, “como todo direito natural, os direitos sobre a água constituem um direito de usufruto; as águas podem ser utilizadas, mas não pertencem a ninguém”.<sup>16</sup> Nesse sentido, a Constituição proíbe a privatização, pois a água pertence a todos. Nos países andinos, ela é um ser vivo que permite a continuidade da vida. O ciclo da água integra os seres vivos à natureza, e interage em todos os ecossistemas, permitindo a articulação entre a natureza e as sociedades com diferentes formas de desenvolvimento.

Os representantes oficiais dos países andinos, notadamente da Bolívia, como porta-vozes dessa cultura, buscam a universalização desses referentes no âmbito internacional, senão vejamos:

El 22 de abril del 2009, la Organización de Naciones Unidas (ONU) acogió la iniciativa impulsada por la delegación boliviana y declaró a esta fecha el día internacional de la Madre Tierra, proyectando una nueva conciencia de que no es un planeta solamente, mucho menos materia inerte: es nuestra Madre Tierra (Pachamama). Así se abre una puerta para dejar de hablar de “explotación de recursos” y emerger en el respeto a todo lo que nos da vida y permite el equilibrio natural de todas las formas de existencia para vivir bien. El siguiente paso será promulgar la

<sup>15</sup> COSTA; MARTÍNEZ, p. 37

<sup>16</sup> ACOSTA; MARTÍNEZ, op. cit., p. 262.

declaración de los derechos de la Madre Tierra y hacerla vinculante para todos los países.<sup>17</sup>

Apesar dos avanços obtidos, com o Comentário Geral 15 (ONU, 2002), sem dúvida o reconhecimento mais significativo em relação ao direito humano à água, no âmbito das Nações Unidas, ocorreu na Assembleia Geral, com a Resolução 64/292, em 2010, encaminhada pelo Embaixador da Bolívia, afirmando explicitamente o direito humano à água e ao saneamento, destacando que a sua efetivação é essencial para a realização de todos os direitos humanos. Essa resolução exorta aos Estados e às organizações internacionais a disponibilizarem recursos financeiros, com transferência de tecnologia, por meio de assistência e cooperação internacionais, prioritariamente aos países em desenvolvimento. Efetivamente, com essa resolução, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu o direito humano à água potável e ao saneamento, como fundamental para a realização integral do direito à vida.<sup>18</sup>

58

Posteriormente, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou a Resolução 15/9, de 30 em 2010, acolhendo o reconhecimento do direito humano à água e ao saneamento, da Resolução 64\292, afirmando que ambos resultam do direito a um nível de vida adequado e estão “indissolúvelmente associados ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, assim como ao direito à vida e dignidade humana”. Concretamente, as duas resoluções implicam um grande avanço na luta internacional, bem como são um marco contundente na luta pela justiça da água. Uma vez destacados alguns elementos fundantes de natureza jurídica na nova cosmovisão andina, particularmente proveniente do constitucionalismo equatoriano, cabe a seguir ampliar o campo de análise de direito como direito humano aos recursos como patrimônio comum.

### **Aspectos do *novo* direito aos recursos naturais nos horizontes latino-americanos**

Parece evidente que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta, nos Estados latino-americanos, engendram não só novas constituições que materializam novos atores sociais, realidades plurais e

<sup>17</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>18</sup> BARLOW, Maude. *Água pacto azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo*. São Paulo: M.Books, 2009. p. 4.

práticas biocêntricas desafiadoras, mas, igualmente, propõem, diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestada dos povos indígenas do Continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de recursos comuns naturais, um novo paradigma de constitucionalismo,<sup>19</sup> o que poderia denominar-se de Constitucionalismo Pluralista – síntese de um Constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço.

Possivelmente, a etapa primeira e de grande impacto para esse novo constitucionalismo latino-americano vem a ser representado pela Constituição do Equador de 2008 (como já foi mencionado no item anterior), por seu arrojado “giro biocêntrico”, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do *bem-viver*. A inovação desses direitos vinculados à natureza não impede de se reconhecer os avanços gerais e o enriquecimento dos direitos coletivos, como “direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, destacando a ampliação de seus sujeitos, dentre as nacionalidades indígenas, os afro-equatorianos, comunais e os povos costeiros (arts. 56 e 57).

Naturalmente, os temas de maior impacto estão presentes nos capítulos sétimo do título II sobre os princípios (arts. 12-34) e o regime dos direitos do *bem-viver* (arts. 340-394), bem como sobre dispositivos acerca da “biodiversidade e recursos naturais” (arts. 395-415), ou seja, sobre o que vem a ser o denominado “direitos da natureza”. Matéria de controvérsia, repercussão e de novas perspectivas, a Constituição Equatoriana rompe com a tradição constitucional clássica do Ocidente, que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais, para introduzir a natureza como sujeito de direitos. Trata-se da ruptura e do deslocamento de valores antropocêntricos (tradição cultural europeia) para o reconhecimento de direitos próprios da natureza, um autêntico “giro biocêntrico”, fundado nas cosmovisões dos povos indígenas. Assim, ao reconhecer direitos da natureza, sem sujeitos da modernidade jurídica e, independentemente de valorações humanas, a Constituição de 2008 se propõe a realizar “uma mudança radical em comparação aos demais regimes constitucionais na América Latina”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Pautas para o workshop “*El (Neo) Constitucionalismo Multicultural en América latina*”. Daniel Bonilla Maldonado e Pavel H. Valer-Belloto. Oñati (España), 7-8 de mayo de 2009.

<sup>20</sup> GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 30-31, 37; CARBONELL, Miguel. Los retos del Constitucionalismo en el siglo XXI. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR para el período de transición. *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*. Quito, 2010. p. 51.

Considerado como a pedra angular de todo o projeto constitucional equatoriano, no dizer de Rubén Martínez Dalmau,<sup>21</sup> o conceito de *bien vivir* (que aparece no capítulo sobre biodiversidade e recursos naturais), tradução literal do quéchua *Sumak Kawsay*, significa boa vida, proveniente e sintonizado “com as culturas indígenas andinas da América do Sul e é acolhida pelo Equador como o *Bien vivir*. É colocado uma cosmovisão de harmonia das comunidades humanas com a natureza, no qual o ser humano é parte de uma comunidade de pessoas que, por sua vez, é um elemento constituinte da mesma *Pachamama*, ou Madre Tierra”.<sup>22</sup> Portanto, trata-se de visualizar a natureza não uma coisa ou objeto, mas como um “espacio de vida”.<sup>23</sup> Certamente, o conceito “postcapitalista” do *bien vivir* expressa uma visão integral da convivência humana e social com a natureza, da justiça com o meio ambiente, não podendo haver direitos do bem viver sem uma natureza (*Pachamama*) protegida e conservada.<sup>24</sup> Porém, há de se ter presente, como adverte o uruguayo Gudynas, que acompanhou o processo constituinte, de que “as tradições culturais andinas expressadas no “*buen vivir*” (ou *Pachamama*) têm muitas ressonâncias com as ideias ocidentais da ética ambiental, promovida, por exemplo, pela ‘ecologia profunda’ ou os defensores de uma “comunidade de vida”. [...] Igualmente, nem todas as posturas dos povos indígenas originários são biocêntricas, e que inclusive existe diferentes construções para a *Pachamama*”.<sup>25</sup>

Assim, num contexto muito próximo às propostas do desenvolvimento sustentável e do ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Equatoriana faz referência muito clara à concreta realização dos bens

<sup>21</sup> MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008*. In: *Alter Justitia. Estudio sobre Teoría y Justicia Constitucional*, Guayaquil: Universidad de Guayaquil/ Facultad de Jurisprudencia, n. 1, p.24-25, 2008.

<sup>22</sup> QUIROLA SUÁREZ, Diana. *Sumak Kawsay. Hacia un nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza*. In: ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 104-105.

<sup>23</sup> QUINTERO, Rafael. *Las Innovaciones conceptuales de la constitución de 2008 y el Sumak Kawsay*. In: ACOSTA; MARTÍNEZ (Comp.), op. cit., p. 83.

<sup>24</sup> GUDYNAS, op. cit., p. 46; BUENDÍA, Fernando. Regimen del buen vivir, autonomía y descentralización. *La Tendencia, Rev. de Análisis Político*, Quito, n. 9, p. 121, mar./abr. 2009.

<sup>25</sup> GUDYNAS, op.cit., p. 36 e 119. Vide ainda: MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “*El Constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008*, op.cit., p. 24-25; WILHELM, Marco Aparicio. *Possibilidades e Limites do Constitucionalismo Pluralista: direitos e sujeitos na Constituição Equatoriana de 2008*. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconomicos, 2009. p. 144-146. (Capítulos 4 e 5).

comuns (água, alimentação, ambiente sadio, cultura, educação, habitat, moradia, saúde, trabalho e segurança), como bens essenciais à vida e ao *bem-viver*, em harmonia com a natureza. Daí decorre o direito ao acesso à água “como fundamental e irrenunciável” (art. 12), aos alimentos e ambientes sadios (arts.13-14), ao hábitat e à moradia seguros e saudáveis (art. 30), ao direito à cidade e aos espaços públicos sob os princípios da sustentabilidade (art. 31) e o direito à saúde (art. 32). Tais benefícios determinam “obrigações tanto para o Estado como para as pessoas e as coletividades (arts. 277 e 278)”.<sup>26</sup>

Um segundo momento desse recente Constitucionalismo na América Latina vem a ser representado pelo Constitucionalismo boliviano de 2009. Mais do que perfilar no âmbito do que se pode denominar de um Constitucionalismo andino, trata-se de um novo direito de tipo comunitário plurinacional e descolonial. Nesse sentido, assinala Bartolomé Clavero que a “Constituição de Bolívia de 2009 é a primeira Constituição das Américas que estabelece as bases para o acesso a direitos e poderes de todos, adotando uma posição íntegra e congruentemente anticolonialista, a primeira que rompe de uma forma decidida com o trato tipicamente americano do colonialismo constitucional ou constitucionalismo colonial desde os tempos da independência”.<sup>27</sup> É a “refundação” do Estado boliviano, marcadamente indígena, anticolonialista e plurinacional.

Mais claramente, no que se refere ao direito aos recursos naturais, como patrimonio comum, a Constituição de 2009 reconheceu sua relevância, bem como sua necessária proteção e preservação. Primeiramente, dispõe no capítulo dos direitos sociais e econômicos, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado (art. 33), o direito à saúde, à segurança social e ao trabalho (arts. 35 e 46). Já os recursos patrimoniais comuns naturais do meio ambiente (art. 342), das florestas, do subsolo, da biodiversidade (art. 348, 380), dos recursos hídricos (art. 373) e da terra (art. 393) são merecedores de conservação, proteção e regulamentação por parte do Estado e da população. Significativa também é a chamada de atenção para as coletividades presentes e futuras, acerca da proteção especial do espaço estratégico, representado pela Amazonia boliviana (arts. 390-

<sup>26</sup> *Constitución de la República Del Ecuador*. Asamblea Nacional, 2008.

<sup>27</sup> CLAVERO, Bartolomé. “*Bolívia entre Constitucionalismo colonial y Constitucionalismo emancipatório*”. Texto inédito, s/ed., maio de 2009, p. 2.

392) e o fortalecimento de políticas ao desenvolvimento rural integral sustentável (arts. 405-409).

Adota a Constituição boliviana as mesmas medidas de reconhecimento, defesa e manejo sustentável dos recursos hídricos, que não podem ser objeto de apropriação privada (art. 374). Possivelmente, seja o capítulo dedicado aos recursos hídricos (IV Parte, Título II), um dos que melhor foi contemplado na cosmovisão ambiental pelo constituinte boliviano. Por sua vez, fica enfatizado – dentre os principais “bens comuns” – o uso prioritário da água para a vida. Por sinal, pelo impacto e pelos desafios que se abrem, um dos pontos significativos e desafiadores para o novo Constitucionalismo latino-americano: o direito da natureza e o direito ao acesso à água. Nesse escopo, a água constitui, como dispõe a Constituição, em seu art. 373, “um Direito fundamental para a vida nos marcos da soberania do povo. O Estado promoverá o uso e o acesso à água sobre a base de princípios da solidariedade, [...], reciprocidade, equidade, diversidade e sustentabilidade.”

### Conclusão

O novo Constitucionalismo – Constitucionalismo de tipo pluralista – que se instaurou na América Latina, a partir de mudanças políticas e novos processos sociais de lutas na região, nas duas últimas décadas, tem, principalmente nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), o espaço estratégico de inspiração e legitimação para impulsionar o desenvolvimento de paradigmas de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas (povos originários, indígenas e afrodescendentes) e dos direitos ao patrimônio comum (recursos naturais e ecossistema equilibrado) e aos culturais (Estado pluricultural, diversidade e interculturalidade).

Assim, o desenvolvimento de alguns desses grandes eixos norteadores, já previstos e consagrados no novo Constitucionalismo Pluralista da América andina, implica desafios de assimilar e de interagir na direção de sua real materialização. Os desafios para o futuro da região está na concretização efetiva e complexa de novos paradigmas epistêmicos, concebidos e projetados, que vão muito além do institucionalizado e do normatizado juridicamente. O desafio para continentes como a América Latina está em encontrar pontos hermenêuticos de convergência e complementariedade com o *sistema-mundo*, sem perder sua identidade autóctone e mestiça, como transformar-se no cenário natural e cultural da



pluralidade, insurgência e criatividade enquanto simbiose planetária da vida humana e do ecossistema. A resposta, quem sabe, pode ser encontrada nos horizontes da complexidade e da solidariedade. Uma cosmovisão marcada por solidariedade mais ampla e flexível, das coletividades presentes e futuras, no sentido de preservar não só os recursos comuns naturais (água como bem supremo e patrimônio da humanidade), mas de sociabilizar e resolver os problemas sociais e culturais comuns de todos no futuro.

## Referências

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ Esperanza. *Água: um derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.

BARLOW, Maude. *Água pacto azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo*. São Paulo: Makron Books, 2009.

BONILLA MALDONADO, Daniel. *La Constitucion multicultural*. Bogota: Siglo del Hombre/Pont.Universidad Javeriana/ Universidad di los Andes, 2006.

BUENDÍA, Fernando. *Regimen del buen vivir, autonomía y descentralización. La Tendencia, Rev. de Análisis Politico*, Quito: n. 09, mar/abr.2009.

CARDUCCI, Michele. *A aquisição problemática do Constitucionalismo Ibero-Americano*. Passo Fundo: UPF, 2003.

--CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indigena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica di Valencia, 2004.

CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratizacion en América Latina*. México: Siglo Veintiuno, 2002.

\_\_\_\_\_. Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR para el período de transición. *El Nuevo Constitucionalismo en América latina*. Quito, 2010.

EQUADOR. *Constitución de la República Del Ecuador*. Asamblea Nacional, 2008.

CHIVI VARGAS, Idon M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo emancipatorio y desarrollo normativo: desafios da Asamblea Legislativa Plurinacional*. Bolívia, 2009. Texto Inédito.

CLAVERO, Bartolomé de. *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*. Texto Inédito, maio de 2009.

- COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. México: Trillas, 2009.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.
- DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. México: SigloXXI/Crefal, 2006.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a la nuestros días*. Barcelona: Trotta, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo in América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- GALLEGOS-ANDA, Carlos E.; CAICEDO TAPIA, D. (Ed.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen vivir / vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima, Perú, 2010.
- MARTINEZ DALMAU, Rubén. *Asambleas constituyentes e nuevo constitucionalismo en América Latina*. *Tempo Exterior*, n. 17, jul./dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. Alter justitia, estudio sobre teoría y justicia constitucional*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil/Facultad de Jurisprudencia, n. 01, 2008.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: Dp&A, 2002.
- NOGUEIRA FERNANDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch/ IEP, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*. Bolivia: Oxfam/Enlace, 2008.
- PEÑA JUMPA, Antonio; CABEDO MALLOL, Vicente; LOPEZ BARCENAS, Francisco (Coord.). *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- PISARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999. Sin Permiso* (Barcelona), s/d, fl. 03.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana. *Sumak Kaway: hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

SAYEG HELÚ, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México (1808-1988)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

TORRE VILLAR, Ernesto di La; GARCIA LA GUARDIA, Jorge M. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México: Unam, 1976.

VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. (Capítulos 4 e 5).

\_\_\_\_\_. VICIANO PASTOR, R. *El Proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. *Ágora – Revista de Ciencias Sociales*, n.13, p. 55-71, 2005.

WIARDA, Howard J. *O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos*. Petrópolis: Vozes, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_. *História do direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_; FAGUNDEZ, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza: Unifor, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el Constitucionalismo andino*. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad di Deusto, 2006. p. 537-567.

\_\_\_\_\_. *El horizonte del Constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la Descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de la RELAJU, Lima, Perú, ago. 2010.



# O DESAFIO ÉTICO DA ÁGUA: DE NECESSIDADE BÁSICA A DIREITO HUMANO<sup>1</sup>

Maria de Fátima S. Wolkmer\*

Antonio Carlos Wolkmer\*\*

## Introdução

No cenário internacional da crise ambiental, ressalta-se a crescente preocupação com a degradação dos ecossistemas aquáticos, colocando um novo desafio para a humanidade: O Desafio Ético da Crise Global da Água.

As crises do petróleo e o esgotamento previsto de suas reservas implicaram conflitos e guerras entre países. No entanto, a humanidade nunca se defrontou com a escassez de água potável. Nesse sentido, qual o papel de países como o Brasil, num mundo em que os acessos aos recursos hídricos serão a principal fonte de conflitos como apontam alguns?

A questão torna-se mais complexa, se analisarmos o papel dos Estados na administração dos recursos naturais, com a sua soberania fragilizada diante da expansão do neoliberalismo, com a mercantilização da natureza e conseqüentemente da água.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado anteriormente nos *Anais do XX Encontro Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Funjab, 2011, v. 20. p. 1-20.

\* Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul. Doutora em Direito pela UFSC. Pesquisadora no projeto *Direito humano à água e ao saneamento básico nos países da Unasul: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns* – CNPq. Pesquisadora no Projeto Rede Guarani/Serra Geral.

\*\* Professor Titular nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e Pesquisador PQ 1 do CNPq. Professor visitante em cursos de pós-graduação em várias Universidades do Brasil e do Exterior.

Quem controla a Água, controla a vida, “a água está em alta não apenas devido a crescente necessidade de água limpa, mas porque a demanda nunca é afetada pela inflação, recessão, taxas de juros, ou mudanças de gestão”. (BARLOW, 2009, p. 95).

Mais do que uma crise de sustentabilidade, governança ou da necessidade de investimentos para gerenciá-la, a crise da água é epistêmica e política.

Trata-se de uma crise epistêmica porque aponta a necessária superação da percepção da natureza através do dualismo homem/natureza, bem como política na medida em que requer o desenvolvimento efetivo da cooperação internacional, com uma refundação das Nações Unidas, tornando-a um espaço de solidariedade internacional, em que a água seja considerada um direito humano fundamental a ser protegido por todos os países.

Na abordagem da água, não podemos esquecer que seu ciclo interage com o meio ambiente e é insubstituível para a manutenção da vida em nosso planeta. Recorrer à água não é uma questão de escolha, pois ela é uma necessidade vital. Assim, por sua relevância, por ser a base da vida, é imprescindível abordar o tema de maneira integral, aportando conhecimento de diferentes áreas: o diálogo de saberes promoverá uma visão interdisciplinar /sistêmica.

A água está localizada territorialmente e precisa ser administrada localmente, partindo do reconhecimento da existência dos limites físicos materiais ao desenvolvimento. Ressalta-se, assim, o valor do conhecimento e ações locais como fatores determinantes das políticas eficazes. As propostas necessitam estar embasadas em diagnósticos interdisciplinares e em inovação tecnológica, mas também no resgate de sabedoria local que ensina maneiras, sedimentadas pela prática, de reproduzir a vida.

### Aspectos da crise mundial da água

Os graves problemas que a humanidade está enfrentando, relacionados à água, como a escassez, a contaminação e a ameaça dos ecossistemas aquáticos, são o resultado de escolhas fundamentadas num modelo de desenvolvimento predatório e excludente. Predatório porque, ao conceber a natureza como recurso a ser explorado, não respeita o tempo de renovação da vida, apontando para sua insustentabilidade e autodestruição. Excludente, na medida em que o capitalismo mundial (na sua fase neoliberal), com sua visão instrumental de todas as esferas da vida privilegia

com seus resultados somente 20% da população, deixando em aberto não só a questão da sua competência como sistema econômico para reprodução da vida humana, mas também a sua legitimidade diante de milhões de pobres sem futuro que ficam à margem dos bens produzidos.

Frente à crise da água na dimensão maior de uma crise ambiental, mais complexa, coloca-se hoje, como questão central, uma revisão profunda da nossa concepção de desenvolvimento sustentável.

O avanço científico, subordinado aos avanços do capital e às promoções ideológicas do progresso, nos fez acreditar que os recursos ambientais seriam infinitos e que os benefícios desse modelo poderiam ser generalizados a todos os povos. Isso, como sabemos, não aconteceu.

Todos os problemas que alteram a qualidade do meio ambiente atingem em primeiro lugar a água. As reservas de água doce do planeta estão ameaçadas não só pelas mudanças climáticas mas também pelo aumento da demanda com o crescimento econômico (mais que o demográfico), pelo processo da degradação qualitativa (assoreamento dos rios, contaminação por esgoto doméstico, pelo industrial, por pesticidas, fenóis, etc.), pelas redes de abastecimento com perdas significativas e técnicas de irrigação abusivas. A saúde humana fragiliza-se pelos efeitos cumulativos das cadeias alimentares e da poluição da água, problema que se reflete nos altos índices de mortalidade infantil por diarreia, para citar só uma das consequências que mais agridem a nossa sensibilidade, impondo uma solidariedade ativa.

Nesse sentido, a crise da água mais do que a crise do petróleo, já que está diretamente ligada à possibilidade de manutenção da vida no nosso planeta (a economia assentada no petróleo é recente), apresenta-se como o nosso maior desafio.

Para fazer frente a esse desafio, inúmeros movimentos sociais mobilizam-se para defender uma nova cultura da água, em diversos países, como, por exemplo, no Equador. Fundamentaram a mudança através de uma visão plural e de um Constitucionalismo emancipatório, declarando em sua Constituição de 2008 o Direito Humano à Água, como um direito fundamental. “[...] de manera que podamos construir un nuevo acercamiento fundamentado en tradiciones pasadas, políticas actuales e imperativos futuros de gestión de un futuro hídrico común. Las contribuciones para construir dicho entramado [...] san urgentes. (BLACK, 2005, p. 7).

A água não é como os demais recursos naturais, pois não pode ser substituída. É o elemento mais importante para garantir a nossa sobrevivência, “em raras ocasiões somos conscientes de que a água é um alimento essencial para o nosso corpo e nossa mente”. (BLACK, 2005, p.13). Prova disso é que, “em maior ou menor medida, somos feitos de água: 70% de nossos tecidos e 55% de nosso sangue é água”. (BLACK, 2005, p. 13).

O homem moderno vê na água um recurso renovável desconhecendo que do total de água restante no planeta, só 3% é água doce apta ao consumo humano, distribuído, segundo estimativa aproximada, da seguinte forma: 29% (desses 3% de água doce) são águas subterrâneas, 70% são calotas polares e 1% água superficial e outras formas de armazenamento. O ciclo hidrológico é um processo dinâmico através do qual a água se transforma continuamente em seus três estados: sólida, líquida e gasosa.

No entanto, esse ciclo natural, no contexto atual, não pode mais, ao ser analisado cientificamente, ignorar a presença do ser humano que, ao interagir com ele, está condicionado a renovabilidade dos recursos hídricos”. (TUJCHNIDER et al., 2005, p. 7). A intervenção do homem produz o que se convencionou chamar de o “ciclo ambiental da água”, e é um dos problemas mais críticos da agenda ambiental global, como estamos ressaltando:

Existe un consenso internacional que el recurso de la agua se perfila cada vez con mayor fuerza como un pilar estratégico para los Estados y sin lugar a dudas pues su importancia económica creciente parece mostrar que, en un futuro no muy lejano, generará una restricción severa para la calidad de vida de los habitantes de cada país. (TUJCHNIDER et al., 2005, p. L X).

A ONU vem alertando, nos diversos Fóruns Internacionais (México, Istambul...) que no ano de 2025 um terço da população mundial não terá acesso à água para satisfazer suas necessidades básicas de sobrevivência. No entanto, já atingimos esse patamar. “Dois mil millones de personas viven en países que tienen problemas con el agua. Para 2025, esa podría ser la situación de dos tercios de la población mundial, a menos que haya un cambio en las tendencias actuales.” (ACOSTA; MARTÍNEZ, 2010, p. 329).

Segundo Shiva (2004), nesse cenário, já dramático, polarizam-se as situações entre os países que detêm recursos hídricos e aqueles que



apresentam um quadro de estresse ou escassez hídrica. O consumo de água multiplicou-se por seis no século XX, duas vezes a taxa de crescimento demográfico. Assim, o controle de água representa o controle da vida.

Em 1995, Ismail Serageldin, vice-presidente do Banco Mundial, falou que as guerras do século XX foram feitas pelo petróleo, as do século XXI serão pela água.

Em 1998, 28 países padeciam de escassez de água. Se prevê que em 2025 esta cifra se elevará a 56 países [...]. Estima-se que um país enfrenta uma crise hídrica quando o volume de água disponível por habitante é inferior a 1.000 m<sup>3</sup> ao ano. Abaixo deste nível, a saúde e o desenvolvimento econômico de uma nação podem ver-se seriamente comprometidos. (SHIVA, 2004, p. 17).

Dificultando, ainda mais esse quadro, estamos impossibilitando, como aponta Black (2005), a capacidade regenerativa da água pelos diversos usos que dela fazemos. A grande maioria dos rios do leste europeu estão contaminados por substâncias químicas, águas residuais e resíduos agrícolas, de tal forma que suas águas não podem ser utilizadas nem mesmo pela indústria. Nos países menos desenvolvidos, a falta de saneamento básico torna a água um transmissor de doenças graves. Por outro lado, as águas subterrâneas que constituem hoje a principal fonte de água potável para um terço da população mundial estão sendo super-exploradas e contaminadas, por produtos químicos que, ao contrário das águas superficiais, uma vez contaminadas, tornam-se impróprias para o consumo. (BLACK, 2005, p. 31, 32).

Como salienta Shiva (2004, p. 12), em “todas las sociedades, en Oriente y en Occidente, en el norte y en el sur, se están desarrollando guerras entre paradigmas del agua”:

- um paradigma que está fundamentado em dualismos, fruto da modernidade, com uma confiança cega no desenvolvimento científico e técnico que hoje vê na água uma oportunidade de negócio;
- um paradigma plural que se constrói na complementaridade homem /natureza. Complementaridade que na cosmovisão andina se expressa no “Bem-Viver”.

Nesse sentido, diz a autora indiana:

Las guerras del agua son guerras globales, en las que participan culturas y ecosistemas diversos que comparten una ética universal del agua entendida como necesidad ecológica, en pugna con la cultura empresarial de la privatización, de la condecia y de la apropiación de las aguas comunales. (SHIVA, 2004, p. 10).

A disputa entre esses paradigmas demonstra que o controle da água é uma questão de poder. O Banco Mundial publicou, após a conferência Rio-92, um relatório sobre o gerenciamento de recursos hídricos, onde afirmou que “a água é um recurso cada vez mais escasso e que necessita de um cuidadoso gerenciamento econômico e ambiental”. (BLACK, 2005, p. 33). Desde então vêm se culpando a humanidade pelos abusos extravagantes e desperdícios cometidos contra esse infravalorado elemento vital.

### **Os fóruns mundiais da água: consolidando a visão mercantil da água**

Na construção de um consenso internacional, foi sedimentada a tese entre grupos representativos dos países desenvolvidos de que o “enorme desperdício no uso e gerenciamento da água [...] é supostamente devido ao fato de que a maioria das nossas sociedades, até o momento, considerou a água como um bem social e não como uma mercadoria”. (PETRELLA, 2004, p. 77).

Em consequência, o preço da água foi mantido artificialmente baixo, o que determinou o uso abusivo tanto na agroindústria quanto no consumo doméstico. Assim, “a água não deve mais ser tratada como se estivesse disponível em abundância (Banco Mundial) e, sim, redefinida como um bem econômico”. (PETRELLA, 2004, p. 77).

A água vista como um bem econômico deve ter preço estabelecido pelos “mecanismos de la oferta y la demanda resolverán en problema, provocando los cambios necesarios en los hábitos domésticos, agrícolas y económicos, y se hará un uso más responsable del agua sin despilfarrarla ante la amenaza de un futuro sin agua”. (BLACK, 2005, p. 33).

Segundo Petrella (2004), considerar a água uma mercadoria passou a ser um pressuposto de gestão eficiente, bem como melhor garantia contra as guerras da água. O setor privado passa a ser o “símbolo da eficiência,

enquanto o Estado (tanto o central como o local) é sinônimo de burocracia, ineficiência, rigidez, letargia e corporativismo”. (PETRELLA, 2004, p. 77).

A participação das grandes corporações da água, em organizações internacionais, como o Conselho Mundial da Água, responsável pela preparação dos Fóruns Mundiais da Água foram consolidando modelos conceituais de gestão de recursos hídricos, que preparam o caminho da privatização da água em inúmeros países.

Além do respaldo legal e financeiro que as agências internacionais a serviço do governo da economia global – OMC, BM e FMI – proporcionaram no mercado global da água, dois acontecimentos marcaram definitivamente o desenvolvimento deste processo. Em 1992 celebraram tanto a Conferência de Dublin, como a Rio-92 e, destas reuniões surgiu a idéia de criar alguns organismos mundiais que mediarão o processo até uma gestão mais sustentável dos recursos hídricos. Finalmente, em 1996, o Banco Mundial fundou o Conselho Mundial da Água e a Associação Mundial da Água, e em 1998, a Comissão Mundial da Água para o século XXI. (GARCIA, 2008, p. 82-89).

O impacto da globalização neoliberal sobre as políticas hídricas fez com que até 2010 a ONU assumisse uma posição extremamente contraditória ao aceitar a definição da água como necessidade humana e, portanto, podendo ser satisfeita, por entes públicos ou privados. Ao ser hoje um dos negócios mais lucrativos, a água se encontra no coração mesmo das estratégias globalizadoras, que tiram-na do âmbito público e do controle estatal, fazendo-a ingressar na lógica da economia mundial que ignora os princípios do bem-comum e a visão ecossistêmica do meio ambiente.

De fato, como traz Shiva (2004), na atualidade, o comércio global da água está controlado basicamente por dez grandes empresas, entre elas, Suez Lyonnaise des Eaux, Vivendi Environment y Bechtel, que são apoiadas por algumas instituições globais como o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e os governos do G-8.

Para formular e promover um novo programa de política de recursos hídricos, o Banco Mundial criou o Conselho Mundial da Água em aliança com as maiores empresas do setor, “que em poucos anos conseguiram

formar uma rede de influência internacional para promover a gestão da água no marco de uma associação pública /privada. (GARCÍA, 2008, p.85).

Segundo Garcia (2008), nessa perspectiva, então, criou-se uma plataforma de divulgação, ou seja, os Fóruns Mundiais da Água, que ocorreriam a cada três anos, com o objetivo de consolidar um espaço adequado para construir um consenso entre todos os atores envolvidos no setor da água.

O I Fórum Mundial da Água ocorreu em Marrakesh, de 21 a 24 de março de 1997, dando impulso a todo esse processo. A Declaração de Marrakesh, resultado desse primeiro fórum, reconheceu a necessidade urgente de melhorar a compreensão dos complexos fatores qualitativos e quantitativos, políticos e econômicos, legais e institucionais, sociais, financeiros, educativos e do meio ambiente, que devemos ter em conta na hora de desenhar a política hídrica do novo milênio. Assim, se fez um chamado aos governos, às organizações internacionais, ONGs e aos povos do mundo, para trabalhar coordenadamente, colocando em prática os princípios de Mar Del Plata, de Dublin e Capítulo 18 da Agenda 21.

O II Fórum Mundial da Água ocorreu em Haya, de 17 a 22 de março de 2000 (lançou as bases conceituais para as Políticas de Recursos Hídricos mundiais).

A Declaração Ministerial sobre a Segurança da Água no século XXI, que foi subscrita por 100 ministros, propõe vários desafios para uma nova gestão integral e sustentável da água, dos quais destacamos a prioritária satisfação das necessidades básicas, fundada no acesso à água como uma necessidade humana básica. O documento desse Fórum pretendeu unificar a perspectiva sobre o futuro dos recursos hídricos no planeta, propondo a colaboração entre os setores públicos e privados, como solução principal da crise global da água.

O III Fórum Mundial da Água realizou-se em Kyoto, de 16 a 23 de março de 2003, e tinha como finalidade buscar soluções para os problemas da gestão mundial da água. A Declaração Ministerial, que foi subscrita por 130 ministros, ressalta a importância de se atingir um dos objetivos do milênio, ou seja, reduzir em 50% até 2015, as pessoas que não têm acesso à água. Isso exigira investimentos, o que supõe criar condições e dar segurança, para que esses investimentos possam ocorrer.

O IV Fórum Mundial da Água ocorreu na cidade do México, de 16 a 22 de março de 2006. Apesar da pressão de diversos países, organizações e

movimentos sociais, não se conseguiu uma declaração que reconhecesse expressamente o direito humano à água. Na versão final da Declaração Ministerial do IV Fórum – resultado da pressão das grandes transnacionais, principalmente através da Aquafed e das Agências Internacionais para manter e consolidar uma visão mercantilista dos recursos mundiais da água – reafirmaram como meros princípios algumas questões como a importância da água para o desenvolvimento sustentável e para garantir a segurança alimentar, a necessidade de reduzir os desastres naturais relacionados com a água e a de promover a igualdade de gênero nas soluções dos problemas vinculados com esse recurso.

O V Fórum Mundial da Água ocorreu em Istambul, de 16 a 22 de março de 2009, e contou com 95 ministros, em cuja declaração também não ficou definido o direito humano à água. Nesse Fórum, talvez o mais polêmico, o voto do Brasil foi decisivo para que o acesso à água e ao saneamento não fosse declarado um direito humano fundamental.

No V Fórum Mundial da Água, que ocorreu em Istambul, o Brasil provocou a indignação de vários países da América Latina. O fato de o Brasil, ao lado dos Estados Unidos, Egito e da Turquia, não reconhecer o acesso à água como direito humano básico, não foi bem recebido entre muitos governos da região, como da Bolívia, do Equador, da Venezuela, de Cuba e do Uruguai.

Esse resultado mostra a divisão entre os países no momento de se comprometer e garantir o acesso à água como um direito essencial de todo o ser humano. A Declaração Ministerial diz admitir “[...] as discussões dentro da organização das nações Unidas sobre os direitos humanos e o acesso à água potável e ao saneamento. Reconhecemos que o acesso à água potável e ao saneamento é uma necessidade básica”, diz o documento final que países como a Venezuela se negaram a assinar.

Ocorreu que, no âmbito das Nações Unidas, já em 2002, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais havia adotado o Comentário Geral nº 15 sobre o direito à água, em que ficou consignado que o direito humano à água potável é uma pré-condição para a realização de todos os direitos humanos.

O Comentário Geral nº 15 também define o direito humano à água como o direito de todos a dispor de água suficiente, segura, aceitável e fisicamente acessível para uso pessoal e doméstico.

- Suficiente: O abastecimento de água para cada pessoa deve ser suficiente e contínuo para uso pessoal e doméstico. Segundo a OMS, entre 50 a 100 litros de água por dia.
- Seguro: Água potável de qualidade.
- Aceitável: Todas as instalações de água e serviços devem ser culturalmente apropriadas, atendendo ao ciclo da vida, à questão de gênero e à segurança (integridade física).
- Fisicamente acessível: A pessoa deve ter acesso fácil à água potável.

Segundo o Comentário Geral nº15, o direito humano à água foi reconhecido em vários documentos internacionais, tais como, tratados, declarações e outras normas. Menciona-se, como exemplo, o parágrafo 2º do art. 14 da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, bem como o parágrafo 2º do art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

A água deve ser vista como um bem social e cultural e não somente como um bem econômico; no entanto, esse direito é violado à larga escala.

Como se sabe, no âmbito das Nações Unidas, existem dois grupos de direitos humanos: o grupo dos direitos civis e políticos, que são garantidos pelo compromisso do governo não intervir em sua vida. Já o grupo dos direitos econômicos, sociais e culturais que são programáticos requerem intervenções governamentais, com políticas públicas, para sua implementação. Foi sob essa alegação que o governo brasileiro justificou sua posição no V Fórum Mundial da Água em Istambul. Por outro lado, a inserção do acesso à água como direito humano, teria como consequência, segundo o governo brasileiro, o fato de todo cidadão do mundo ter esse direito. Além disso, segundo a Lei das Águas, aprovada em 1997, a água é um bem público com valor econômico.

A consequência imediata dessa posição já é visível em nossa realidade, quando as grandes corporações da água obtêm, através de parcerias público /privadas, a concessão para o abastecimento de água e esgoto em todos os estados da Federação.

Infelizmente, o conteúdo do que se entende por direito humano à água, na prática, significa o acesso a um sistema de fornecimento de água.

Mesmo com a Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 28 de julho de 2010, reconhecendo o acesso à água e saneamento como um

direito humano, não tendo um caráter vinculante, pouco altera essa tendência à privatização.

A idéia de que a água deve ser considerada principalmente como um bem econômico, ou um recurso comercializável [...], é profundamente simplista é baseada em uma escolha puramente ideológica que, no momento em que dá prioridade ao valor econômico em detrimento de todos os outros valores, está enfatizando apenas uma das muitas dimensões específicas da água. (PETRELLA, 2004, p. 83).

Nunca é demais lembrar que ter acesso à água não é uma questão de escolha, mas sim a possibilidade de viver ou não viver. A escolha, segundo Petrella (2004), intervém somente em relação às formas de acesso ou uso.

### **Delimitando o direito humano à água: ética, valores e funções**

Nos diferentes usos é que se convergem os fatores que determinam a crise da água. Assim, segundo Acosta e Martínez (2010), teríamos superpostas três crises:

- *crise de sustentabilidade*: que provoca movimentos em defesa do território e dos ecossistemas aquáticos frente à construção de grandes obras hidráulicas, de desflorestamento e da contaminação de rios, lagos e aquíferos;
- *crise da governança*: que gera movimentos em defesa dos direitos humanos e da cidadania, frente à privatização dos serviços básicos de água e saneamento;
- *crise de convivência*: na medida em que se usa a água como argumento de enfrentamento, ao invés de assumir a água como espaço de colaboração entre os povos ribeirinhos.

Segundo Wolkmer, Scheibe e Henning (2010), na verdade, estamos diante de uma crise epistêmica. Epistêmica porque, para enfrentar os desafios que se apresentam à gestão das águas nos diferentes níveis (internacional, nacional e local), há a necessidade de uma nova relação homem /natureza. Nesse sentido, um diálogo horizontal de culturas, tendo

como eixo catalisador o Biocentrismo, para apontar cosmovisões mais holísticas, que possibilitam reconhecer responsabilidades diferenciadas e compartilhadas na busca da sustentabilidade ecossistêmica. As estratégias incluem:

- descobrir conjuntamente o que é importante, verdadeiro e justo para um “bem viver”;
- um diálogo de saberes orientados para a construção de uma racionalidade ambiental que incorpore os conhecimentos tradicionais e culturais;
- melhoria da gestão através de marcos regulatórios e capacitação de atores com a utilização de conhecimentos locais e técnico-científicos.

O desafio de uma nova ética da água será fundamentar com diferentes valores a formalização de marco normativo da água, que atenda a todas as suas funções, na medida em que, “mesmo sendo a água, do ponto de vista físico químico, um elemento perfeitamente definido, suas funções são diversas e os valores gerados pelas múltiplas funções são de natureza diversa...” (WOLKMER; SCHEIBE; HENNING, 2010 p.17 apud AGUDO, 2004).

Como traz Shiva (2005), o mercado evidentemente não está apto a atender às necessidades atuais e futuras dentro de um enfoque ecossistêmico, que tenha como base de fundamento o Princípio da Vida. A visão da água a partir do mercado reduz seu valor ao econômico, esquecendo a importância espiritual, ecológica, cultural e social dos recursos hídricos.

Acosta e Martínez (2010) trazem que, assim, tal como propõem a Declaração Europeia por uma Nova Cultura da Água, deveríamos distinguir quatro funções da água que implicam direitos e deveres diferentes em sua gestão:

- A água-vida: está relacionada diretamente com as necessidades vitais do ser humano e deve ser gratuita à natureza. A água-vida, em função da preservação da vida, não é só um Direito Humano Fundamental, mais também um elemento fundamental da natureza para que possa manter seus ciclos vitais. “Neste caso, o critério não deve ser maximizar a eficiência, que é a guia por excelência da racionalidade econômica, senão garantir a eficácia.” (ACOSTA; MARTÍNEZ, 2010, p. 307).



Aqui, o maior desafio é político, na medida em que garantir entre 30 a 40 litros de água potável por pessoa ao dia representa somente 1,2% da água que usamos. O sentido político a ser resgatado nas decisões que afetam a coletividade deverá ser necessariamente a realização do Bem Comum. Esse direito deverá ser estendido aos animais e à natureza.

- A água-cidadania: em função do serviço público e interesse geral, o que a conecta com direitos sociais. Aqui, entram critérios de racionalidade econômico-financeira. “As instituições públicas, ao mesmo tempo que garantem os direitos de cidadania, devem estabelecer os correspondentes deveres cidadãos.” (ACOSTA; MARTÍNEZ, 2010, p. 310). Assim, oferecer serviços domiciliares de água e saneamento supõe um salto qualitativo que ultrapassa a necessidade de sobrevivência, mas, cuja gestão pode ser pública e comunitária. “O consumo e a conservação da água envolvem diferentes custos: humanos, econômicos, sociais, políticos, individuais e coletivos.” (PETRELLA, 2004, p. 86).

Quem tem direito à água tem o dever de cuidá-la; nesse sentido, as alianças entre o público e o comunitário, como em Porto Alegre, representam um resgate da soberania local e um exemplo de gestão que supera a opção neoliberal de privatização.

- A água crescimento (desenvolvimento): o maior consumo de água está na agroindústria. O setor agrário utiliza 70% dos recursos hídricos, enquanto a indústria 20%, nesse contexto é que enfrentamos uma situação-limite e a crise da relação homem /natureza. Aqui, discordamos do autor desse modelo conceitual, na medida em que adotamos critérios meramente econômicos (cobrança pelo uso da água), não atende aos desafios da Questão Ambiental. “A contaminação é um subproduto das tecnologias industriais e do comércio global.” (SHIVA, 2004, p. 50). Para que a água atenda às necessidades de um desenvolvimento social e ecologicamente sustentável, explica Shiva (2004), precisamos de uma abordagem complexa com soluções políticas e ecológicas. O desenvolvimento concebido, na perspectiva do crescimento econômico, levou a humanidade a uma crise global de múltiplas dimensões, o que demonstra a impossibilidade de mantermos a rota extrativista e devastadora para os países do Sul, e os elementos padrões de consumo que levarão o planeta ao colapso. Aqui trata-se da passagem da sociedade do Bem-Estar para a sociedade do Bem-Viver.

- Água para fins ilícitos: deve ser combatido por lei (exemplo: sobre exploração de aquíferos). (WOLKMER; SCHEIBE; HENNING, 2010 p.17 apud AGUDO, 2004).

Assim como salienta Acosta e Martinez (2010), pode-se atribuir à água diferentes funções em torno de diferentes valores que implicam uma hierarquia em seus usos. Na Constituição do Equador de 2008, priorizaram-se os usos da água, na seguinte ordem: para o ser humano, para a alimentação, para assegurar o ciclo vital dos ecossistemas e para a produção. O que significa transitar de uma percepção da água como mercadoria para uma visão da água como direitos humanos, recuperando o controle social da água, tendo como paradigma não só os direitos humanos, mas os direitos da natureza.

### Considerações finais

O novo constitucionalismo latino-americano, especialmente a Constituição do Equador de 2008, reconheceu o Bem Viver como a nova base ética do desenvolvimento caracterizado por contemplar a soberania, a equidade, a igualdade e também os direitos da natureza.

O Bem Viver (*Sumack Kausai*) reconstrói espaços de soberania local e nacional, com participação da cidadania plural e, através de direitos e garantias constitucionais, inicia um processo de emancipação do atual desenvolvimento predatório e excludente.

No art. 3º da Constituição de Montecristi, a água é definida a partir dos princípios da equidade, eficiência e sustentabilidade ambiental, como um direito humano, um bem estratégico de uso público, um patrimônio da sociedade, um componente essencial da natureza.

Com essa redefinição da água, atenta a todos as suas funções, com uma racionalidade complexa, supera-se não só a visão mercantil da água, recuperando o papel do Estado e a participação comunitária na gestão dos serviços hídricos, como também, ao introduzir o conceito de patrimônio, supera-se a visão da água como um bem comercializável. A água, como patrimônio, transforma-se no eixo catalisador de todas as transformações para passarmos de uma sociedade do Bem-Estar para uma sociedade do Bem-Viver.

Assim, deve ser garantida uma quantidade mínima de água gratuitamente a cada ser humano. Esse é o maior desafio ético da água, na medida em que alguns países possuem reservas de água doce e outros já sofrem a escassez e o estresse hídrico.

Como compartilhar esse elemento vital da natureza, a partir da solidariedade num mundo onde a competição e o lucro definem as relações entre os Estados? Essa questão é um desafio para a cidadania cosmopolita e para todas as nações do mundo.

Recuperar o controle Estatal /Social da água, com um direito plural / emancipatório, representa a oportunidade de redefinirmos o desenvolvimento a partir da liberdade, igualdade e equidade, respeitando os direitos da natureza, que nada mais são do que a possibilidade da continuidade da vida em nosso planeta.

A racionalidade ambiental muda a percepção de mundo com base em um pensamento único e unidimensional, que se encontra na raiz da crise ambiental, para um pensamento da complexidade. Superar as limitações não significa anular as diferenças, senão transcender o pensamento analítico, não como uma síntese que reúna os resultados de análise; senão como um pensamento holístico. Novas formas de produção sustentáveis podem propiciar a aplicação de ecotecnologias mais apropriadas a cada região e aos ecossistemas, rompendo as racionalidades econômicas homogeneizantes.

É necessário, pois, continuar desenvolvendo esforços de convergência entre os movimentos sociais e a comunidade técnico-científica, com vistas a identificar alternativas eficientes, equitativas e sustentáveis.

### Referências

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ Esperanza. *Água: um derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.

BARLOW, Maude. *Água Pacto Azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo*. São Paulo: Makron Books, 2009.

BLACK, Maggie. *El secuestro del agua: la mala gestión de los recursos hídricos*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2005.

GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta, 2008.

GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales em La nueva Constitución*. Quito: Abya Yala, 2009.

PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

SHIVA, Vandana. *Las guerras del agua: contaminación, privatización y negocio*. Barcelona: Icaria Antrazyt, 2004.

SHIVA, Vandana. *Manifiesto para una democracia de la tierra: justicia, sostenibilidad y paz*. Barcelona: Paidós, 2006.

TUJCHNEIDER, Ofelia et al. *Las aguas subterráneas*. Santa Fé, Argentina. Proyecto para La Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible Del Sistema Acuífero Guaraní, 2005.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; SCHEIBE, Luiz Fernando; HENNING, Luciano Augusto. *A Rede Guaraní/Serra Geral: um projeto em movimento*, 2010. No Prelo.

# ASPECTOS INOVADORES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO: ESTADO PLURINACIONAL E PLURALISMO JURÍDICO<sup>1</sup>

Antonio Carlos Wolkmer\*  
Lucas Machado Fagundes\*\*

## 1 Introdução

A constituição não deve ser tão-somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, seus costumes e suas práticas que ordenam a tramitação do poder. Ora, não é possível reduzir-se toda e qualquer constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal. (WOLKMER, 1989, p. 14). A constituição material expressa o Poder Constituinte (força singular, absoluta e ilimitada), “que dá racionalidade e forma ao Direito”. Certamente, o Poder Constituinte que tem no povo

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado anteriormente na *Revista Pensar*, v.16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

\* Professor titular nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e Pesquisador PQ 1 do CNPq. Professor visitante em cursos de pós-graduação em várias Universidades do Brasil e do Exterior.

\*\* Mestre e Doutorando em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Membro do Núcleo de Estudo e Práticas Emancipatórias (Nepe). Pesquisador bolsista no CNPq.

seu titular é o “sujeito de fundação da constituição material”. (NEGRI, 2002, p. 44). A Constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes. Por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo. Assim, a partir de um nível mais amplo e teórico de constatação acerca do papel da constituição como instrumento formal de materialização de direitos, cabe trazer para a discussão o marco epistêmico e metodológico do Pluralismo, mas enquanto conceito dinâmico que reconhece o valor da diversidade e da emancipação. Em sua natureza, a formulação teórica do Pluralismo designa

[...] a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. (WOLKMER, 2001, p. 172).

Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”. (WOLKMER, 2001, p. 175-177). Na composição e dinâmica do Pluralismo, compreende-se a interdependência na diversidade de instituições sociais: Igrejas, sindicatos, associações civis e empresas. Obviamente, o Pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito. Ora, o Pluralismo no Direito tende a

demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para a produção e aplicação normativa, centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar numa discussão sobre as variantes de Pluralismo jurídico, seja do paradigma “desde cima”, transnacional e globalizado, seja do modelo “desde abaixo”, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista e emancipador. Daí a aproximação e integração entre constituição e Pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito, de uma constituição que consagre e reafirme o Pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado Pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural. Para um pensamento epistemológico e um avanço metodológico na direção de um constitucionalismo pluralista, sem deixar de ser democrático e emancipatório, torna-se necessário um repasse crítico sobre a trajetória do constitucionalismo do tipo convencional, individualista, estatal e liberal, que marcou a trajetória latino-americana e brasileira. É o que se verá na análise subsequente.

### **Tradição constitucionalista latino-americana desde o século XIX**

A independência das colônias na América Latina não representou, no início do século XIX, uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e a Portugal, mas tão-somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional. Paulatinamente, incorporaram-se e adaptaram-se princípios do ideário econômico-capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista. Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias. Na verdade, as assertivas ideológicas do positivismo adquiriram extrema importância para a construção dos novos Estados oligárquicos, pois tal filosofia não só simbolizava a ruptura com um passado incômodo, como ainda expressava uma nova ordem política e legal. Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana, da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica, não se realizaram somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais

de direito público, particularmente da positivação constitucional. Isso se comprova no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos, que foram doutrinariamente marcados pelas Declarações dos direitos anglo-franceses, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812).<sup>2</sup> Já a positivação moderna, decodificação do direito privado ibero-americano, foi modelada pelo ideário individualista, romanístico e patrimonial da legislação civil napoleônica (1804) e do estatuto privado germânico (1900). (ANDRADE, 1997).

É relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial quanto as instituições jurídicas, formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições), derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos direitos romano, germânico e canônico. Igualmente, na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização latino-americano pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, bem como provenientes agora da nova modernidade capitalista, de livre-mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista.

Nesse sentido, a incorporação do modo de produção capitalista e a inserção do liberalismo individualista tiveram uma função importante no processo de positivação do direito estatal e no desenvolvimento específico do direito público das antigas colônias ibéricas. Cabe reconhecer que o individualismo liberal e o ideário iluminista dos Direitos do Homem penetraram na América hispânica, no século XIX, dentro de sociedades fundamentalmente agrárias e, em alguns casos, escravagistas, em que o desenvolvimento urbano e industrial era praticamente nulo. Desse modo, a juridicidade moderna de corte liberal vai repercutir diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e reprodutoras dos interesses coloniais das metrópoles.<sup>3</sup> (DE LA TORRE RANGEL, 1997, p. 69-70, 72-73).

<sup>2</sup> Constatar: Torre Villar; García La Guardia (1976); Gargarella (2005); Colomer Viadel (2009); Caducci (2003).

<sup>3</sup> Para um maior aprofundamento, constatar: Wolkmer (2006, p. 95-97).



Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas consagassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana.<sup>4</sup> Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos.

### **O movimento do constitucionalismo latino-americano nos últimos anos**

Importa mostrar como os movimentos do constitucionalismo ocorrido recentemente em países sul-americanos (Bolívia, Equador e Venezuela) tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público a partir dos interesses e das necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios. Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são, do ponto de vista da filosofia jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para a refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história; quiçá, observa-se um processo de descolonização do poder e da justiça. Diante disso, examina-se o panorama do que vem a ser esse constitucionalismo “novo”, “emancipatório” ou “transformador” que está ocorrendo majoritariamente nos países andinos, o qual tem sido a mais

---

<sup>4</sup> Wiarda (1983, p. 82, 85-86). Consultar igualmente: Carbonell; Orozco; Vazquez (2002).

recente faceta no estudo do direito constitucional, mexendo nas esferas de poder político e na ordem do Estado de Direito, passando a inovar em diversos aspectos, fator diferenciado para a cultura constitucional nas suas várias etapas históricas. Dessa forma, cabe destacar a origem do ímpeto inovador, que começa a desenhar-se a partir da “necessidade”; tal constatação parte de professores e pesquisadores mais envolvidos atualmente em investigar sobre o constitucionalismo latino-americano, como Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, docentes espanhóis, com experiência na discussão direta das situações políticas dos países que recentemente passaram por inovações constitucionais (Bolívia, Equador e Venezuela). Em particular, para o último autor, o contexto social de exigibilidade da concretização de políticas eficazes em torno das necessidades fundamentais é o principal motor que irá fomentar as novas constituições, pois dirá:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. (MARTÍNEZ DALMAU, 2008, p. 22).

Dito isso, percebe-se por que alguns autores, como Boaventura de S. Santos (2009), qualificam como um constitucionalismo “desde abaixo”, relacionando sua origem com a exigência popular por melhores condições de vivência digna. Esse constitucionalismo latino-americano busca (re)fundar as instituições políticas e jurídicas com ideias alheias ao modelo liberal-individualista de matriz eurocêntrica, atomizado em singularidades, como diria José Luis Bolzan de Moraes (2002) de “mônadas isoladas”. O processo prioriza a riqueza cultural diversificada, respeitadas as tradições comunitárias históricas e superado o modelo de política exclusivista, comprometida com as elites dominantes e a serviço do capital externo. No histórico constitucional, a América Latina é fortemente marcada por sua trajetória de servidão intelectual à matriz europeia, após séculos de submissão aos modelos inspirados nas teorias liberais.

No presente momento, alguns países sul-americanos tentam o procedimento de descolonização, utilizando-se de instrumentos jurídicos originalmente legitimadores dos interesses das elites dominantes. Tal movimento, diferentemente da independência institucional do Estado no século XIX, agora se revela, no âmbito do pensamento e das práticas políticas e jurídicas, mediante uma visão diferenciada e comprometida com a transformação social e principalmente econômica. O período alcançado é de mudanças, transpondo ao acesso popular o modelo jurídico gestado para os anseios liberais, o qual foi pervertido pelo positivismo conservador, convertido em carta de interesses imperialistas e, nas últimas duas décadas do século passado, tornado subserviente aos intentos do capital financeiro globalizado.

Traduz-se em dar vida às palavras consagradas nos textos formais, que se confirmam nas ações práticas, conduzindo as populações do regime de marginalização política e social a melhores condições de vida; eis o requisito transformador. Desde que também se constituam em processos aglutinadores de forças da cosmovisão histórica do ameríndio, autóctone, originário ou campesino, na nova ordem constitucional. Trata-se da convergência política intercultural do ponto de vista a legar direitos materiais e possibilidade fática de exercício deles aos setores que foram excluídos historicamente do poder decisório. Cabe advertir que a luta pela institucionalização de direitos só faz sentido quando acompanhada da exigibilidade popular, para não cair no discurso retórico quando formalizados em um documento jurídico. Para Santos (2010, p. 80), isso se denomina uso contra-hegemônico de instrumentos hegemônicos:

En ese momento, en que hubiera sido crucial contar con un constitucionalismo fuerte, las sociedades se encontraron con un concepto debilitado de constitucionalismo, que no servía para la protección del Estado social. Paradójicamente, el constitucionalismo del bienestar no podía usarse para proteger al Estado del Bienestar. A finales de los setenta y, en particular, durante la década de los ochenta, las políticas neoliberales se extendieron sin apenas obstáculos por donde antes se había defendido la necesidad del Estado social. Los efectos del retorno de esa forma descarnada de liberalismo que ha dado en llamarse neoliberalismo no necesitan palabras para ser explicados. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2005, p. 59).

Tendo em conta esses aspectos, os autores espanhóis aqui privilegiados propõem três modelos de constitucionalismo em voga nas últimas décadas, numa ideia de sequência afirmativa democrática e política, voltada aos interesses sociais; porém, teoricamente, com quebras de perspectivas que os diferenciam entre si, ou melhor, obtêm autenticidade e particularidade dado ao contexto político e social no qual se inserem. Serão os momentos denominados de Neoconstitucionalismo, Novo Constitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano. Veja-se a diferença entre eles:

El neoconstitucionalismo, como explica Carbonell, pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Se aluden como constituciones representativas la española de 1978 o la brasileña de 1988 (2007, p. 9 y 10). El neoconstitucionalismo desde ese punto de vista es una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. (CARBINELL apud VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17).

E, ambos os autores, seguem citando Ferrajoli:

De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho. Como ha expresado Ferrajoli se debe distinguir entre ‘el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal)’, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. (Apud VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17):

Destacada a busca da constitucionalização do ordenamento jurídico pelo neoconstitucionalismo, vale lembrar o contexto político de alguns governos, no qual se insere a discussão. Nesse momento histórico, a limitação aos poderes do Estado estava vinculada à ingerência autoritária, pré-revolução democrática espanhola e, no caso brasileiro, ao período de redemocratização, caracterizado pelos absurdos (i)legais do longo período ditatorial.

Assim, a carga de rigidez constitucional e o vasto legado das garantias frente ao Estado estão muito atrelados aos fatos políticos anteriores, conforme se verifica com a forte impregnação de normas constitucionais no campo político, consoante se afirmou na citação dos autores espanhóis com referência a Ferrajoli, ou mesmo “[...] *se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución em el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo y interpretación del mismo.*” (FERRAJOLI apud VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17).

Entretanto, importa relacionar que o novo constitucionalismo foca seu interesse na relação democrática que dará origem às constituições e à difusão de mecanismos democráticos no seu seio, ou seja, é mais uma preocupação política do que basicamente jurídica. Diferentemente do neoconstitucionalismo, esse “novo constitucionalismo” busca a legitimidade da soberania popular, antes mesmo que a preocupação e a afirmação jurídica positivada. Isto é, importante na particularidade que lhe confere enquanto construção político-democrática participativa. Assim:

Por su parte, el nuevo constitucionalismo asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática [...]. Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la fundamentación de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente – como consecuencia de aquélla – interesa la efectividad de la Constitución, con particular referencia – y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas – a su normatividad (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 18).

Juntamente com às distinções e o cuidado com o adensamento do campo jurídico de matéria constitucional e substância político-democrática, há que se destacar a preocupação com as causas sociais que motivaram os novos textos constitucionais, bem como o ímpeto insurgente da transformação do Estado e o redirecionamento jurídico em favor das populações historicamente (so)negadas nas necessidades fundamentais, fatores que originam o movimento caracterizado como “novo constitucionalismo latino-americano”, sobre o que R. Viciano Pastor e R. Martínez Dalmau discorrem:

No hay que perder de vista que este nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca, como afirman Gargarella y Courtis, responder a la pregunta – aunque no sea la única – de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2009: 11). El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano. (2000, p.18).

O presente fundamento das exigências populares atribui ao conceito elencado como “novo constitucionalismo latino-americano” originalidade frente às duas primeiras teorias, no sentido de que o contexto social de exigibilidade é diferenciado e a preocupação inicial se conforma em necessidade de acesso ao poder para atender às demandas mais urgentes, por assim dizer, vitais. Nesse sentido, antes de uma preocupação jurídica ou democrático-legitimadora, existe a realidade marginalizada e com carências emergenciais, fator desencadeador do processo político e jurídico.

Sem dúvida, por essas razões, vive-se a época de constitucionalismos na América Latina, com destaque para os países: Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, que têm sido os propulsores da nova visão do direito constitucional; desafiam os pesquisadores e estudiosos do tema a analisarem as mais variadas formas de manifestação jurídica surgidas na região. E, dessas incursões provocativas, não faltam atribuições teóricas devido à riqueza do contexto e de suas particularidades inovadoras em um espaço onde “*las condiciones sociales en América Latina no dejan muchos resquicios para la esperanza, pero uno de ellos es el papel de un constitucionalismo comprometido*” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2005, p. 61),

compromisso com aqueles que promoveram e garantiram, através da participação democrática, o surgimento do novo momento constitucional, termo que traduz a esperança atual no constitucionalismo.

Relaciona-se à expressão acima outra denominação, um constitucionalismo “*sin padres*”, que traz consigo a carga histórica da opressão, tendo em vista o fato de não mais corresponder à política da elite crioula e seus interesses particulares, ou seja, “[...] *el nuevoconstitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña los procesos constituyentes*”. (MARTÍNEZ DALMAU, 2008, p. 19).

A construção política do Estado e de seus aparatos jurídicos, antes um privilégio de setor social abastado e imposto ao povo, no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural.

Dessa forma, cabe destaque ao protagonismo popular, durante e depois do processo constituinte, conformado na mobilização social para formação do poder constituinte permanente, diferentemente do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se afasta da participação do povo. No novo momento, a participação deve ser intensa, como afirma Santos (2009), pois a “chama” da insurgência popular no poder constituinte deve acompanhar esse período de transição e experimentalismo, sob pena de ver frustrado seu ímpeto revolucionário pela institucionalização e imersão no jogo político interno de portas e gabinetes fechados, ou ainda na lógica econômica globalizada de capitalismo famigerado.

Sendo assim, cabe destacar o rompimento com a prevalência da ideia de representação política, no sentido da importância que é atribuída aos referendos apreatórios e aos novos mecanismos de participação popular e democracia qualitativa, igualitária, inclusiva para as comunidades indígenas, com respeito as suas formas decisórias.<sup>5</sup> A presença da democracia

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “Art. 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena, originarios campesinos, entre otros, conforme a ley.”

intercultural é outra maneira de reconhecer a manifestação política da diferença e heterogeneidade.

La democracia igualitaria es la superación de la democracia representativa del siglo XIX y la participativa del siglo XX, por una democracia donde la igualdad material es el centro de la actividad estatal, la igualdad formal se echa en el baúl de la historia hipócrita del constitucionalismo moderno. (CHIVI VARGAS, 2010, p. 34).

Ainda, dentro da ideia de romper com a hegemonia da democracia representativa, vale enfatizar, da obra de Santos e da Constituição Política da Bolívia (art. 205), a importância referida à fiscalidade da organização política; isso ocorre com a incorporação junto aos tradicionais poderes de “Montesquieu”, um órgão chamado “Eleitoral Plurinacional”, que, segundo o autor português, “[...] es el cuarto órgano de soberanía al lado del Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Su competencia general consiste en controlar y supervisar los procesos de representación política”. (SANTOS, 2010, p. 87).

Não obstante as ideias democráticas, têm espaço as questões da institucionalidade jurídica. Assim, far-se-á referência especificamente no interior das constituições as peculiaridades, que se deve teoricamente exaltar. De tal modo, importa apresentar como se classificam as modalidades na esfera formal:

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez). (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 28).

No quesito originalidade, ou mesmo inovação, há que se sublinhar a vocação popular através da insurgência advinda das necessidades dos sujeitos oprimidos no continente latino-americano, principalmente em relação à consciência do processo de descolonização das práticas e do pensamento jurídico eurocêntrico, particularidade já referida acima. Resta destacar,



quanto à amplitude, artigos extensos para demarcar o profundo alcance jurídico e mesmo político, que a positivação constitucional proporciona. Assim, torna-se frequente, no texto constitucional boliviano, por exemplo, o termo e a expressão seguintes “nações” e “povos indígenas originários campesinos” ou mesmo a própria confecção do primeiro artigo,<sup>6</sup> que, na tentativa de abranger ao máximo as diversidades, torna-se amplo e complexo. Ademais, o fator da complexidade, tanto de técnica quanto de linguagem, encontra-se justificada na busca de articular diferentes institucionalidades, desde a abordagem da questão plurinacional, como o tribunal plurinacional boliviano e também as eleições para órgãos do governo como os juízes (Consejo de la Magistratura, Bolívia), até mesmo a cosmovisão ameríndia da *pachamama e sumac kawsay*, o *sumac kamaña*, o bem-viver.

Ainda fazendo referência a esse ponto, vale destacar a retirada do latim como língua jurídica, ou mesmo poder-se-á dizer, na linguagem popular, o destronar do “juridiquês”,<sup>7</sup> para maior acessibilidade. Exemplo disso é a troca de termos como “*habeas corpus, habeas data por acción de libertad e acción de protección de privacidad*”,<sup>8</sup> palavreado simples e de acesso popular; “[...] *se trata, por lo tanto, de textos técnicamente complejos y semánticamente sencillos*”. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p.32).

Por último, dentro das questões de formalidade, vale mencionar a “rigidez” constitucional, geralmente imposta ao poder constituído, como forma de dificultar a modificação da carta política pelos parlamentares eleitos. No presente momento constitucional boliviano, por exemplo, percebe-se a atribuição da modificação das normas constitucionais pelo mesmo poder constituinte originário, que prolonga, no tempo, sua ingerência popular sobre o ordenamento constitucional, relacionando

<sup>6</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía. Bolivia se funda en la pluralidad y en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

<sup>7</sup> Termo correntemente utilizado no cotidiano jurídico para determinar o palavreado retórico e sofisticado da linguagem jurídica, porém de difícil acesso aos populares, inclusive intitulou no ano de 2005 uma campanha da Associação dos Magistrados do Brasil pela simplificação do vocabulário jurídico nacional, “Judiciário ao alcance de todos – Noções básicas de juridiquês”.

<sup>8</sup> Arts. 125 e seguintes, Constituição boliviana. Para ver maiores detalhes em: Se puede Hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? (Viciano Pastor e Martínez Dalmau, 2011).

aparatos jurídicos<sup>9</sup> para serem acionados pelos mesmos atores que fundaram a nova ordem política, e não apenas limitando tal poder aos representantes eleitos. Fica evidente a fórmula de outra democracia possível, ou seja, voltam-se os interesses às funções de participação popular intensa no processo da democracia de alta intensidade. (SANTOS, 2005). É o que sustentam também os autores espanhóis:

Por último, ya se ha hecho referencia a la eliminación del conocido poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos. Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que cuenta con su explicación política en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo y tan extendida en el constitucionalismo europeo. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 32).

Não é demais lembrar que essas novas cartas políticas buscam sempre romper com a ordem anterior, não apenas teórica e formalmente, mas, de fato, permanentemente reinventando um poder constituinte originário nesse período político de “transição” (VICIANO PASTOR; MARTINEZ DALMAU, 2010), quando o “Estado experimental” (SANTOS, 2010) é a alternativa buscada para realizar uma resistência às ofensivas dos tradicionais grupos dominantes e seus interesses econômicos e políticos particulares, os quais têm tentado a reação para a retomada do poder.

Dessa maneira, após esse panorama sobre o movimento constitucional dos países sul-americanos nas últimas décadas, examinar-se-ão algumas peculiaridades separadas por relevância na quebra de paradigma da mentalidade jurídica de base liberal-individualista monista, bem como alguns aportes que rompem o velho modelo de pensar e aplicar o direito na realidade de colonização do pensamento latino-americano.

---

<sup>9</sup> Vide art. 411 da Constituição Política do Estado boliviano.

Assim sendo, ver-se-ão duas características insurgentes na transformação da realidade política e jurídica, e que se conformam no contexto de Estado Plurinacional e Pluralismo Jurídico.

*Algumas características do constitucionalismo insurgente latino-americano*

Institucionalmente, nos últimos anos, o movimento do constitucionalismo latino-americano aborda algumas questões inovadoras, que parecem romper com velhos paradigmas políticos do direito e mesmo do direito constitucional. Nessa parte do artigo, será mostrada uma noção do que se entende por Estado plurinacional e Pluralismo jurídico, lançando as bases para a compreensão inicial de algumas das principais características do recente movimento político-jurídico em nosso continente. Sendo assim, de imediato, vale alertar que não faz parte da abordagem esgotar ou apresentar todas as categorias que possam englobar o entendimento exaustivo do tema e as particularidades de cada constituição política. Compreende-se que as temáticas possam ser trabalhadas separadamente em um estudo independente de cada ponto, porém seguindo no intuito de oferecer o cenário amplo para inaugurar o debate e experimentar as tendências referentes ao novo constitucionalismo latino-americano, do ponto de vista da nova institucionalidade; segue, nas linhas abaixo, uma breve explanação.

### **Estado plurinacional**

Na etapa presente, serão destacadas algumas tipologias do Estado, as quais expressam a ideia Plurinacional, assinalando uma das caracterizações que se faz do movimento constitucional na América Latina. Assim, importa resgatar posições do Estado como conceito histórico para o contexto desse continente, no sentido de iniciar um processo de transformação e superação das crises dos modelos estatais modernos, sendo refeita a leitura histórico-crítica da sua formação e operacionalização em “Nuestra América”. (SANTOS, 2009).

Para refundar o Estado, faz-se preciso inferir a concepção do Estado-Nação; tal fim há de começar pela ideia de Luis Villoro (1998), para quem, na existência da associação humana é são imprescindíveis quatro condições: “uma comunidade de cultura, consciência de pertencer a esta comunidade, projeto comum e relação com um território”. Diante disso, antes de adentrar na especificidade do Estado Pluricultural ou mesmo

Plurinacional, irá se estabelecer o que esse autor dispõe na diferença entre a nação histórica e a nação projetada:

La nación proyectada puede rechazar una nación histórica antecedente e intentar forjar sobre sus ruinas una nueva entidad colectiva. [...] si la nación 'histórica' funda su origen y transcurso en el tiempo, la 'proyectada' la construye mediante una decisión voluntaria. En aquélla, de la historia nace el proyecto nacional; en ésta, del proyecto nacional se origina la interpretación de la historia. Como veremos en seguida, mientras las naciones tradicionales corresponden predominantemente a la primera clase, el Estado-nación moderno forma parte de la segunda. (VILLORO, 1998, p. 16).

Assim, resta também mencionar sobre as ideias de Santos em torno do conceito de Nação, ou mesmo Estado-Nação, a existência de dois termos históricos:

98

El primer concepto de nación es el concepto liberal que hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado; es decir, nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado y por eso en los Estados modernos se llaman Estado-nación: una nación, un Estado. Pero hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado. (SANTOS, 2009, p. 202).

Ademais, há que se resgatar a luz das reflexões críticas sobre o processo de formação do Estado latino-americano, a ideia de Estado Nacional que atendeu às exigências de determinado segmento social (Crioulos ou Criollos) detentor das propriedades e herdeiro das famílias de colonizadores europeus. Para satisfação dos interesses dessa fração social, constituiu-se o modelo específico estatal na história da América luso-hispânica, porém longe das pretensões populares que foram marginalizadas do poder. Uma vez mais são apropriadas as reflexões de Villoro:

Por eso se entiende los múltiples casos en que una nación precede a su constitución como Estado, o bien, una vez constituido, se opone a él. En América Latina, por ejemplo, la

conciencia de la pertenencia a una nación específica precedió a su establecimiento como Estado. La nación se formó en la mentalidad de un grupo criollo en la segunda mitad del siglo XVIII, antes de pretender para ella la soberanía política. (1998, p. 17).

Na realidade, o movimento político da criação do Estado na América Latina é fortemente influenciado pelo processo europeu de unificação política e jurídica, ao passo que, em terras do novo mundo, efetivou-se distintamente (primeiro veio o Estado e depois as classes sociais). (WOLKMER, 1990). A homogeneização política e jurídica, invenção e solidificação da modernidade, importou para o continente latino-americano o modelo que havia obtido êxito para as monarquias e os Estados em uniformização na Europa. Ora, esse arquétipo de Estado nacional serviu tanto na metrópole como nas colônias, para atender ao objetivo próprio de determinado setor social dominante, que se afirma como hegemonia após as revoluções iluministas; no continente europeu refere-se à burguesia e, na região, às elites proprietárias de terras. (VILLORO, 1998).

Contudo, deve-se resgatar da ideia de nação liberal a quase homogeneidade de culturas e tradições dos sujeitos submetidos ao modelo centralizado de poder político denominado governo, assentado na estrutura de democracia manipulada e fetichizada, que, hoje, encontra-se também em processo de reinvenção por não mais atender aos engodos do poder historicamente hegemônico, mas, sim, às classes que despertam da sua alienação e exigem acertar contas com a História.

Para Santos (2010), “*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión*”, ou seja, identificada com os interesses da diversidade das culturas suprimidas. O que há de comum agora é a articulação de múltiplas culturas e o respeito às diferenças em vez de igualdade em homogeneidades abstratas e redução de complexidades. Juntamente, não é demais trazer a conceituação histórica de Villoro, quando lembra que:

La homogeneización de la sociedad nunca consistió, de hecho, en una convergencia de las distintas culturas, y modos de vida regionales en uno que los sintetiza, sino en la acción de un sector dominante de la sociedad que, desde el poder central, impuso su forma de vida sobre los demás. Los nuevos Estados nacionales se

forman a partir del programa decidido por un sector social que se propone la transformación del antiguo régimen para formar una sociedad homogénea. (1998, p. 29).

Sendo assim, a insurgência política, nos Andes e na Venezuela, demonstra uma postura de rompimento e transformação do paradigma estatal dominante; a partir da historicidade crítica, os sujeitos que foram coisificados e moldados à racionalidade externa homogeneizadora emergem no cenário político de exigibilidade das suas necessidades fundamentais, tomando o poder sob as variantes da mentalidade voltada aos interesses populares e com vista a absorver as complexidades, sem, contudo, uniformizá-las.

Nesse sentido, constrói-se “desde abajo” o respeito à condição cultural diferente, para longe das determinantes simplificadoras da tradição política elitista, fundar as bases do Estado que reconheça e se firma na diversidade de culturas através do diálogo. A reinvenção do Estado como movimento político não limitado apenas à insurgência dos sujeitos históricos é, também, questão de realocação das esferas da interpretação sobre nacionalidade uniforme para plurinacionalidade, com distribuição de poder e de autonomia para as práticas políticas, jurídicas e econômicas das comunidades autóctones, originárias e campesinas. Dessa forma, interessa que: “[...] la plurinacionalidad no es la negación de la nación, sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. La polarización entre nación cívica y nación étnico-cultural es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada”. (SANTOS, 2010, p. 84).

Ou mesmo pode-se reafirmar que:

En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro do mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y

autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. (SANTOS, 2010, p. 81).

No processo da refundação plurinacional do Estado, vale ter presente a condição de pluriculturalidade existente, negada e encoberta pelo processo de colonização, forjada no seio dos interesses patrimoniais das elites dirigentes, em que a fundamentação violenta reformulava-se no tempo para seguir hegemônica. O alto grau de complexidade das relações sociais não pode mais ser sufocado pela racionalidade positiva e reducionista, mas direcionar-se para a racionalidade emancipatória ou, ainda, de libertação, embasada na crítica como movimento de construção da nova realidade edificada por aqueles que sempre tiveram os espaços de poder e decisão negados.

O diálogo objetiva erguer outra unidade política, que não pressupõe a necessária uniformização. Na realidade, o que constrói nossa identidade é a multiplicidade de características culturais; logo, a partir dessa “mestiçagem cultural”, pode-se arquitetar um poder multifacetado, tão complexo do ponto de vista da sua composição, quanto desinibido de reducionismos homogêneos, enfim, qualitativa e quantitativamente plural.

A partir da leitura de Villoro, enfatiza-se que o resgate histórico não consiste em trazer discussões ou rivalidades do tempo pré-invasão, mas, sim, reconhecer o próprio processo de formação como intencionalmente fundado para uns poucos dominarem uma maioria desintegrada, moldada para produzir a individualidade, que lhe é estranha ao modo de vida comunal autóctone. A nossa situação política de unidade busca, no diálogo e na (re)distribuição intercultural decisória do poder, o melhor caminho para satisfação das justas necessidades humanas. Como dirá Villoro:

No podemos volver atrás. Los siglos XIX y XX, a través de muchos sufrimientos, lograron construir una nueva identidad nacional: la nación mestiza. Se forjó una unidad real nueva, que permitió la modernización relativa del país. Sería suicida querer la disgregación de esa nación de lo que se trata es de aceptar una realidad: la multiplicidad de las diversas culturas, de cuya relación autónoma nacería esa unidad. Frente al Estado-nación homogéneo se abre ahora la posibilidad de un Estado plural que se adecue a la realidad social, constituida por una multiplicidad de etnias, culturas, comunidades. (1998, p. 47).

Após a análise da formação do conceito de Estado-Nação moderno e a compreensão do resgate da pluralidade de nações dentro do mesmo espaço geográfico, pautados pela ideia de que a autodeterminação não significa independência (SANTOS, 2009), insere-se a questão no âmbito latino-americano: como converter o modelo colonial de nação em instância emancipatória? Tal modelo estará em busca da libertação para ampliação do conceito de Estado. Para isso é lembrada a reflexão do jurista boliviano Chivi Vargas (2010), “¿Qué es un Estado Plurinacional Comunitario?”, que nos responde da seguinte forma:

Quién puede negar que Bolivia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONGs y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie... Quien puede negar que debido a la inexistencia del Estado en las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originarios o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios y efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del periodo pre colonial se mezclaron con practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas por la propia visión de los pueblos indígenas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida en común, en colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a un Estado hostil, un Estado eurocéntrico o norteamericanizado. (2010).

Sendo assim, pode-se notar que os movimentos pela refundação do Estado latino-americano surgem da exigência histórica por espaço democrático, congregam interesses a partir do abandono da posição de sujeitos passivos na relação social com os poderes instituídos. A constatação da pluralidade de nações permite exibir uma resposta à indagação acima. Pode-se converter o modelo colonial de nação em instância emancipatória, quando houver o rompimento com os laços e as práticas exclusivistas das concepções liberal-individualistas, que mantinham as mesmas nações no “cabresto” político-jurídico monista.

No entanto, para essa reinterpretação pluricultural, foi destacado o papel do diálogo e da interculturalidade como os principais instrumentos, na medida em que não se deve repetir os erros dos dominadores, recolonizando o poder, ou mesmo tornando-o hegemônico novamente.



Tal ideia se propõe a impedir a sobreposição de culturas, no sentido de que haja compatibilidade dos “diferentes”, convergindo em diálogo humanitário. Para essa tarefa, Santos (2010) sugere um instrumento de trabalho na produção da epistemologia do sul, em que a centralidade da proposta se encontra nos pilares da ecologia dos saberes e na tradução intercultural; tal mecanismo se denomina “hermenêutica diatópica”, com a qual operacionaliza as duas ideias centrais para produção epistemológica sulina. Assim, “*la hermenéutica diatópica consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan*”. (SANTOS, 2010, p. 46).

Juntamente a essas questões, é importante não perder de vista o fato de que se deve rever o Estado moderno dentro dos anseios populares e comunitários:

Entonces está aquí la idea de que la plurinacionalidad obliga, mas obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, como vamos a ver, es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferente conceptos de nación dentro de un mismo Estado. La interculturalidad tiene esta característica que no es simplemente cultural, sino también política y, además, presupone una cultura común. No hay interculturalidad si no hay una cultura común, una cultura compartida. (SANTOS, 2009, p. 202).

Após esta análise do movimento constitucional latino-americano pelo viés do empoderamento popular e do reconhecimento das diversidades sociais que compõem o espaço político-jurídico do Estado, no qual pode dar-se destaque novamente para o primeiro artigo da constituição boliviana,<sup>10</sup> com suas previsões do direito “plurinacional” e “intercultural”, fundando na “pluralidade” e no “pluralismo”, introduzir-se-á o fenômeno já presente nas sociedades há séculos, mas que a cultura jurídica dominante, liberal-individualista tratou de encobrir com seu racionalismo monista,

---

<sup>10</sup> Nueva Constitución Política de Bolivia – “Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”

ou seja, o pluralismo jurídico, que vem como outra manifestação de produzir e aplicar o direito e a justiça.

### Pluralismo jurídico

Seguindo com características que conferem originalidade a esse movimento do constitucionalismo insurgente, menciona-se o pluralismo jurídico. Tema que não é novo, pois bem se sabe que o pluralismo jurídico era vigente no tempo da Idade Média,<sup>11</sup> pré-centralização do poder político e jurídico nas mãos absolutas do Estado moderno em gestação. Assim é que os feudos ou mesmo reinos e organizações comunitárias possuíam seus direitos e modos de aplicar a justiça, tendo por segurança jurídica o seu direito costumeiro, temendo qualquer ingerência externa, somando-se ao mosaico de normatividades às legislações canônica, aristocrática e romana. (HESPANHA, 2005).

Porém, nas últimas décadas, essa temática vem ressurgindo com força devido às crises epistemológicas e às insuficiências do direito e da justiça moderna, fazendo emergir o velho pluralismo jurídico, adormecido no encobrimento das culturas autóctones ameríndias latino-americanas. Nesse contexto, para adequar-se ao diálogo que se apresenta sobre a refundação do Estado, far-se-á aporte ao entendimento do pluralismo jurídico, mas um tipo peculiar, que se propõe emancipatório, democrático e participativo, enfim “[...] como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. (WOLKMER, 2001). As sociedades segregadas pelo poder instituído foram submetidas ao modelo e à racionalidade do direito alienígena, estranha ao seu modo de pensar e agir juridicamente. Tal modelo colonizador tornou-se hegemônico e moldou o pensamento das elites dirigentes dentro da ideia do monismo, ou seja, a fonte do direito é a lei e a lei vem do Estado; algo como ideal dogmático, incontestável, que as faculdades ainda insistem em ter como seu modo jurídico de pensar. Contrariamente, como destaca Santos (2010, p. 89), “*el constitucionalismo plurinacional constituye una ruptura con este paradigma al establecer que la unidad del sistema jurídico no presupone su uniformidad*”.

---

<sup>11</sup> Sobre esse tema observar: Grossi (1996) ou Hespanha (1982).

Ora, o direito tradicional não se conforma suficientemente, para satisfazer as demandas sociais por justiça. As sociedades do Sul Global<sup>12</sup> possuem um alto grau de mestiçagem e complexidade, que os reducionismos do paradigma jurídico imperante não conseguem mais dar conta. Esse projeto liberal-individualista, com alto teor de homogeneidade legal e abstração, não se apresenta como instrumento eficaz na produção da justiça, quiçá, nunca foi, devido à sua desconexão com a realidade social. Ademais, os próprios tribunais se reorientam e intentam uma aproximação com as camadas populares, depois de séculos de distanciamento e opressão destas.

Contudo, deve-se destacar as realidades como a dos países andinos, onde a produção da justiça paralela ao Estado é algo histórico que sobreviveu à invasão e à colonização do europeu; resgatar o pluralismo e a riqueza da produção jurídica autóctone das comunidades originárias é imprescindível para sedimentar a ideia de interculturalidade. Dessa forma, enfatiza-se que a mudança na mentalidade e na cultura jurídica hegemônica à qual fomos moldados não é algo que acontece de imediato, pois a atual situação é de transição de paradigmas, avanços e também de alguns retrocessos. Então, como o mundo e a vida não param, estando em questão relações humanas, logo exigirá uma lenta transição. Mais uma vez ressalta Santos:

Después de dos siglos de supuesta uniformidad jurídica no será fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales, actores políticos, servicios públicos, abogados y jueces adoptar un concepto más amplio de derecho que, al reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos. (2009, p. 197).

O pluralismo jurídico conformado em núcleos de justiça comunitária é uma das formas de manifestação para além da juridicidade institucional operacionalizada pelo pensamento mecânico da cultura hegemônica (a cultura do homem moderno ocidentalizado). Na medida em que essas

---

<sup>12</sup> El primer paso es aprender con el Sur. El Sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados, en desarrollo permanente, sin llegar nunca el marco de los países desarrollados. Y por eso, aprender con el Sur significa que la comprensión del mundo es mucha más amplia que la comprensión occidental del mundo. (SANTOS, 2009, p. 196).

práticas observam e orientam-se pelas tradições históricas de produção jurídica pelas comunidades, produzem seu modo de vida em comum. Importa refletir a possibilidade do pluralismo jurídico dividir-se nas classificações: conservador e emancipatório. (WOLKMER, 2001). Suas diferenças traduzem uma das “trampas” que podem minorar o ímpeto de rompimento com o paradigma dominante, na medida do exemplo conservador possuir seu embasamento na matriz liberal-individualista, composta por indivíduos isolados, mobilizados nos intentos privatistas econômicos; ao contrário, o tipo jurídico emancipatório é integrador, une indivíduos, sujeitos e grupos organizados em torno de necessidades comuns. (WOLKMER, 2008).

Realizado esse resgate, recupera-se, então, o modelo de pluralismo jurídico de tipo comunitário-participativo, adequado aos intentos de quebra dos paradigmas da juridicidade monista moderna, e voltado aos ímpetos emancipatórios que o período exige. Esse paradigma de pluralismo jurídico caracteriza-se pelo projeto de alteridade para o espaço geopolítico latino-americano e possui cinco características que lhe conferem originalidade, como tal e sugerem o período de transição: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço público participativo; d) defesa pedagógica em favor da ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. (WOLKMER, 2001).

Na explicitação desses fatores, primeiramente cabe a legitimação dos novos sujeitos sociais em contraposição ao sujeito coisificado, abstrato, privado e metafísico do liberalismo moderno. Em seguida, impõe-se a exigibilidade política da satisfação das necessidades fundamentais, que são exigências por bens materiais e imateriais de sobrevivência. Para isso, necessita-se da democratização e da descentralização do espaço público, ou seja, da reinvenção do espaço público tradicional dominado por clientelismo, autoritarismo e instabilidade sociopolítica para uma cultura de participação popular intensa. Outra característica é a defesa pedagógica em favor ética da alteridade que, segundo Wolkmer (2006), “[...] é a ética antropológica da Solidariedade [...] comprometida com a dignidade do outro”. Por último, a consolidação de processos conducentes a racionalidade emancipatória, ou seja “[...] racionalidade anti-tecno-formal, oposta a concepções operacionalista, calculista [...] voltada aos interesses históricos, da expressão de uma identidade cultural”. (WOLKMER, 2006).

Sendo assim, as constituições de países como Colômbia, Bolívia e Equador já incorporaram o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena paralela à juridicidade estatal, reconhecendo a manifestação periférica de outro modelo de justiça e de legalidade, diferente daquele implantado e aplicado pelo Estado moderno:

En su artículo 30, la Constitución de Bolivia establece un vasto conjunto de derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Es la expresión constitucional de la correspondencia, por primera vez en la historia del país, entre la fuerte presencia poblacional y el protagonismo político de los pueblos indígenas. Entre los derechos está el derecho a la jurisdicción propia cuyo ámbito queda definido en los artículos 190, 191 y 192. En la Constitución de Ecuador están igualmente reconocidos los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57) y la jurisdicción indígena (art. 171). (SANTOS, 2010, p. 91).

Entretanto, existe um fator nessa seara que deve ser explorado: trata-se do limite ou âmbito da abrangência de tais previsões legais sobre as competências da justiça comunitária. Em outros termos, aplica-se a justiça comunitária somente para os integrantes da comunidade ou apenas dentro do território comunitário? Isso é importante, pois

la jurisdicción indígena se aplica exclusivamente a los indígenas, lo que suscita el problema de la jurisdicción aplicable cuando los conflictos envuelven indígenas y no indígenas, lo que ocurre frecuentemente. Por otro lado, la jurisdicción indígena se aplica en los territorios indígenas, lo que suscita dos problemas. El primero es la delimitación del territorio que en muchos casos puede no ser muy clara. El segundo es el problema de los conflictos entre indígenas cuando ocurren fuera del territorio. (SANTOS, 2010, p. 92).

Tem-se configurado um problema a ser resolvido: conflito de culturas jurídicas, ou, ainda, definição da juridicidade a ser aplicada quando do encontro das diferentes visões; de um lado, a justiça tradicional e, de outro, a comunitária. Diante disso, algumas propostas são apresentadas no âmbito do constitucionalismo insurgente:

La Constitución de Ecuador habla de conflictos internos. La formulación boliviana es más amplia y explícita: ‘se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. [...] Probablemente, muchos de los conflictos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria terminarán siendo solucionados por las cortes constitucionales, como ocurre en Colombia. (SANTOS, 2010, p. 92).

Ou, ainda, a Constituição da Bolívia inova quando cria um órgão específico para debater tal questão:

Otro ejemplo será el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, una institución clave en un Estado plurinacional, ya que le competirá resolver algunos de los conflictos más complejos resultantes de la coexistencia y convivencia de las varias naciones en el mismo espacio geopolítico. Para ser verdaderamente plurinacional no basta que el Tribunal incorpore diferentes nacionalidades; es necesario que el proceso mismo de su conformación sea plurinacional. (SANTOS, 2010, p. 86).

Nesse sentido, faz-se necessário lembrar e enfatizar a hermenêutica diatópica e a interculturalidade presentes nos atuais textos constitucionais: o simples fato de reconhecer o pluralismo jurídico no documento político mais importante do Estado não significa a solução para a quebra de paradigmas da justiça tradicional e suas práticas indolentes. Dessa maneira, se apresenta a relevante postura que devem demonstrar os atores políticos na condução de situações semelhantes, no sentido de evitar reducionismo, sobreposição cultural e injustiças. Enfim, cumpre ressaltar, seja o novo, seja o velho pluralismo jurídico, o atual contexto se encontra diante do paradigma jurídico presente à margem do modelo hegemônico no direito, mas que sobreviveu e oferece amplo leque de pesquisa sobre culturas jurídicas diferenciadas. Ora, para a satisfação da plurinacionalidade e do Estado participativo, deve-se ter em conta as complexidades e diversidades das visões do direito e da justiça; o que serve, certamente, para leitura e compreensão de algumas questões referentes à inovação no campo jurídico do recente constitucionalismo latino-americano.

## Conclusão

O constitucionalismo moderno tradicional, de matriz liberal estatista, não é mais integralmente satisfatório, pois, na advertência do advogado indígena boliviano Chivi Vargas,

[...] tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI. (2009, p. 158).

Tendo em conta essa preocupação, é que se introduz e ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente (denominado por alguns de Constitucionalismo andino), que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas caracterizações. O impulso inicial do recente momento constitucional na América Latina foi marcado por um *primeiro ciclo* social e descentralizador das Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991).<sup>13</sup>

Na sequência, perfazendo o *segundo ciclo*, encaminhou-se para um constitucionalismo participativo popular e pluralista, em que a representação nuclear desse processo constitucional passa pela Constituição Venezuelana de 1999.<sup>14</sup>

O *terceiro ciclo* do insurgente constitucionalismo latino-americano passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008)<sup>15</sup> e da Bolívia (2009);<sup>16</sup> para alguns publicistas, tais textos políticos

<sup>13</sup> Dentre algumas das significativas conquistas da Constituição Colombiana de 1991, ressalta-se: a) proclama, dentre seus princípios, a Democracia Participativa e Pluralismo (art. 1); b) jurisdições especiais: indígena (art. 246), juízes de paz (art. 247); c) jurisdição arbitral e conciliadores (art. 116); d) jurisdição eclesiástica (art. 42). consultar, a propósito: Velásquez Betancur (2008).

<sup>14</sup> Em seu Capítulo IV do segundo título (Dos Direitos Políticos e do Referendo Popular), dispõe nos arts. 62, 70, da Participação Popular, mesclando representação com democracia participativa. Já em seu art. 136, introduz inovadoramente um Poder Público Nacional, dividido em cinco poderes: Legislativo, Executivo, Judicial Cidadão (art. 273) – é a instância máxima – e Poder Eleitoral. Algumas observações sobre a Constituição Venezuelana: Pisarello ([s./d.], fl. 03); Dussel (2007, p. 153-154).

<sup>15</sup> A Constituição do Equador de 2008, além de ampliar e fortalecer os direitos coletivos (arts. 56-60: povos indígenas, afrodescendentes, comunais e costeiros), estabelece um inovador capítulo VII, que prescreve dispositivos (arts. 340-415) sobre o “regime de bem viver” e a

expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa). Parece evidente que as mudanças políticas e os inovadores processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendraram não só novas constituições que materializaram novos atores sociais, realidades plurais e práticas desafiadoras, mas, igualmente, propõem, diante da diversidade de culturas minoritárias e da força incontestada dos povos indígenas do Continente, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se “Constitucionalismo Pluralista Intercultural” (compreendendo, aqui, as expressões que já vêm sendo utilizadas: constitucionalismo andino ou indígena). Nesse processo, é essencial que a Teoria do Direito e do Estado Constitucional tome em consideração o exame do Pluralismo Jurídico,<sup>17</sup> para compreender a nova realidade constitucional latino-americana.

Sem dúvida, a refundação das concepções políticas de Estado e direito estão sofrendo, nesse período de transição, importantes mudanças. Não se descarta a hipótese de retrocessos e reações contrárias no movimento, até mesmo em razão do grau de pressão que realizam os setores conservadores e reacionários; porém, indubitavelmente, esses países andinos jamais retornarão à submissão velada de um silêncio violentado e oprimido da colonização; a insurgência popular nos processos constituintes inaugura o novo período da jovial democracia latina-americana, que é, sem dúvida, um importante momento de amadurecimento das concepções políticas pensadas para nossa realidade.

---

“biodiversidade e recursos naturais”, ou seja, sobre o que vem a ser denominado “direitos da natureza”. Sobre a Constituição do Equador, observar alguns capítulos da obra coletiva: Verdum (2009). (Capítulos 4 e 5).

<sup>16</sup> Sobre a Constituição da Bolívia de 2009, consultar: Verdum (2009) Igualmente: Chivi Vargas (2009); Martínez Dalmau, Rubén. (2008); Clavero (2009).

<sup>17</sup> Pautas para o Workshop “*El (Neo) constitucionalismo multicultural en América Latina*”. Org.: Daniel Bonilla Maldonado e Pavel H. Valer-Bellota. Oñati (Espanña), p.7-8 mayo 2009.



Portanto, ainda que incertezas, desconfianças e ceticismos planem sobre o continente, não irão faltar vozes para acudir em defesa do prosseguimento dessa marcha popular, e serão milhares de vozes; entendendo que se apropriar do direito e do Estado não basta, é preciso um processo de transformação dessas instituições, para que a História possa contar a descolonização pelo viés emancipatório, libertário e insurgente do povo que contornou seu passado, marcado por sangue inocente e verdadeiras catástrofes de desumanidade, impetrada pelo próprio ser humano aos seus pares, com a justificativa civilizatória imposta pela modernidade e por sua racionalidade. Enfim, a direção que aponta esse novo constitucionalismo insurgente na América Latina é pela introdução e consolidação de princípios, pontuados no pluralismo, na emancipação, interculturalidade e no bem-viver com dignidade.

### Referências

ANDRADE, Fábio S. de. *Da codificação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CADUCCI, Michele. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Passo Fundo: UPF, 2003.

CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización em América Latina*. México: Siglo Veintiuno, 2002.

COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo ibero-americano*. México: Trillas, 2009.

CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 45-67.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo emancipatório y desarrollo normativo: desafios de la Asamblea Legislativa Plurinacional*. Bolívia, 2009b.

\_\_\_\_\_. *Nueva constitución y desarrollo normativo*. Agencia Latinoamericana de Información América em Movimiento. 2010. Disponível em: <<http://alainet.org/active/35872&lang=es>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

CLAVERO, Bartolomé. *Bolívia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*. Agencia Latinoamericana de Información América em movimiento. Maio 2009. Disponível em: <<http://alainet.org/active/303117lang=es>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio L.; CRUZ, Álvaro R. S. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34-56.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 47-106, dez. 2005.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Assemblies constituintes e novo constitucionalismo en America Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, jul./dez. 2008c.

\_\_\_\_\_. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. *Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional*, ano 2, n. 1, p. 13-28, oct. 2008a.

\_\_\_\_\_. El Proyecto de constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Entre Voces: Revista del Grupo Democracia y Desarrollo*, Quito, n. 15, p. 67-71, ago./sep. 2008b.

\_\_\_\_\_; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: autor???. *EL NUEVO constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. p. 9-44.

\_\_\_\_\_; VICIANO PASTOR, Roberto. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Agora: Revista de Ciencias Sociales*, Valencia, n. 13, p. 55-68, 2005.

\_\_\_\_\_; VICIANO PASTOR, Roberto. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível em: <[www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: Dp&A, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter, 2009.

\_\_\_\_\_. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

TORRE VILLAR, Ernesto de La; GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispano-americano*. México: Unam, 1976.

VELÁSQUEZ BETANCUR, Jorge A. *El pluralismo en la constitución de 1991*. Medellín: ITM, 2008.

VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

VILLORO, Luis. *Estado plural, pluralidade de culturas*. México: Paidós, 1998.

WIARDA, Howard J. *O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos*. Petrópolis: Vozes, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

\_\_\_\_\_. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.



# CENÁRIO DOS RECURSOS ENERGÉTICOS NA UNASUL E O PROTAGONISMO DO BRASIL, DA VENEZUELA E DA BOLÍVIA: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA, À LUZ DO DIREITO AMBIENTAL, INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL, DE SEUS REGIMES JURÍDICOS E POLÍTICOS

115

Germana de Oliveira Moraes\*  
William Paiva Marques Júnior\*\*

## 1 O cenário energético sul-americano e o protagonismo do Brasil, da Venezuela e da Bolívia

Brasil, Venezuela e Bolívia são as nações protagonistas no cenário energético da América do Sul, porque detentoras de grandes reservas de

---

\* Professora na Universidade Federal do Ceará. Juíza Federal da 5ª Região. Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 1998. Diretora do Núcleo Seccional CE da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. Conselheira da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Representante para a América Latina da *International Association of Women Judge*. Coordenadora do Projeto *Direito humano à água e ao saneamento básico nos países da Unasul: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns* – CNPq.

\*\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, 2009. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor Assistente no Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Vice-coordenador do curso de Direito da UFC. Pesquisador no Projeto *Direito humano à água e ao saneamento básico nos países da Unasul: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns* – CNPq.

petróleo e gás natural e ainda à conta da liderança da produção de energias renováveis pelo Brasil. Por essa razão, far-se-á uma breve análise comparativa entre os regimes jurídicos de direitos ambientais e de recursos energéticos nesses países. Lançar-se-á um ligeiro olhar sobre as condições naturais, históricas e culturais da região, e concentrar-se-á maior diretriz no diagnóstico do quadro energético sul-americano e nas condicionantes de ordem cultural e axiológica, incorporadas a seus novos textos constitucionais, como conseqüência do neoconstitucionalismo consagrado em tais países.

O modo de desenvolver a análise das disciplinas constitucionais dos direitos ambientais e das políticas energéticas nacionais assenta-se no pensamento de Hesse,<sup>1</sup> segundo o qual a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Avança-se, para além de um olhar nacional para uma escala internacional, no pressuposto, apontado por Flávia Piovesan<sup>2</sup> que as

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 14-15.

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direito internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração e complementaridade entre a ordem constitucional e a ordem internacional. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

As fontes principais em que se assenta a matriz energética sul-americana atual são basicamente o petróleo e derivados, o gás natural, a energia elétrica, os bicomcombustíveis (biodiesel e produtos derivados da cana-de-açúcar), com destaque destas duas últimas para o Brasil, o Chile, o Paraguai e o Uruguai, e, em menor expressão, o carvão mineral, abundante na Colômbia e a energia nuclear, com experiências consolidadas no Brasil e na Argentina, além de contar com a incipiente utilização de novas formas alternativas, principalmente no Brasil, como a eólica e a solar.

Há maior disponibilidade de petróleo e gás natural na Venezuela, no Equador, Brasil, na Bolívia e Peru, os dois últimos contando com mais reservas de gás natural do que de petróleo. O Brasil, após as recentes descobertas, em especial na camada do pré-sal no Campo Tupi, emerge, a médio prazo, como um gigante do petróleo e do gás, pois aumentou muito seu potencial de produção, estimando-se que até 2020 alcance posição de 5º maior produtor de petróleo do mundo.

Segundo dados colhidos de estudos técnicos da Fiesp,<sup>3</sup> mais da metade da produção<sup>4</sup> energética sul americana – 53% é de petróleo e derivados, aparecendo em segundo lugar combustíveis renováveis, que compõem 15% e, em terceiro, a de gás natural, que representa 14%. A produção de energia elétrica, predominantemente hidráulica, representa 9% e a de carvão mineral, concentrada na Colômbia, 8%. A energia nuclear, produzida no Brasil e na Argentina, representa apenas 1% da produção total de energia da região.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> FIESP. *Segurança energética na América do Sul 10: um panorama brasileiro*. Departamento de Energia, Maio de 2010. Coordenadores do Estudo: Carolina Lembo e Marcelo Costa Almeida. Disponível em: <[www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf)>. Acesso em: 19.1.2011. Os estudos da Fiesp utilizaram como fontes o Balanço de Energia para os países não pertencentes à OCDE, Edição 2009 (base 2007) da Agência Internacional de Energia e os dados da base de comércio das Nações Unidas, COMTRADE (base 2008).

<sup>4</sup> A produção corresponde à quantidade de energia produzida localmente.

<sup>5</sup> A América do Sul tem no petróleo e gás natural suas principais fontes de energia, correspondendo a mais de 65% de toda a sua produção. É uma região exportadora de energia, possuindo uma Balança comercial energética global favorável. É importante mencionar que a comercialização das *commodities* de energia (petróleo e carvão mineral) ocorre em maior intensidade com os Estados Unidos e outros países não sul-americanos. O petróleo e seus

No quadro do consumo final total<sup>6</sup> energético sul americano, o petróleo e derivados, assim como na produção, também aparecem em primeiro lugar, com 47% do consumo, ficando as energias renováveis em segundo lugar com 19%, sendo seguidos pela hidroeletricidade, com 17% e gás natural com 14%. O carvão mineral responde por 3% do consumo.<sup>7</sup> Na América do Sul, há oferta interna bruta<sup>8</sup> de 31% de energias, que provém de fontes renováveis – energia hidráulica (12%) e biocombustíveis – 19%,<sup>9</sup> o que equivale a quase o triplo daquela ofertada no mundo, que é de aproximadamente 11%.

Depois do petróleo, que desponta em primeiro lugar com 53% da energia produzida na região, o modelo de combustíveis renováveis aparece em segundo lugar entre as principais fontes energéticas da América do Sul, representando, segundo a Fiesp, 15% da produção da energia sul americana, sendo 56% da produção no Chile; 43% no Uruguai, 35% no Paraguai, 34% da produção brasileira e 21% da peruana.<sup>10</sup>

---

derivados constituem a principal fonte de produção de energia na Venezuela (81%), principal produtor da América do Sul e único membro da Opep, e também no Equador (92%), Peru (45%), Brasil (41,9%). O gás natural é a energia mais produzida na Argentina (47%) seguida de petróleo e derivados (45%). Na Bolívia, a principal fonte é de igual modo o gás natural com a produção de 78% da energia e de 16% decorrente de petróleos e derivados. Na Colômbia, o carvão mineral é a principal fonte energética. O Chile e o Uruguai apresentam a situação energética mais crítica na América do Sul, porque dependem da importação de petróleo, gás natural e carvão. O Paraguai apresenta-se igualmente forte na produção de energias renováveis. Tal país não produz petróleo, embora seu consumo represente 33% da energia. Fonte: *FIESP – Segurança energética na América do Sul 10: um panorama brasileiro*, Maio 2010. p. 18. Disponível em <[www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

<sup>6</sup> O consumo final total equivale à quantidade de energia consumida.

<sup>7</sup> *FIESP – Segurança energética na América do Sul 10: um panorama brasileiro*. Departamento de Energia, Maio de 2010. Coordenadores do Estudo: Carolina Lembo e Marcelo Costa Almeida. Disponível em: <[www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

<sup>8</sup> Oferta interna bruta significa quantidade de energia disponibilizada para ser transformada ou para consumo final. (Produção+Importação-Exportação).

<sup>9</sup> Colhem-se os seguintes dados relativos à oferta interna bruta de energia da América do Sul: Petróleo e derivados – 43%; Gás Natural – 20%; Nuclear – 1%; Hidrelétrica – 12%; Combustíveis Renováveis – 19% e Carvão Min. e derivados – 5%. Fonte: *FIESP – Segurança energética na América do Sul 10: um panorama brasileiro*. Departamento de Energia, Maio de 2010. Coordenadores do Estudo: Carolina Lembo e Marcelo Costa Almeida. Disponível em: <[www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf)>. Acesso em: 19.1.2011.

<sup>10</sup> Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai destacam-se por possuírem matrizes energéticas limpas, sendo a brasileira a mais limpa do mundo. No Brasil, segundo o Relatório do Balanço Anual Energético, de 2010, da Empresa Nacional de Energia do Brasil (ENE), em 2009, há um relativo equilíbrio entre a oferta interna de energia renovável e a não renovável. A oferta



Diante da falta de financiamento, de cooperação e de uma adequada transferência de recursos para que cada país possa vender energia a preços justos aos vizinhos, a solução dos desafios, no campo energético na América do Sul, depende em grande parte da coordenação e solidariedade energéticas. Nada obstante tais dificuldades, trata-se de um dos poucos locais da Terra, onde é possível colher bons resultados no campo da integração energética.

### As propostas de integração energética sul-americana

A integração energética que compreende além da interligação energética no plano físico, porque envolve não apenas questões técnicas, mas também aspectos políticos, avançou a partir de 2002, com a Decisão CAN 536.<sup>11</sup> Criou-se, então, por intermédio da Decisão CAN, 557 de 2003, o Conselho de Ministros de Energia, Eletricidade, Hidrocarbonetos e Minas da Comunidade Andina.

Há pelo menos três propostas de integração energética da América do Sul: (1) via petróleo, feita pela Venezuela; (2) via gás natural, pela Bolívia e (3) através da energia elétrica, pelo Brasil. Elas se justificam em função da maior abundância de cada um dos recursos energéticos nessas respectivas nações, o que se depreende, conforme já visto, do protagonismo do Brasil, da Venezuela e da Bolívia no cenário energético dos países da Unasul. Registram Queiroz e Vilella,<sup>12</sup> o processo recente de internacionalização da Eletrobras, associando-o a um projeto de integração energética que a empresa pretende promover na América Latina.

---

interna de energia renovável representa 46,8% do total. Destes 46,8% de energias renováveis produzidas no Brasil, são 18,8% advindos de produtos de cana, 13,9% de energia elétrica, 10,2% de lenha e 3,8% de outras fontes renováveis, como a energia eólica, por exemplo. A partir de fontes não renováveis, produziram-se 53,2% da energia: o petróleo com 41,9%, seguido de 8,7% de gás natural, 0,9% de carvão vapor e 1,7% de urânio (U308). Importante observar, segundo consta no Relatório anual, “que o Brasil apresenta uma matriz de geração elétrica de origem predominantemente renovável, sendo que a geração interna hidráulica responde por montante superior a 76% da oferta. Somando as importações, que essencialmente também são de origem renovável, pode-se afirmar que aproximadamente 85% da eletricidade no Brasil é originada de fontes renováveis – sem considerar que parte da geração térmica é originada de biomassa...”

<sup>11</sup> Tal documento dispõe sobre a comercialização de energia entre os países membros, tendo “como objetivos consolidar um mercado integrado, otimizar os recursos em um mercado com critérios de benefício geral, priorizar as transações de curto prazo, assegurar o livre acesso aos enlaces internacionais e criar um mercado comum para o intercâmbio com outros mercados”.

<sup>12</sup> QUEIROZ, Renato; VILELLA, Thaís. *Integração energética na América do Sul: motivações, percalços e realizações*. Disponível em: <blogln.ning.com/profiles/blogs>. Acesso em: 30 dez. 2010.

No modelo de integração via eletricidade, seguido pelo Brasil, por intermédio da Eletrobras, a implantação de hidroelétricas binacionais favorece o processo de integração entre as nações, por intercâmbios que aproveitam as diferenças de custos marginais entre dois sistemas interconectados e por comercialização de energia firme entre países, em atendimento aos princípios internacionais da cooperação e solidariedade em matéria energética e ambiental.<sup>13</sup>

Destacam-se três importantes empreendimentos hidrelétricos binacionais que marcam o processo de integração via eletricidade: a UHE de Salto Grande entre a Argentina e o Uruguai, que teve o início da construção em 1973, no rio Uruguai entre Concórdia, na Argentina e Salto, no Uruguai; a UHE de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, cujo início da construção ao longo do rio Paraná ocorreu em 1974 e foi concluída em 1982, com 20 unidades geradoras fornecendo 700 MW cada; e a UHE Yacyretá entre a Argentina e o Paraguai, construída para aproveitar o potencial do rio Paraná.<sup>14</sup>

Para Cervo e Bueno,<sup>15</sup> as dúvidas surgidas por ocasião de sua fundação, quanto ao desempenho da Unasul, evocam o excesso de burocracia, a

---

<sup>13</sup> Sobre a integração via eletricidade nos países da Unasul, tem-se que as indústrias de eletricidade, assim como de gás natural possuem características de redes que favorecem o processo de interligação entre as regiões. No caso da integração via eletricidade, as interconexões elétricas podem ser motivadas pela implantação de hidroelétricas binacionais, por intercâmbios, que aproveitam as diferenças de custos marginais entre dois sistemas interconectados e por comercialização de energia firme entre países. Em 2004, a comercialização de eletricidade através das interconexões representou, aproximadamente, 0,7% da demanda por energia na América do Sul. Assim, como exemplo de interligações elétricas, podem-se citar: (1) as duas interligações elétricas com a Argentina e o Brasil (Uruguaiana e Garabi), sendo ambas feitas através de conversores de frequência do tipo *back-to-back*; (2) entre o Brasil e o Uruguai, estando uma já em operação (Rivera), realizada, também, através do conversor *back-to-back* e uma outra, a interligação de San Carlos, cujos estudos elaborados por ambos os países foram finalizados em 2007; e (3) também uma interligação entre o Brasil e a Venezuela que interliga a subestação de Boa Vista no Brasil à subestação Macagua na Venezuela.

<sup>14</sup> Acerca de tais empreendimentos hidrelétricos binacionais nos países da Unasul ressalte-se: (a) a UHE de Salto Grande entre a Argentina e o Uruguai que teve o início da construção em 1973, no rio Uruguai entre Concórdia, na Argentina e Salto, no Uruguai; (b) a UHE de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, cujo início da construção ao longo do rio Paraná ocorreu em 1974 e foi concluída em 1982; e (c) a UHE Yacyretá entre a Argentina e o Paraguai, construída para aproveitar o potencial do rio Paraná.

<sup>15</sup> CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 3. ed. 2. reimpr. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2010. p. 515.

superposição de órgãos regionais, a escassez de recursos financeiros e a dificuldade, diante do culto à soberania e das empáfias políticas, de elaborar e executar projetos para a melhoria da infraestrutura e da integração energética. Em contrapartida, condições favoráveis na América do Sul explicam esse novo passo no processo de integração: o crescimento econômico nos últimos cinco anos e o aumento da inclusão social, além da constituição de reservas financeiras e da disponibilidade de estoques de energia.

No que concerne à integração por meio do gás natural, a cooperação verificada nos países da Unasul permite a complementaridade do recurso natural, a capacitação tecnológica e investimentos nos diversos setores da cadeia de gás natural, possibilitando, assim, ganhos reais aos países integrados. Entretanto, apesar de tais vantagens, a comercialização de gás natural ficou restrita, entre as décadas de 60 e 90, à Bolívia e Argentina. Somente a partir de 1996, houve uma expansão do comércio de gás na América do Sul, sendo construídos até 2002, diversos gasodutos entre os quais: Argentina – Chile; Bolívia – Brasil; Argentina – Brasil; e Argentina – Uruguai. Dessa forma, tem-se que a integração via gasoduto, ainda que seja benéfica para os países da Unasul, depende da superação de dilemas políticos, institucionais e sociais para a sua plena aplicabilidade.<sup>16</sup>

### **A disciplina internacional e constitucional do direito ambiental e energético do Brasil, da Venezuela e da Bolívia no contexto da unasul**

Durante o processo de análise comparativa entre os regimes dos recursos energéticos nos sistemas constitucionais do Brasil, da Venezuela e da Bolívia,

---

<sup>16</sup> A região dos países da Unasul apresenta condições bastante favoráveis à integração energética via gás natural. Já existe na região uma espécie de anel, conectando Brasil e Argentina, grandes países consumidores, à Bolívia, um dos maiores produtores de gás da América do Sul. Contudo, a expansão da estrutura de produção e transporte de gás natural encontra diversas barreiras, entre elas a distância física entre os centros produtores e consumidores, o que implica a construção de gasodutos longos e caros. O gasoduto entre a Bolívia e o Brasil. A política de nacionalização, por exemplo, decretada pela Bolívia implicou a busca, pelo Brasil, não só de fontes de energia alternativas, como também na diversificação da matriz de fornecedores de gás, apesar do investimento anterior na construção do Gasoduto Bolívia– Brasil. Assim, apesar dos avanços, o processo de integração energética sofreu alguns desgastes. Esses, por sua vez, foram gerados: (I) pelo aumento significativo do preço internacional do gás natural; e (II) pela instabilidade política, econômica e institucional de alguns países da América do Sul. Tal situação, em determinados casos, levou à ruptura unilateral de contratos de longo prazo (exemplo, Chile e Bolívia). O gás natural possui um papel protagonista no processo de integração energética nos países da Unasul.

recém-reformados, detectam-se convergências, o que pode ser considerado um vetor favorável à integração regional.

A intrínseca concatenação existente entre a regulação dos recursos energéticos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado (nos planos interno e internacional) encontra-se esposada por Hans Jonas<sup>17</sup> ao dispor que os combustíveis fósseis, como carvão, petróleo e gás natural produzidos por síntese orgânica de centenas de milhões de anos e agora constituem, de longe, a principal fonte de energia, são, como é sabido, limitados, não renováveis e com a taxa de utilização atual (essencialmente beneficiar apenas uma parte da humanidade, a dos países industrializados), estamos a aproximar rapidamente o esgotamento.

O homem está a ponto de gastar em poucos séculos o que o Sol acumulou no mundo vegetal através das eras. Os fertilizantes químicos são derivados desses combustíveis fósseis, e do esgotamento dessa base inicial, a sua síntese, prestados pela natureza a título gratuito, deve ser realizada *ab ovo*, isto é, a partir de materiais inorgânicos, utilizando energia sem procedência \* orgânica de forma rápida e imediata, em vez de usar a atividade do Sol e dos organismos ao longo dos tempos. Assim, mesmo a ideia de um paraíso agrário (se não industrial) está ligada às condições de energia.

Ainda sobre a relação simbiótica entre recursos energéticos e o *direito ambiental*, averba Almeida<sup>18</sup> que o procedimento de Avaliação de Impacto

<sup>17</sup> JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para La civilización tecnológica*. Trad. de Javier Ma-Fernández Retenaga. 3. impres. Barcelona: Herder Editorial, 2008. p. 305-306. Tradução livre: “Los combustibles fósiles, como el carbón, el petróleo y el gas natural, producidos mediante una síntesis orgánica de centenares de millones de años y que constituyen hoy con diferencia la principal fuente de energía, son, como es notorio, limitados, no renovables, y ya con la tasa de utilización actual (esencialmente en beneficio tan sólo de una parte de la humanidad, la de los países industrializados) estamos acercándonos a pasos agigantados a su agotamiento. El hombre está a punto de gastar en pocos siglos lo que el Sol ha ido acumulando en el mundo vegetal a través de los eones. Los abonos químicos son derivados de esos combustibles fósiles, y con el agotamiento de esta base inicial, su síntesis, que la naturaleza nos proporcionaba gratuitamente, tendría que ser efectuada *ab ovo*, esto es, a partir de materias inorgánicas: mediante energías de procedencia no orgánica, con rapidez y al momento, en lugar de mediante la actividad del Sol y los organismos a lo largo de los tiempos. Así, pues, incluso la idea de un paraíso agrario (por no decir industrial) queda ligada a las condiciones energéticas.”

<sup>18</sup> ALMEIDA, José Mário Ferreira de. Energia e conservação da natureza. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). *Cadernos o direito: temas de direito da energia*. Lisboa: Juridireito, 2008. p. 182-183. v. 3.

Ambiental (AIA) é a verdadeira “prova dos nove” da sustentabilidade dos projetos, em especial daqueles que visam a aumentar ou modernizar o parques energéticos. Hoje não basta invocar o interesse público nem é suficiente a constatação da mais-valia ambiental dos projetos que visam à produção de energia à custa de fontes renováveis, pelo seu efeito positivo, no que respeita às emissões, por exemplo. É absolutamente necessária numa perspectiva de desenvolvimento sustentável, ponderar os efeitos nas diferentes formas de vida. O procedimento de AIA obriga, pois, as empresas e os decisores a fazerem outras contas, em especial no que respeita à necessidade de garantir um nível superior de proteção da biodiversidade.

### **O direito ambiental energético no neoconstitucionalismo do Brasil, da Venezuela e da Bolívia**

Segundo Usera,<sup>19</sup> o reconhecimento legal das preocupações ambientais que aconteceram mais recentemente, têm sucedido à sua constitucionalização. Na Europa, as Constituições grega, portuguesa e espanhola e alguns dos países do Leste Europeu, depois da queda do Muro de Berlim, incorporaram o interesse ambiental e até o reconhecem como um direito constitucional, o gozo dos bens ambientais. Também nas mais novas Constituições da América Latina ou nas recentes reformas constitucionais incorporadas nelas estão a aumentar o nível de hierarquia das regras de defesa dos interesses ambientais. Para ele, se na ordem internacional, o conhecimento do direito é muito raro e sua inclusão nos tratados não melhorou a situação dos cidadãos ante os bens ambientais, tal conhecimento é muito frequente nas novas constituições.

Cite-se como exemplo, na Europa, a Constituição Portuguesa de 1976, que insere a defesa do ambiente e a conservação da natureza (arts. 9º,

---

<sup>19</sup> USERA, Raúl Canosa. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. p. 31-32. Tradução livre: “Al reconocimiento legal de lo intereses ambientales ha sucedido, más recientemente, su constitucionalización. En Europa las Constituciones griega, portuguesa y española y algunas de los países del Este europeo, después de la caída del muro de Berlín, incorporan el interes ambietal e incluso reconoce, como un dercho constitucional, el goce de los bienes ambientales. También las más novedosas constitucionales iberoamericanas o las recientes reformas introducidas en ellas materializan esta elevación del rango jerárquico de las normas protectoras de intereses ambientales. Si en el orden internacional el conocimineto del derecho es muy raro y su inclusión en los tratados no ha mejorado la situación de los individuos frente a los bienes ambientales, es frecuentísimo en las nuevas constituciones.”

alínea “e”,<sup>20</sup> 66<sup>21</sup> – e 90<sup>22</sup>) entre as tarefas fundamentais do Estado. Canotilho<sup>23</sup> tem defendido o Estado Social Democrático de direito e ambiental; para ele, em seu conjunto, as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um Estado de Direito Ambiental e Ecológico. O Estado de Direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protetor do ambiente e garantidor do direito ao ambiente. Para Loewenstein,<sup>24</sup> a América Latina continua a ser, então como agora, o

---

<sup>20</sup> “Artigo 9.º *Tarefas fundamentais do Estado*. São tarefas fundamentais do Estado: [...] e Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território.

<sup>21</sup> “Artigo 66.º *Ambiente e qualidade de vida* 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida”.

<sup>22</sup> “Artigo 90.º *Objectivos dos planos* Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.”

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56.

<sup>24</sup> LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 220. Tradução livre: “La constitución nominal encuentra su terreno natural en aquellos Estados en los que el constitucionalismo democrático occidental se ha implantado, sin una previa incubación espiritual o madurez política, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario. Aquí juega un papel importante la ausencia de una clase media consciente intelectualmente de sí misma y con independencia económica. Por otra parte, la eliminación del analfabetismo sigue siendo un requisito indispensable para el funcionamiento con éxito de una constitución normativa. Ni la radio ni los símbolos electorales recientemente empleados para analfabetos son instrumentos válidos. Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal. No se pudo desconocer, sin embargo, los progresos innegables hacia un proceso normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y Costa Rica persisten, aunque con interrupciones ocasionales, en un auténtico normativismo.”

domínio tradicional em que se senta a constituição nominal. Não se pode ignorar, sem embargo, o inegável progresso rumo a um processo normativo, na Argentina, no Brasil, no Chile, na Colômbia, no Uruguai, no México e na Costa Rica continuam, embora com interrupções ocasionais, em um autêntico normativismo. Para ele, a constituição nominal encontra seu terreno natural naqueles Estados em que o constitucionalismo democrático ocidental foi introduzido, sem uma prévia incubação espiritual ou maturidade política, de uma ordem social do tipo colonial ou feudal-agrária. Desempenha um papel importante aqui a ausência de uma classe média intelectual autoconsciente e financeiramente independente. Além disso, a eliminação do analfabetismo continua a ser um pré-requisito para o bom funcionamento de uma constituição normativa. Nem o rádio nem os símbolos eleitorais recentemente empregados para os analfabetos são instrumentos válidos.

Ressalta Viciano,<sup>25</sup> ao comentar, com base na classificação de Loewenstein, as reformas constitucionais do Equador e da Venezuela e qualificar a primeira como semântica e esta última como nominal, a necessidade de extirpar de raiz da consciência social a crença de que a reforma constitucional resolva todos os problemas. Segundo diz, ainda que se trate de uma reforma constitucional normativa ou nominal, ela por si não basta. Há que mudar políticas públicas, hábitos sociais, gerir eficazmente. A reforma constitucional é um elemento decisivo para a mudança do modelo político e social e sem ela em muitas ocasiões não é possível atacar o processo de mudança real. Porém – continua ele, a reforma constitucional não resolve os problemas que aquejam a cidadania. Se a uma reforma constitucional não se une a uma clara concepção de objetivos e aos meios a empregar novas políticas públicas, a reforma constitucional pode ser estéril.

---

<sup>25</sup> PASTOR, Roberto Alfonso Viciano. *Algunas consideraciones críticas sobre los procesos constituyentes en Ecuador y Venezuela – La creencia de que la reforma constitucional resuelve los problemas existentes en el país debe ser extirpada de raíz de la conciencia social. [...] Pero aun cuando se trate de una reforma constitucional normativa o nominal, ello no basta. Hay que cambiar políticas públicas, hábitos sociales, gestionar eficazmente... La reforma constitucional es un elemento decisivo para el cambio de modelo político y social. Sin ella, en muchas ocasiones no es posible acometer el proceso de cambio real. Pero la mera reforma constitucional no resuelve los problemas que aquejan a la ciudadanía. Si a una reforma constitucional no se le une una claridad en los objetivos y los medios a emplear para implementar nuevas políticas públicas, la reforma constitucional puede ser estéril.* Disponível em: <[www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista](http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista)>. Acesso em: 30 dez 2010.

A partir da tipologia de Constituições nominais, observa-se que, no campo energético, em linhas gerais, elas foram, em tese, capazes de, nada obstante a pluralidade dos atores envolvidos no processo, conformar e regular a política energética, com certa autonomia, e fixar diretrizes básicas aplicáveis às condutas dos agentes econômicos interessados em energia, reservando maior atuação do Poder Público.

Essa opção permite que as Constituições sul-americanas dediquem mecanismos de configuração de verdadeiras democracias econômicas preocupadas com a questão energética atrelada ao equilíbrio ecológico sustentável. No Brasil, no plano constitucional, diversos dispositivos da Carta Política de 1988 dispõem acerca das matrizes energéticas.<sup>26</sup> A

---

<sup>26</sup> Conferir: (1) de acordo com o art. 20, inciso VII são bens públicos federais os potenciais de energia hidráulica; (2) de acordo com o art. 20, §1º é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração; (3) para o art. 21, XII, “b” é da competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (4) segundo o art. 22 inciso IV é da competência legislativa da União águas e energia; (5) consoante o art. 176 as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Complementa o § 1º que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. Determina ainda o mesmo dispositivo em que é assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente, bem como que não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida; (6) para o art. 177 constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do



Constituição Boliviana de 2009<sup>27</sup> tratou da política energética de forma bastante detalhada. Por uma questão de segurança nacional, a *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999* preleciona um regime detalhado acerca de sua regulação energética.<sup>28</sup> Em compasso com essa preocupação mundial com o ambiente, as Constituições do Brasil (1988), da Venezuela (1999) e da Bolívia (2009) dispensam tratamento ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos,

---

inciso XXIII do *caput* do art. 21 da Constituição Federal; (7) o art. 231, §3º– vaticina que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (8) o art. 238 estabelece norma programática consoante a qual a lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

<sup>27</sup> Nesse sentido devem ser conferidos os seguintes dispositivos: (1) estabelece o art. 298, II No.: 8 (“*Artículo 298. [...]II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado: [...] Política de generación, producción, control, transmisión y distribución de energía en el sistema interconectado*”) que são competências exclusivas do nível central do Estado, a geração de políticas, a produção, transmissão, controle e distribuição de energia no sistema interligado; (2) segundo o art. 300, I, Nos.: 6 e 16 (“*Artículo 300. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción: [...] 6. Proyectos de generación y transporte de energía en los sistemas aislados [...] 16. Proyectos de fuentes alternativas y renovables de energía de alcance departamental preservando la seguridad alimentaria*”) são competências exclusivas dos governos autônomos regionais em sua jurisdição projetos de geração e transmissão de energia nos sistemas isolados; (3) consoante o art. 302, I, No.:12 (“*Artículo 302. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: [...] 12. Proyectos de fuentes alternativas y renovables de energía preservando la seguridad alimentaria de alcance municipal*”) são competências exclusivas dos governos municipais autônomos, em sua jurisdição a elaboração de projetos de fontes alternativas e renováveis de energia em nível departamental, enquanto preservam a segurança alimentar; (4) vaticina o art. 304, III, No.: 04 (“*Art. 304 [...]III. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes: [...]Sistemas de riego, recursos hídricos, fuentes de agua y energía, en el marco de la política del Estado, al interior de su jurisdicción*”).) que a autonomia dos camponeses indígenas originais poderão exercer os seguintes poderes concorrentes: irrigação, recursos hídricos, recursos hídricos e energéticos, no âmbito da política do Estado, no interior de sua jurisdição; (5) em capítulo destinado à energia têm-se os arts. 378 (“*Artículo 378. I. Las diferentes formas de energía y sus fuentes constituyen un recurso estratégico, su acceso es un derecho fundamental y esencial para el desarrollo integral y social del país, y se regirá por los principios de eficiencia, continuidad, adaptabilidad y preservación del medio ambiente. II. Es facultad privativa del Estado el desarrollo de la cadena productiva energética en las etapas de generación, transporte y distribución, a través de empresas públicas, mixtas, instituciones sin fines de lucro, cooperativas, empresas privadas, y empresas comunitarias y sociales, con participación y control social. La cadena productiva energética no podrá estar sujeta exclusivamente a intereses privados ni podrá concesionarse. La participación privada será regulada por la ley*”) e 379 (“*Artículo 379. I. El Estado desarrollará y promoverá la investigación y el uso de nuevas formas de producción de energías alternativas, compatibles con la*

consolidando uma das questões mais palpitantes do neoconstitucionalismo latino-americano. Neste jaez vale ressaltar a quase uniformidade normativa a esse respeito, merecendo menção, a título exemplificativo, os arts. 225

---

*conservación del ambiente. II. El Estado garantizará la generación de energía para el consumo interno; la exportación de los excedentes de energía debe prever las reservas necesarias para el país*”) consoante os quais as diferentes formas de energia e suas fontes constituem-se em um recurso estratégico, seu acesso é um direito fundamental e essencial para o desenvolvimento global e desenvolvimento social e rege-se pelos princípios da eficiência, continuidade, adaptação e preservação ambiental. O Estado detém competência exclusiva para desenvolver a cadeia de produção de energia nas etapas de geração, transmissão e distribuição através de empresas públicas, mistas, instituições sem fins lucrativos, cooperativas, empresas privadas e da comunidade e as empresas sociais, com participação e controle social. A cadeia de produção de energia não pode ser sujeita exclusivamente a interesses privados e concessionários. A participação privada será regulada por lei, bem como determina que o Estado deverá desenvolver e promover a investigação e a utilização de novas formas de produção de energia alternativa, compatível com a conservação ambiental, assim como o Poder Público assume o compromisso de garantir a geração de energia para consumo doméstico, a exportação de energia excedente deve fornecer as reservas necessárias para o país.

<sup>28</sup> Nesse sentido, conferir: em seu art. 41º– (“Artículo 41º– *Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios fronterizos y de aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional*”) que apenas os venezuelanos e venezuelanas natos poderão exercer dentre outros cargos de relevante interesse nacional os atinentes aos Ministérios relacionados com energia e minas. O art. 156º– determina em seu No. 29 (“Artículo 156 ° *Es de la competencia del Poder Público Nacional: [...] 29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas*”) que é da competência do Poder Público Nacional o regime geral dos serviços públicos domiciliares e, em especial, eletricidade, água potável e gás. Para o art. 178º– No. 06 (“Artículo 178. ° *Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas: [...] 6. Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico; alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios*”) são da competência do governo municipal a administração dos seus interesses e da gestão dos assuntos atribuídos por essa Constituição e as leis nacionais em matéria de vida local, especialmente da gestão e a promoção do desenvolvimento econômico e social, o fornecimento e prestação de serviços públicos, a implementação de uma política sobre o assunto inquilinos com critérios de equidade, justiça

caput da Constituição brasileira de 1988;<sup>29</sup> 127 da Constituição venezuelana de 1999<sup>30</sup> e 33 da Constituição boliviana de 2009.<sup>31</sup> Ao comentar os dispositivos da Carta Magna de 1988, atinentes à proteção ambiental, expõe Borges<sup>32</sup> que, sob esse aspecto, as normas constitucionais respectivas instrumentam, com efetiva potencialidade de eficácia, a integração do Brasil no espaço comunitário ou, mais especificamente, num ecossistema comunitário.

Consequentemente, não se deve circunscrever a análise dos problemas de Direito Ambiental ao campo restrito às relações intraestatais, mas projetar o seu estudo, *pari passu* com o da solidária disciplina normativa do meio ambiente, ao âmbito do direito comunitário. Os âmbitos estatal e comunitário entram aqui em relações de complementaridade. Borges<sup>33</sup>

---

e conteúdo de interesse social, em conformidade com a delegação prevista na lei que rege a matéria, promoção da participação e melhora das condições gerais de vida da comunidade, nas seguintes áreas: serviço de água potável, electricidade e gás de cozinha, esgoto, drenagem e esgotos, cemitérios e serviços funerários. Em seu art. 303º– (“Artículo 303º *Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.*”) estabelece a mesma Carta Constitucional que por razões de soberania econômica e política e estratégia nacional, o Estado deverá manter todas as ações da Petróleos da Venezuela SA (PDVSA) ou o órgão criado para gerenciar o setor de petróleo, exceto as de suas subsidiárias, *joint ventures*, sociedades e qualquer outra que seja constituída ou estabelecida como uma consequência do desenvolvimento de negócios da Petróleos da Venezuela, SA.

<sup>29</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

<sup>30</sup> “Artículo 127.º Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.”

<sup>31</sup> “Artículo 33. *Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*”

<sup>32</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 526.

<sup>33</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 527.

delimita o motivo de a proteção ao meio ambiente apresentar caráter de direito difuso, uma vez que um dano causado por acidente ambiental afeta não apenas o âmbito intrafronteiriço de um determinado país, mas extravasa-o, nos seus efeitos extraterritoriais, alongando a poluição até os Estados circunvizinhos e pode até, dependendo de sua extensão, afetar a humanidade como um todo. Em conformidade com o novo paradigma ambiental, observa-se uma revisão das formas tradicionais na produção energética na América do Sul, que busca integrar-se e limpar-se, abandonando vetustos métodos não mais condizentes com o desenvolvimento sustentável, que hoje toma por base energias limpas.<sup>34</sup> O art. 177, § 4º-, inciso II, “b” da Constituição Brasileira de 1988 determina que, do produto da contribuição de intervenção no domínio econômico, relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (CIDE-Combustíveis), uma parcela dos recursos será destinada ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás.

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, a legislação infraconstitucional segue a tendência constitucional de proteção ao meio ambiente: dessa forma, no Brasil, o art. 1º-, incisos IV e XII da Lei 9.478/97, concatena a proteção ambiental e os objetivos da Política Energética Nacional, consoante os quais as políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos, dentre outros, proteção do meio ambiente e promoção da conservação de energia e incremento, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional. Dentre outras incumbências da Agência Nacional de Petróleo (ANP), o art. 8º- inciso IX da Lei 9.478/97 estabelece que a mesma deve fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente. O art. 44, inciso I da Lei 9.478/97 estabelece como cláusulas obrigatórias adoção, pela concessionária, em todas as suas operações, das medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente. Como forma de minimizar os danos causados ao meio ambiente, a Lei 9.478/97, alterada pela Lei 11.921/2009, em seu art. 49, inciso I, determinou que fossem destinados 25% (vinte e cinco por cento) da parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção; quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres terá a seguinte distribuição ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza, que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.

*Direito ambiental e energético no plano das relações internacionais dos países da Unasul*

Inexistem fronteiras ambientais, o que exige a conjugação de esforços dos Estados, em nível internacional, para a proteção do ambiente. Cada Estado não pode atuar sozinho na proteção ambiental, sendo necessário que antes se coordene com os demais. Wolkmer<sup>35</sup> averba que o processo de mudança e construção da nova ordem jurídica internacional passa, necessariamente, pela resolução dos problemas político-ideológicos e socioeconômicos das nações periféricas.

A tentativa de superação dessa realidade assimétrica no plano externo pode se consolidar através da concatenação entre as normas constitucionais internas de Brasil, Bolívia e Venezuela, no tocante ao Tratado Constitutivo da Unasul, diante das convergências de tratamento do direito ambiental, que reverberam no plano da normatização da integração energética sul-americana. Um dos princípios-reitores da política energética nos países da Unasul é a promoção do desenvolvimento econômico concatenado à proteção ambiental, ou seja: o desenvolvimento sustentável e solidário em matéria de energia.<sup>36</sup>

Durante muito tempo, produtores e usuários das matrizes energéticas se colocaram em campos opostos no que diz respeito aos impactos ambientais decorrentes da geração e utilização das diferentes formas de energia. Todavia, logo perceberam que era preciso facilitar a relação entre a sociedade e o setor energético, para que os problemas fossem minimizados. O desperdício de energia e a degradação do meio ambiente pela exploração descontrolada dos recursos naturais começaram, então, a ser objeto de preocupação mundial.

No complexo regramento jurídico dessa matéria, as competências da ordem comunitária e constitucionais não se preexcluem, mas se complementam, com vistas à sua efetividade, pois, conforme averba Borges,<sup>37</sup> a proteção ao meio ambiente também se inscreve dentre os

---

<sup>35</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144.

<sup>36</sup> Nesse sentido, cite-se o art. 3º- “d” e “e” do Tratado Constitutivo da Unasul: “Artigo 3. Objetivos Específicos A União de Nações Sul-americanas tem como objetivos específicos: [...] d) a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região; e) o desenvolvimento de uma infra-estrutura para a interconexão da região e de nossos povos, de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico sustentáveis;”

<sup>37</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 527.

objetivos fundamentais do direito comunitário. Esse campo, como tantos outros, é regulado por normas de direito constitucional estatal e por normas de direito comunitário.

Para Trindade,<sup>38</sup> nos últimos anos, o *corpus juris* normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos se enriqueceu com a incorporação dos “novos” direitos, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento como um direito humano e o direito a um meio ambiente sadio. O direito a um meio ambiente sadio recebeu reconhecimento expresso tanto da Carta Africana (art. 24<sup>39</sup>) como no I Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 11).<sup>40</sup> Um e outro ingressaram, assim, no Direito Internacional Convencional dos Direitos Humanos.

No plano dos países da Unasul, Argentina e Peru são aqueles que passaram a ter uma propriedade totalmente privada transnacionalizada de hidrocarbonetos. Outros países produtores de petróleo decidiram manter a propriedade sob estado de atenção, com ajustes para enfrentar os desafios críticos do negócio concorrência internacional. Ressalte-se a Lei 26.221 do Peru (“*Ley Organica de Hidrocarburos*”), que estabelece em seu art. 2<sup>o</sup><sup>41</sup> que o Estado promove o desenvolvimento de atividades de hidrocarbonetos baseado na livre-concorrência e no livre acesso à atividade econômica, com a finalidade de atingir o bem-estar da pessoa humana e o desenvolvimento nacional.

Segundo estabelece Carbonell,<sup>42</sup> o princípio da subsidiariedade, no domínio dos direitos humanos, pode ser aplicado levando-se em

<sup>38</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2000. p. 97-98.

<sup>39</sup> “Artigo 24º Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento.”

<sup>40</sup> “Artigo 11. Direito a um meio ambiente sadio 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio Ambiente.”

<sup>41</sup> “Artículo 2º. El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.”

<sup>42</sup> CARBONELL, Miguel. *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001. p. 51. Tradução livre: “El principio de subsidiariedad, dentro del campo de los derechos humanos, se puede aplicar teniendo en cuenta el diferente impacto que pueden tener cada uno de los derechos; así, por ejemplo, para aquellos derechos que tengan consecuencias marcadamente supranacionales – como los que tienen que ver con el medio ambiente – la competencia

consideração o impacto diferenciado que poderá apresentar para cada um dos direitos; assim, por exemplo, para aqueles direitos que tenham consequências marcadamente supranacionais – como aqueles relacionados com o ambiente – a competência recairia nas instâncias internacionais, enquanto os outros recairiam em princípio abaixo da tutela dos Estados – com os termos e as limitações resultantes do reconhecimento dos diversos instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos.

Para Ferrajoli<sup>43</sup> é também a partir dessa função da cultura jurídica de onde pode surgir, em apoio às grandes mobilizações pacifistas nos últimos anos, esse “novo sentido comum”, sobre a ilegitimidade da ordem existente e do caráter vinculante do direito internacional, que constitui o principal fator de efetividade dos direitos por ele reconhecidos.

Nesse jaez, tem-se uma diversidade de regimes jurídicos adotados na regulação do sistema energético (com características cada vez mais transnacionais); em cada país da América Latina decorre, por exemplo, da adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 que determina em seu art. 1º-, n.: 02 que para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito internacional. Dispõe o art. 47 do mesmo documento internacional, que nenhuma disposição do aludido Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

Com base no art. 1º- do Pacto das Nações Unidas de 1966 declara Miranda<sup>44</sup> que o movimento de afirmação ou reivindicação desses direitos dos povos corresponde, por certo, a uma significativa tendência da política

---

recaería en las instancias internacionales, mientras que los otros quedarían en principio bajo la tutela de los Estados – con las modalidades y limitaciones que se deriven del reconocimiento de los diferentes instrumentos de defensa internacional de los derechos humanos.”

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y La democracia*. Traducción: Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 118. Tradução livre: “Es también a partir de esta función de la cultura jurídica de onde puede surgir, en apoyo de las grandes movilizaciones pacifistas de estos últimos años, ese “nuevo sentido común” acerca de la ilegitimidad del orden existente y del carácter vinculante del derecho internacional, que constituye el principal factor de efectividad de los derechos por él reconocidos.”

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 74. t. IV.

e do Direito Internacional dos dias de hoje, ligadas à deslocação de relações entre as potências, ao despertar do Terceiro Mundo e ao avolumar dos seus problemas, à crescente circulação de pessoas ou bens, às novas estratégias de matérias-primas e energia.

Neste jaez, em 2004, foi realizada em Bonn (Alemanha) a *Conferência Internacional sobre Energias Renováveis*. Como corolário dos documentos antecedentes, eis que surge um elemento importante da política integrada em matéria de energia e alterações climáticas, com o escopo de promoção da eficiência energética também no contexto internacional, por meio do qual restou acordada a criação da Parceria Internacional para a Cooperação no domínio da Eficiência Energética (Ipeec) na Declaração adotada pela Comissão, pelos membros do G8 e pela China, Índia e Coreia do Sul em Aomori, Japão, em junho de 2008. O objetivo é constituir um fórum de alto nível que vise à promoção e a coordenação dos nossos esforços conjuntos, no sentido de acelerar a adopção de práticas sólidas de melhoria da eficiência energética. A Parceria Ipeec proporcionará uma plataforma para o debate, a consulta e o intercâmbio de informações. O Mandato do Ipeec foi assinado pelos membros do G8 e pela China, Coreia do Sul, Brasil e México, em Roma.

O tratamento jurídico à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aliado ao desenvolvimento ecologicamente sustentável e solidário, é uma das questões fundamentais do neoconstitucionalismo latino-americano e pano de fundo da integração energética da Unasul. Como reflexo do tratamento constitucional das nações sul-americanas, o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (Tratado da Unasul), preambularmente anuncia que um de seus princípios basilares é a harmonia com a natureza para um desenvolvimento sustentável.

Um desenvolvimento econômico sustentável, tal como preconiza o Tratado constitutivo da Unasul incluiu logo em seu Preâmbulo<sup>45</sup> essa preocupação ecológica atrelada à integração energética, porque, caso assim não o fizesse, os objetivos da integração econômica comunitária estariam,

---

<sup>45</sup> Leia-se o original: “AFIRMANDO sua determinação de construir uma identidade e cidadania sul-americanas e desenvolver um espaço regional integrado no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental, energético e de infra-estrutura, para contribuir para o fortalecimento da unidade da América Latina e Caribe; CONVENCIDAS de que a integração e a união sul-americanas são necessárias para avançar rumo ao desenvolvimento sustentável e o bem-estar de nossos povos, assim como para contribuir para resolver os problemas que ainda afetam a região, como a pobreza, a exclusão e a desigualdade social persistentes.”



em grande parte prejudicados. Integração não convive, sem suportar obstáculos, com fatores de desintegração, como a poluição do meio ambiente e a degradação ambiental.

Nos últimos anos, a grande maioria dos países tem trabalhado e se organizado em busca de fontes alternativas de energia; na promoção de políticas de aumento da eficiência energética; no combate ao desperdício, e na criação de condições adequadas à implementação do desenvolvimento sustentável.

O caso boliviano é emblemático, para exemplificar o papel importante dos recursos naturais nos acontecimentos políticos recentes e como isso influencia a dinâmica do mercado energético no subcontinente sul-americano. Pela dimensão e pela importância estratégica das reservas gasíferas bolivianas, a mistura explosiva de fatores históricos, políticos, econômicos e sociais, que definem a política interna e externa dos governos do país é uma questão que ultrapassa as fronteiras nacionais e interessa a toda a comunidade sul-americana. Nesse sentido, dois fatos assumem especial relevância para esta análise: a nacionalização dos hidrocarbonetos no país, em 2006 e a mediterraneidade da Bolívia,<sup>46</sup> cuja falta de acesso ao mar condiciona sua política energética.

Esclarece Zanella<sup>47</sup> que, no caso da Venezuela, suas reservas de petróleo e gás são argumentos irrefutáveis para que o país seja lembrado. Com efeito, a Venezuela tem boa parte das reservas sul-americanas de petróleo e gás natural. No setor dos hidrocarbonetos líquidos, ela figura como o quinto maior exportador de petróleo do mundo. Já com relação ao gás natural, sua produção é majoritariamente destinada ao consumo doméstico, que, por ser um mercado pequeno, revela o grande potencial exportador do país. Como ponto negativo à integração da matriz energética dos países da Unasul e como retrocesso das estratégias de desenvolvimento de sua integração, existem divergências significativas em relação às visões de integração energética sul-americana, pois cada nação defende um modelo com base em matrizes diferentes: o Brasil prefere a energia elétrica e os biocombustíveis como vetores de integração; a Venezuela, o petróleo e a Bolívia defende uma integração física a partir da construção de gasodutos.

<sup>46</sup> ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração*: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2009. p. 29-30.

<sup>47</sup> ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração*: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2009. p. 44-45.

Nesse ponto, destacam-se a oposição venezuelana à opção brasileira pelos biocombustíveis (como o etanol), em substituição aos derivados do petróleo, o que pode ser visto, segundo a ótica de Gonçalves,<sup>48</sup> como um óbice conjuntural.

### **Regimes jurídicos e aspectos políticos dos recursos energéticos no Brasil, na Venezuela e na Bolívia**

O desenvolvimento energético nos países da Unasul, com seus avanços históricos, filosóficos, sociais e econômicos, tecnológicos, políticos e jurídicos, viabilizou e fundamentou o aprimoramento da disciplina constitucional e legal dos recursos energéticos em seus países membros, conforme se demonstrará em seguida, com destaque para a política energética e os regimes jurídicos do petróleo, do gás natural, da energia elétrica e dos bicomcombustíveis no Brasil.

No Brasil, um importante marco na regulação do petróleo surgiu com a criação da Petrobras em 1953, pelo então presidente da República Getúlio Vargas a partir das reivindicações sociais advindas de campanha social intitulada: “*O petróleo é nosso*”. O saldo sociopolítico da criação da Petrobras, que culminou no suicídio de Getúlio Vargas, é delimitado por Ribeiro.<sup>49</sup>

Na Venezuela, após promulgada a Lei de Nacionalização, em 1970 foi criada a PDVSA (Petróleos de Venezuela, S.A.) No contexto boliviano, a nacionalização do petróleo e do gás natural deu-se em 2006 por iniciativa do presidente Evo Morales. As atividades relacionadas à sua exploração ficam a cargo da *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos* (YPFB), estatal criada em 1936 após a Guerra do Chaco (1932-1935). Vários países da América Latina alteraram a legislação petrolífera, com a finalidade de

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Reinaldo. *Estratégias de desenvolvimento e integração da América do Sul: Divergência e retrocesso*. IN: *Seminário sobre integração da América do Sul*, 2009, Rio de Janeiro. [Textos acadêmicos]. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

<sup>49</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 185-186: “Essa política de capitalismo de Estado e de industrialização de base provocou sempre a maior reação por parte dos privatistas e dos porta-vozes dos interesses estrangeiros. Assim é que, quando Getúlio Vargas se prepara para criar a Petrobras e a Eletrobras, uma campanha uníssonas de toda a mídia levou seu governo a tal desmoralização que ele se viu na iminência de ser enxotado do Catete. Venceu pelo próprio suicídio, que acordou a nação para o caráter daquela campanha e para os interesses que estavam atrás dos inimigos do governo.”

atrair e captar investimentos estrangeiros, mas não foi considerada a possibilidade de entregar a propriedade do gás e do petróleo para empresas estrangeiras: são os casos do Equador, da Venezuela, do México, Brasil e, mais recentemente, da Bolívia.<sup>50</sup>

No contexto dos anos 70, produz-se uma série de acontecimentos geopolíticos de grande importância internacional, como, por exemplo, a crise energética e o fortalecimento da OPEP no negócio de petróleo contra o cartel das empresas. Tais acontecimentos reverberam no plano interno da Venezuela, que tende a favorecer um novo rumo na política nacional de petróleo, expresso na reforma do imposto de renda, com a finalidade de aumentar o imposto sobre os rendimentos líquidos de petróleo, o Estado fixa os preços das exportações de petróleo venezuelano. Eis que surgem: a *Ley de Reversión Petrolera* (1971), a *Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (1971) e a *Ley del Mercado Interno de los Hidrocarburos* (1973).

No caso boliviano, como corolário da revolta popular de outubro de 2003, verificou-se a capacidade de articular mais a sua sociedade através da afirmação central da necessidade de nova Lei de Hidrocarbonetos, a partir de reivindicações que incluíam aspectos como a recuperação de direitos de propriedade a favor do Estado boliviano, a industrialização do gás natural, substituição da YPFB, os mercados prioritários, preço e utilização pretendida teve suscetíveis recursos financeiros de diferentes projetos. Nesse jaez, com a ascensão de Evo Morales em 2006, foi promulgado o Decreto Supremo 28.701, que nacionalizou os recursos naturais de hidrocarbonetos do país, através do qual o Estado recuperou a propriedade, a posse e o controle total e absoluto dos aludidos recursos (art. 1º).<sup>51</sup> Sobre a natureza jurídica e atuação da YPFB dispõe o art. 361 da Constituição da Bolívia de 2009.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Sobre o tema, conferir: QUIROGA, Carlos Villegas. *Rebelión popular y los derechos de propiedad de los hidrocarburos*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal12/d1quiroga.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2011.

<sup>51</sup> “ARTICULO 1.– En ejercicio de la soberanía nacional, obedeciendo el mandato Del pueblo boliviano expresado en el Referéndum vinculante del 18 de julio del 2004 y em aplicación estricta de los preceptos constitucionales, se nacionalizan los recursos naturales hidrocarburíferos del país. El Estado recupera la propiedad, la posesión y el control total y absoluto de estos recursos”.

<sup>52</sup> “Artículo 361. I. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es una empresa autárquica de derecho público, inembargable, con autonomía de gestión administrativa, técnica y económica, en el marco de la política estatal de hidrocarburos. YPFB, bajo tuición del Ministerio del ramo y como brazo operativo del Estado, es la única facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización. II. YPFB no

Devem-se analisar, então, os principais pontos relativos à política energética e aos regimes jurídicos dos recursos naturais que são as matrizes energéticas mais abundantes no Brasil, a saber, o petróleo, o gás natural, a energia elétrica e os biocombustíveis.

*Noções gerais sobre a política energética e os regimes jurídicos do petróleo, do gás natural, da energia elétrica e dos biocombustíveis no Brasil*

3.1.1 O petróleo

a) O monopólio do petróleo no Brasil

No Brasil, os arts. 3º-, 4º- e 5º da Lei 9.478/97 regulam a titularidade e o monopólio do petróleo e do gás natural exercidos pela União Federal. Ao interpretar os dispositivos constitucionais atinentes ao regime de monopólio da atividade de exploração do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos determina o Supremo Tribunal Federal<sup>53</sup> que o conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões “monopólio da propriedade” ou “monopólio do bem”.<sup>54</sup>

---

poderá transferir sus derechos u obligaciones en ninguna forma o modalidad, tácita o expresa, directa o indirectamente”. Ou seja consagra-se que a YPFB que tal pessoa jurídica é uma autarquia de direito público, imprescritível, com autonomia administrativa, técnica e econômica, no âmbito de uma política estatal de hidrocarbonetos. A YPFB, sob supervisão do Ministério da Indústria e, como o braço operacional do Estado, tem a única autoridade para conduzir as atividades da cadeia produtiva de hidrocarbonetos e de sua comercialização. A YPFB não poderá transferir seus direitos ou obrigações de qualquer forma ou de outra, implícita ou explícita, direta ou indiretamente.

<sup>53</sup> Nesse sentido, conferir: STF- ADI 3273 / DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, julgamento: 16/03/2005 . Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025.

<sup>54</sup> Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (I) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento – a propriedade industrial, monopólio privado; e (II) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. A CF/88 enumera atividades que consubstanciam monopólio da União [art. 177 CF/88] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20 CF/88]. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais,

Ao comentar essa decisão, Bercovici<sup>55</sup> anota que um dos motivos que levaram o então ministro Eros Grau a considerar constitucional a Lei 9.478/1997 foi, segundo o exposto em seu voto, a preservação da Petrobras. Em sua opinião, a inconstitucionalidade do art. 26, *caput* da Lei 9.478/1997 reduziria a Petrobras à mera prestadora de serviços, pois a empresa teria perdido sua qualidade de executora do monopólio estatal com a revogação da Lei 2004/1953. Caso a União fosse impedida de licitar a contratação das atividades previstas no art. 177 da Constituição, não poderia explorá-las diretamente por meio da Petrobras. Por não ser prestadora de serviços públicos, mas exploradora de atividade econômica em sentido estrito, a Petrobras não poderia ser entendida como delegada da União e só poderia, assim, ser contratada mediante processo de licitação pública.

Para o mesmo autor, em relação ao Brasil, a recuperação do controle nacional sobre os recursos naturais, especialmente o petróleo e os minérios, não é um desejo. É uma necessidade. A apropriação do excedente gerado pela exploração desses recursos, ampliados com a descoberta do “pré-sal”, deve ser dirigida para o sentido emancipatório do art. 3º- da Constituição de 1988. As alternativas são muito claras: ou esse excedente contribuirá para manter o Brasil uma economia dependente e associada, a reboque das variações de preços do mercado internacional de produtos primários, consistindo o petróleo em mais um dos inúmeros ciclos econômicos vividos na história do país; ou este excedente terá um papel decisivo no financiamento das políticas necessárias para a superação do subdesenvolvimento e, assim, completar a construção da Nação.

---

inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas, a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

<sup>55</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente: a soberania econômica na Constituição de 1988*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular da Fadusp, 2010. p. 266.

b) O petróleo, a política energética e o papel das agências reguladoras

O art. 6º, inciso I da Lei 9.478/97,<sup>56</sup> define o petróleo para os fins do aludido diploma normativo. Em sede administrativa verifica-se a instituição da agência reguladora (autarquia de regime jurídico especial) ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), através do art. 7º da Lei 9.478/97.<sup>57</sup> O art. 3º da lei 12.351, de 22.12.2010, dispõe que a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção, na forma por ela regulada. Por seu turno, o art. 9º- da Lei 12.351, de 22.12.2010, dispõe acerca das competências do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE).<sup>58</sup> Em relação ao setor energético, o Tribunal de Contas da União (TCU) constatou, após auditorias realizadas na Aneel e na ANP, a ausência de uma política energética que orientasse a atuação das agências reguladoras, evidenciando a necessidade de atuação efetiva do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), instituído pela Lei 9.478/1997.

Verificou-se que a lacuna deixada por esse conselho vinha sendo ocupada, de forma anômala, pelas agências, que deveriam ser responsáveis, tão-somente pela implementação, nas suas esferas de atribuições, da Política Energética Nacional proposta pelo CNPE.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> “ Art. 6º. Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: I – Petróleo: todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado.”

<sup>57</sup> “Art. 7º. Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Parágrafo único. A ANP terá sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais na cidade do Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.”

<sup>58</sup> “Art. 9º. O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE tem como competências, entre outras definidas na legislação, propor ao Presidente da República: I – o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha de produção, observando-se a política energética e o desenvolvimento e a capacidade da indústria nacional para o fornecimento de bens e serviços; II – os blocos que serão destinados à contratação direta com a Petrobras sob o regime de partilha de produção; III – os blocos que serão objeto de leilão para contratação sob o regime de partilha de produção; IV – os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção; V – a delimitação de outras regiões a serem classificadas como área do pré-sal e áreas a serem classificadas como estratégicas, conforme a evolução do conhecimento geológico; VI – a política de comercialização do petróleo destinado à União nos contratos de partilha de produção; e VII – a política de comercialização do gás natural proveniente dos contratos de partilha de produção, observada a prioridade de abastecimento do mercado nacional.”

<sup>59</sup> ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 230.

Em outubro de 2000, o TCU determinou ao então ministro de Estado de Minas e Energia-presidente do Conselho Nacional de Política Energética-que adotasse as medidas necessárias à imediata implementação do CNPE (Decisão TCU Plenário 833/2000-Ata 39/2000, Sessão: 04.10.2000), o que veio a ocorrer efetivamente em novembro de 2000.<sup>60</sup>

No setor de petróleo, o TCU tem acompanhado as licitações de bloco para exploração do petróleo e gás natural, tendo sido feitas diversas determinações à ANP com vistas ao aperfeiçoamento do processo licitatório, notadamente no sentido de dar maior transparência aos interessados e garantir adequadas condições para a atuação da própria agência durante a execução contratual (Decisão TCU Plenário 351/1999, Sessão de 10.06.1999).<sup>61</sup>

Acerca das competências do Ministério das Minas e Energia, na questão atinente à exploração de petróleo e gás natural das áreas de pré-sal, não se deve olvidar o disposto no art. 10 da Lei 12.351/2010.<sup>62</sup> Com a Lei 12.351/2010, verificou-se alteração nas competências da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) consoante verifica-se em seu art. 11.

Sobre as receitas governamentais no regime de partilha de produção merecem registro os arts.42 e 43 da Lei 12.351, de 22.12.2010 (*royalties* e bônus de assinatura).

---

<sup>60</sup> ZYMLER, op. cit., p. 230-231.

<sup>61</sup> ZYMLER, op. cit., p. 31.

<sup>62</sup> “Art. 10. Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências: I – planejar o aproveitamento do petróleo e do gás natural; II – propor ao CNPE, ouvida a ANP, a definição dos blocos que serão objeto de concessão ou de partilha de produção; III – propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção: a) os critérios para definição do excedente em óleo da União; b) o percentual mínimo do excedente em óleo da União; c) a participação mínima da Petrobras no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento); d) os limites, prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos royalties devidos; e) o conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional; e f) o valor do bônus de assinatura, bem como a parcela a ser destinada à empresa pública de que trata o § 1o do art. 8o; IV – estabelecer as diretrizes a serem observadas pela ANP para promoção da licitação prevista no inciso II do art. 8o, bem como para a elaboração das minutas dos editais e dos contratos de partilha de produção; e V – aprovar as minutas dos editais de licitação e dos contratos de partilha de produção elaboradas pela ANP. § 1o Ao final de cada semestre, o Ministério de Minas e Energia emitirá relatório sobre as atividades relacionadas aos contratos de partilha de produção. § 2o O relatório será publicado até 30 (trinta) dias após o encerramento do semestre, assegurado amplo acesso ao público.”

## Gás natural

O art. 6º, inciso II da Lei 9.478/97 define gás natural para os fins legais. O Brasil precisava ampliar a sua matriz energética, com novas opções voltadas principalmente para fortalecer o parque industrial nacional. Quando se negociava a implantação do gasoduto Bolívia-Brasil, ainda não havia, no plano interno, uma exata noção do uso do gás natural para operacionalizar as termelétricas.<sup>63</sup>

## Energia elétrica

No plano brasileiro, a Lei 9.427, de 1996, criou a autarquia de regime especial denominada Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), cuja finalidade disposta em seu art. 2º- é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Ao tratar de exemplos práticos da atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas da União no plano elétrico, Zymler<sup>64</sup> destaca os processos de revisão de tarifa das empresas distribuidoras de energia elétrica. Esses procedimentos são complexos e envolvem elevadas somas de recursos. Por essa razão, foi elaborada norma específica para definir critérios e procedimentos para o acompanhamento das mais de 50 revisões tarifárias que ocorreram a partir de 2003.

Igualmente importante foi a determinação do TCU para que a Aneel regulamentasse o processo de revisão tarifária para os serviços de transmissão de energia elétrica, prevendo, nessa regulamentação, mecanismos para repassar aos consumidores possíveis ganhos de alavancagem financeira caso a instituição financeira fosse pública (Decisão TCU Plenário 300/2001 – Ata 20/2001, Sessão de 23.05.2001).<sup>65</sup>

A exemplo do ocorrido no setor de telecomunicações, o critério de fixação do preço mínimo para outorga de aproveitamentos hidrelétricos também foi objeto de avaliações da Corte de Contas Federal (TCU).<sup>66</sup>

<sup>63</sup> À época predominava a utilização do potencial hídrico (as grandes barragens, por exemplo), que atendia de modo satisfatório à demanda interna. Pelo contrato comercial firmado entre a Petrobras e a YPF, foram definidos preços, condições e formas de gerenciar a compra e venda do gás. Por outro lado, determinou-se que contrato só entraria em eficácia no momento em que o gasoduto fosse viável. Isto é, tendo mercado que estivesse disposto a bancar o preço, com reservas suficientes para garantir o fluxo de abastecimento.

<sup>64</sup> ZYMLER, op. cit., p. 230.

<sup>65</sup> ZYMLER, op. cit., p. 230.

<sup>66</sup> ZYMLER, op. cit., p. 230.



## Biocombustíveis

A Lei 11.097/2005 incluiu os incisos XXIV (alterado pela Medida Provisória 532, de 28/04/2011) e XXV ao art. 6º- da Lei 9.478/97<sup>67</sup> e estabeleceu, respectivamente, a delimitação conceitual de biocombustível e biodiesel. O art. 2º- da Lei 11.097/2005<sup>68</sup> introduziu o biodiesel na matriz energética brasileira.

## Conclusão

Como corolário do processo de globalização econômica, política, social e jurídica, eis que surge a Unasul, que congrega doze nações da América do Sul. Os países da América do Sul possuem uma variedade de fontes de energia, tanto hidrelétricas como petrolíferas e de gás, às quais se soma agora a produção em longa escala de biocombustíveis, que vêm diversificar ainda mais a matriz energética atualmente existente.

A problemática atinente à matriz energética comum para os países da Unasul está intrinsecamente concatenada a do modelo produtivo para a

---

<sup>67</sup> “Art. 6º. Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: [...] XXIV – Biocombustível: substância derivada de biomassa renovável que pode ser empregada diretamente ou mediante alterações em motores a combustão interna ou para outro tipo de geração de energia, podendo substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil, tal como biodiesel, etanol e outras substâncias estabelecidas em regulamento da ANP; XXV – Biodiesel: biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna com ignição por compressão ou, conforme regulamento, para geração de outro tipo de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil.”

<sup>68</sup> “Art. 2º. Fica introduzido o biodiesel na matriz energética brasileira, sendo fixado em 5% (cinco por cento), em volume, o percentual mínimo obrigatório de adição de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final, em qualquer parte do território nacional. § 1º O prazo para aplicação do disposto no caput deste artigo é de 8 (oito) anos após a publicação desta Lei, sendo de 3 (três) anos o período, após essa publicação, para se utilizar um percentual mínimo obrigatório intermediário de 2% (dois por cento), em volume. (Regulamento) § 2º Os prazos para atendimento do percentual mínimo obrigatório de que trata este artigo podem ser reduzidos em razão de resolução do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, observados os seguintes critérios: I – a disponibilidade de oferta de matéria-prima e a capacidade industrial para produção de biodiesel; II – a participação da agricultura familiar na oferta de matérias-primas; III – a redução das desigualdades regionais; IV – o desempenho dos motores com a utilização do combustível; V – as políticas industriais e de inovação tecnológica. § 3º Caberá à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP definir os limites de variação admissíveis para efeito de medição e aferição dos percentuais de que trata este artigo. § 4º O biodiesel necessário ao atendimento dos percentuais mencionados no caput deste artigo terá que ser processado, preferencialmente, a partir de matérias-primas produzidas por agricultor familiar, inclusive as resultantes de atividade extrativista”.

região, já que não se tratam apenas de propostas ou alternativas de desenvolvimento nacionais, mas sim da matriz regional que comunidades transnacionais vêm construindo. A realidade do potencial da região sul americana quanto à produção de energia outorga aos países componentes da Unasul, características interessantes para sua incorporação ao mercado global, como provedora de recursos energéticos necessários ao desenvolvimento econômico sustentável no plano das relações internacionais. Suas nações representam um verdadeiro celeiro das fontes energéticas existentes em nosso planeta.

Um dos desafios da Unasul para a sua consolidação efetiva perpassa necessariamente pelo aumento da oferta de energia, mormente na busca de uma matriz energética comum, capaz de satisfazer todos os desafios: econômicos, ambientais, políticos e sociais comuns (em atendimento aos princípios internacionais da cooperação e solidariedade). É preciso ampliar a capacidade de geração, melhorando o aproveitamento de fontes convencionais como água, carvão, gás, fontes renováveis, dentre outras, bem como se faz necessário o domínio e aperfeiçoamento nas novas tecnologias em prol das fontes de energia, dentre as quais avultam em importância os biocombustíveis.

A questão atinente à busca de uma matriz energética comum nos países da Unasul, em especial Brasil, Bolívia e Venezuela, merece especial coordenação em relação aos fatores ambientais relacionados ao desenvolvimento sustentável e solidário, uma vez tratar-se de um ponto em comum no neconstitucionalismo latino-americano. As riquezas naturais de Bolívia (gás natural), Venezuela (petróleo) e Brasil (biomassa) criam as bases fáticas necessárias e devem servir como fator de convergência à implementação da matriz energética comum compartilhada, em atendimento aos ditames da solidariedade e paz comunitárias. As bases foram lançadas desde a década de 70, com o compartilhamento da energia produzida por Itaipu Binacional, que reverbera até os dias de hoje com a construção do gasoduto Bolívia-Brasil.

O aproveitamento integrado das matrizes energéticas deve buscar a plenitude econômica, social, política e ambiental dos países latino-americanos tão sufocados por crises em todos os níveis e que se perpetuaram ao longo de toda a sua evolução histórica, na busca de uma sociedade comprometida com o combate às desigualdades e a efetivação dos direitos fundamentais para seus membros.

Um dos trunfos do mundo contemporâneo é a detenção dos recursos atinentes à produção de energia. Saber utilizá-los de maneira adequada é o segundo degrau da longa “escada” que leva ao desenvolvimento econômico atrelado à construção de uma sociedade madura sob os aspectos social e político, com instituições fortes e duradouras comprometidas com a consolidação da democracia cidadã.

Faz-se premente pelo bloco dos países integrantes da Unasul o desenvolvimento de tecnologia para a utilização das tradicionais e das novas fontes energéticas, na busca de uma união efetiva e atenta aos clamores dos sul-americanos e, de modo prioritário, ao imperativo de preservação e cuidado da Mãe-Terra.

### Referências

ALMEIDA, José Mário Ferreira de. Energia e conservação da natureza. In: MIRANDA, Jorge et al. (Coord.). *Cadernos O Direito: temas de Direito da Energia*. Lisboa: Juridireito, 2008. v. 3.

AMORIM, Celso. *A integração sul-americana – Diplomacia, Estratégia e Política n. 10*, Funag, Brasília, out./Nov. 2009, p. 22. Disponível em: <[www.funag.gov.br/biblioteca-digital](http://www.funag.gov.br/biblioteca-digital)>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente: a soberania econômica na Constituição de 1988*. 2010. Tese (Concurso de Professor Titular da Fadusp), 2010.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.) *Direito constitucional ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 3. ed. 2. reimpres. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y La democracia*. Trad. de Andrea Greppi. Segunda edición. Madrid: Ed. da Trotta, 2009.

FIESP. *Segurança energética na América do Sul 10: um panorama brasileiro*. Departamento de Energia, maio de 2010. Coordenadores do Estudo: Carolina Lembo e Marcelo Costa Almeida. Disponível em: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/05893a05.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. da Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para La civilización tecnológica*. Trad. de Javier Ma-Fernández Retenaga. 3. impres. Barcelona: Herder, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria geral do direito ambiental*. Trad. de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. t. IV.
- MORAES, Germana. Unasul: Notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 11, ano 9, Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2010.
- PASTOR, Roberto Alfonso Viciano. *Algunas consideraciones críticas sobre los procesos constituyentes en Ecuador y Venezuela*. Disponível em: <[www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista](http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista)> Acesso em: 30 out. 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direito internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- QUEIROZ, Renato; VILELLA, Thaís. *Integração energética na América do Sul: motivações, percalços e realizações*. Disponível em: <[blogln.ning.com/profiles/blogs](http://blogln.ning.com/profiles/blogs)>. Acesso em: 30 dez. 2010.
- QUIROGA, Carlos Villegas. *Rebelión popular y los derechos de propiedad de los hidrocarburos*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal12/d1quiroga.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2011.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2000.
- USERA, Raúl Canosa. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson, 2000.

ZANELLA, Cristine Koehler. *Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul*. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2009.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS À PLANIFICAÇÃO ESTRATÉGICA E GOVERNANCE LOCAL

Milena Petter Melo\*

## 1 Introdução

A partir dos anos 70, com a crescente relevância que a questão ambiental passou a ter no debate político, a comunidade internacional e a transnacional amadureceram a ideia de desenvolvimento sustentável, integrando aos direitos da pessoa e do gênero humano – inclusive às futuras gerações – garantias relativas à qualidade da vida e à preservação do ambiente. Um quadro normativo, enriquecido pela paulatina positivação da tutela ambiental nas Constituições de diversos Estados e nas legislações específicas dos diferentes âmbitos, nacionais, regionais ou locais, passou a ser caracterizado por ulteriores elementos de complexidade, envolvendo

149

---

\* Professora na Universidade de Blumenau (FURB). Doutorado em Direito, Università degli Studi di Lecce – Itália, 2004. Coordenadora para a área lusófona e anglófona do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais da Universidade do Salento Itália. Pesquisadora no Centro de Pesquisas sobre as Instituições Europeias da Universidade Suor Orsola Benincasa de Nápoles, Itália. Pesquisadora e responsável pelas relações com o Brasil, do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisa sobre os Bens Comuns IISRBC, Paris, França. Professora convidada no Programa Máster-Doutorado Oficial da União Europeia, Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo – Universidade Pablo de Olavide/Univesidad Internacional da Andaluzia, Espanha. Professora convidada no Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Membro do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil. Consultora em projetos de internacionalização, intercâmbio de *good practices* e cooperação acadêmica, cultural e científica entre a Europa e a América Latina. Pesquisadora do projeto *Direito humano à água e ao saneamento básico nos países da Unasul: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns* – CNPq. Pesquisadora no projeto Rede Guarani/Serra Geral.

riscos diretamente ligados às escolhas de governo cotidianas e à necessidade de uma planificação estratégica de médio e longo prazo nos diferentes níveis, à qual todos são chamados a participar e contribuir com soluções inovativas e eficazes.

Examinando a questão ambiental e a evolução normativa do desenvolvimento sustentável no plano internacional e mais especificamente no sistema das Nações Unidas, a primeira parte do percurso teórico que segue inspira-se no trabalho apresentado no Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social, realizado em Pequim, em 2009,<sup>1</sup> e focaliza a mobilidade do fundamento da proteção ambiental, de modo a evidenciar as interações entre desenvolvimento sustentável, direitos humanos, políticas públicas, *governance* e participação democrática: temáticas que se apresentam cruciais para cobrir a distância hoje existente entre as leis e os direitos efetivos, tanto no plano internacional quanto no âmbito nacional, regional ou local. Na intenção de contribuir para a reflexão sobre a planificação estratégica e participativa e as modalidades de gestão local para o desenvolvimento sustentável, a segunda parte se concentra na questão das metodologias organizacionais, particularmente nos princípios da “comunidade indagante”, da “democracia deliberativa” e do “confronto criativo”.

### A questão ambiental e a evolução normativa do desenvolvimento sustentável

Foi a partir das décadas de 60 e 70 que cresceu em relevância a questão ambiental no plano internacional. Nesse período, nascem as primeiras associações ambientalistas: *World Wildlife Fund* (1961), *Friends of the Earth* (1969), *Greenpeace* (1971), e são adotadas as primeiras medidas normativas importantes para a proteção ambiental, entre as quais se destaca o *National Environmental Protection Act* (Nepa-1969), que marca um momento de mudança de direção para a legislação norte-americana, e que passará a ser fonte de inspiração para muitos outros países.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> MELO, Milena Petters. “*Intangible Heritage preservation and environmental sustainability in global cities: sustainable development, human rights and citizenship*”. Texto apresentado no *Special workshop: “Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations”* – Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social (*XXIV World Congress of Philosophy of Law and social Philosophy in Beijing – IVR World Congress, 15-20 September 2009*), Pequim, China, 16.9.09.

<sup>2</sup> Essas considerações sobre a evolução normativa do desenvolvimento sustentável segue o percurso analítico traçado por Francesco La Camera, em *Corso Introduzione allo sviluppo sostenibile*, um conjunto de textos que integraram o material didático do *Master Manager per lo Sviluppo Sostenibile*, Formambiente, Nápoles/São Paulo, 2007.



Nesse mesmo período, é lançada, por iniciativa do Clube de Roma – uma associação voluntária, formada em 1968, por um grupo internacional de trinta profissionais, entre cientistas, educadores, economistas, humanistas, industriais e funcionários de Estado – uma reflexão sobre os limites do desenvolvimento e do crescimento econômico, em relação aos problemas ambientais e sociais. Depois de um encontro na *Accademia dei Lincei*, o Clube de Roma encarrega um grupo de pesquisadores de realizar um estudo, no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), para indagar as causas e consequências, a longo prazo, do crescimento de cinco fatores determinantes: população, capital industrial, produção de alimentos, consumo de recursos naturais e poluição. Os resultados desse estudo foram publicados em 1972, em New York, com o título *The limits to growth* (Os limites do crescimento).

A evolução dos fatores considerados, se mantido o modelo de desenvolvimento, alcançaria, no lapso temporal de um século, os seus limites, com um repentino e incontrolável declínio do nível da produção e do sistema industrial; por isso era necessário modificar tal linha de crescimento, optando por um modelo de desenvolvimento com base na estabilidade ecológica e econômica. Estas, em síntese, são as conclusões do relatório que animaram o debate nos anos sucessivos.

A partir de então, a relação entre economia e ambiente e a necessidade de preservar a qualidade dos recursos naturais passa a ocupar um espaço central na agenda internacional, que culminará na histórica Conferência de Estocolmo, em 1972.

#### *A Conferência de Estocolmo*

Trata-se da primeira Conferência das Nações Unidas em escala mundial sobre as temáticas ambientais, ocasião em que foi adotada uma Declaração.

Dentre os princípios elencados na Declaração, encontra-se o conceito de responsabilidade para a proteção do ambiente e da conservação dos recursos naturais, em relação às futuras gerações. É reconhecida a necessidade de introduzir a tutela ambiental nos programas de desenvolvimento e de adotar medidas integradas e coordenadas na administração dos recursos, de modo a assegurar que o desenvolvimento seja compatível com a necessidade de proteger e melhorar o ambiente.

De fato, os princípios da Declaração contêm elementos contraditórios, decorrentes das diferentes aspirações dos diversos países signatários. Junto

com a intenção de priorizar a questão ambiental, vinha expressa, por parte sobretudo dos países do terceiro mundo, a prioridade de colocar em primeiro plano o desenvolvimento sem condições limitativas – com o crescimento e maior riqueza se poderia, então, dar a devida atenção às questões ambientais.

A Declaração marca, todavia, uma passagem histórica: a resolução sobre os aspectos institucionais e financeiros, que recomenda à Assembleia Geral das Nações Unidas a criação do *Governing Council*, a fim de guiar o horizonte político da direção e coordenação dos programas ambientais no âmbito do sistema ONU e abre a “estrada” ao nascimento do Programa para o Ambiente das Nações Unidas (Unep).

Numerosas outras circunstâncias contribuíram para chamar a atenção sobre as temáticas ambientais e enriquecer o debate em torno do desenvolvimento: grandes catástrofes ambientais, incidentes industriais, problemas com a radioatividade de usinas nucleares, como, por exemplo, o incidente com um petroleiro no Golfo do México (1979) e o incidente nuclear de Chernobyl (1986), entre outros. De frente a essas circunstâncias dramáticas, seguidas no tempo por numerosas catástrofes naturais, causadas sobretudo por terremotos ou inundações, a opinião pública foi capturada pelas campanhas de informação, promovidas pelas associações ambientalistas.

*As implicações políticas e o problema de definir o desenvolvimento sustentável*

Um aspecto particularmente problemático do debate que se seguiu às conclusões do relatório sobre os limites do crescimento, estava ligado às implicações *políticas* do mesmo: questionava-se se o relatório deveria ser um convite para rever a exploração dos recursos naturais nos países pobres, pelos países ricos, ou se, de fato, evidenciava a necessidade de formas mais avançadas de imperialismo.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Para uma análise crítica e eficaz das diferentes conotações que assumiu o tema do desenvolvimento na história recente e suas implicações no cenário político e no debate internacional, v. SACHS, Wolfgang. *The development dictionary – a guide to knowledge as power*. 3. ed. Johannesburg: Witwatersrand University Press, 1993; London & New Jersey: Zed Books, 1993.

Mas o aspecto mais relevante tocava as relações críticas, evidenciadas pelo relatório, entre crescimento econômico e ecossistema, em que a necessidade do crescimento encontrava o limite dos recursos disponíveis e colocava em jogo a razão de fundo do funcionamento do sistema econômico dominante, baseada no crescimento sem limites através da opção pelo mercado livre.

Em 1980 foi lançado, pelo *Council of Environmental Quality*, por encomenda de Jimmy Carter, um relatório sobre as perspectivas globais para o ano 2000. Esse relatório, coordenado por Gerald Barney, nas conclusões afirmava que:

Se continuarem as tendências atuais, o mundo no ano 2000 será mais povoado, mais poluído, menos estável ecologicamente e mais vulnerável à destruição do que o mundo no qual vivemos agora. As graves dificuldades nas relações entre populações, recursos e ambiente, progridem visivelmente. Não obstante o aumento da produção global, sob muitos aspectos a população mundial será mais pobre no futuro. Para centenas de milhares de pessoas, desesperadamente pobres, as possibilidades de se alimentar e de satisfazer outras necessidades vitais não melhorarão, e em muitos aspectos irão piorar [...] Salvo progressos revolucionários da tecnologia, a vida para a maior parte das pessoas na Terra será mais precária no ano 2000, a menos que as nações do mundo realizem ações decisivas para modificar o andamento atual.

Nos anos seguintes, o debate passa a ser alimentado pela crescente atenção da comunidade científica às inter-relações entre os sistemas econômicos e ecológicos.

No que concerne em particular à economia, desenvolveu-se rapidamente uma nova disciplina, a economia ambiental, com o escopo de estudar o impacto da economia sobre o ambiente, e as modalidades apropriadas para regular a atividade econômica, de modo a balancear os objetivos econômicos e ambientais com outros objetivos sociais.

Na trilha desses acontecimentos, o direito ambiental passou a ter uma maior relevância entre as disciplinas jurídicas.

Na direção de sentido da Declaração de Estocolmo, as atenções para a proteção da qualidade ambiental e a responsabilidade em relação às

futuras gerações, passam a ser acompanhadas pelas demandas sociais que, em conjunto, impõem um esforço para um projeto que mira o futuro, assegurando a continuidade do crescimento econômico, a proteção ambiental e uma melhor distribuição dos benefícios nos países em via de desenvolvimento. Esse projeto, que atribui igual importância às dimensões econômica, social e ambiental, ganha forma no conceito de *sustentabilidade* ou de *desenvolvimento sustentável*.

Na história recente, de fato, poucos conceitos atraíram tanto a atenção política, popular e acadêmica como o conceito de desenvolvimento sustentável.

A definição mais difundida de desenvolvimento sustentável é decididamente aquela contida no relatório Brundtland (1987) que define como *sustentável* o desenvolvimento capaz de satisfazer as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a possibilidade que também as futuras gerações possam satisfazer as próprias necessidades, delineando a sustentabilidade como uma estratégia de desenvolvimento, que coloca em relação diferentes elementos – os recursos naturais e humanos, os aspectos físicos e financeiros – para o incremento da riqueza e do bem-estar, pensado a longo prazo.

Como objetivo, portanto, o desenvolvimento sustentável afasta as políticas e as práticas que mantêm os atuais *standards* de produção e consumo, que deteriorando a base produtiva e os recursos naturais, deixam as futuras gerações com projeções mais pobres e com maiores riscos.

No que concerne às necessidades, a definição do Relatório Brundtland se refere, em particular, às necessidades dos pobres do mundo e inclui a ideia dos limites, da capacidade tecnológica e das organizações sociais, no que se refere à possibilidade de que o ambiente satisfaça as necessidades atuais e futuras.

Pensando sobre os objetivos do estudo em andamento, é oportuno sublinhar que o conceito de desenvolvimento sustentável, evidenciando a distinção entre elementos *quantitativos* (por ex. o mero crescimento do PIB) e elementos *qualitativos*, abre-se a considerações sobre o nível dos serviços e a garantia efetiva de direitos, como, por exemplo, a saúde e a educação, e introduz valores éticos: a justiça, a liberdade, a relação com a natureza e as futuras gerações, etc. Comporta, portanto, uma visão de mundo, e de futuro do mundo, que engloba o plano pessoal e a esfera da comunidade. O conceito de sustentabilidade assume, assim, um caráter ao mesmo tempo analítico e dialético, e por isso *aberto, ambivalente e em construção*.

Para a definição das conotações e dos reais significados do desenvolvimento, passaram a contribuir e concorrer “agências para o desenvolvimento”, governos, analistas, movimentos sociais, ONGs, associações, etc., coligando e reforçando as interações em diferentes âmbitos: locais, nacionais, regionais, internacionais e global. Um processo de crescente abertura à participação dos diferentes atores, que levou à Conferência Mundial do Rio de Janeiro, em 1992.

Uma outra observação necessária segue no sentido de sublinhar que algumas importantes Convenções sobre ambiente foram estipuladas antes da Conferência Mundial do Rio de Janeiro – 1992, dentre as quais se destacam: a Convenção Internacional sobre a Regulamentação da Caça às Baleias (Washington, 1946); a Convenção da Organização Marítima Internacional, sobre a segurança nos mares e a prevenção da poluição; Convenção sobre as Zonas Úmidas de Importância Internacional, *habitat* dos pássaros aquáticos (Ramsar, 1971); Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial (Paris, 1972, Unesco); a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância (Genebra, 1979); Convenção sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982, ONU); Convenção sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços dos Resíduos Perigosos (Basilea, 1989); Convenção sobre a Avaliação do Impacto Ambiental no Contexto Transfronteiriço (Espoo, 1991); Convenção sobre os Efeitos Transfronteiriços dos Incidentes Industriais (Helsinki, 1992).

Com essas convenções estreitamente ambientais, é oportuno ter presentes, pensando-se o quadro normativo internacional do desenvolvimento sustentável, além da histórica *Declaração Universal sobre os Direitos Humanos* (1948) e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 (*Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*) a *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* (ONU, 1986), a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (1979) e a *Convenção sobre os direitos da infância* (New York, 1990), bem como outros documentos internacionais, bilaterais ou multilaterais, relacionados com a especialização e regionalização dos direitos humanos,<sup>4</sup> a proteção

---

<sup>4</sup> Do processo de internacionalização dos direitos humanos e do desenvolvimento de sistemas regionais, conjugados com o processo de multiplicação e especificação desses direitos, resultou um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção, que interagem de forma complementar. A propósito e para

do patrimônio natural e cultural da humanidade, o uso dos recursos naturais e energéticos.

*A Conferência das Nações Unidas Sobre o Ambiente e o Desenvolvimento (Unced), ECO 92 – Rio de Janeiro*

A ECO 92 marca uma nova fase das relações internacionais em questão de sustentabilidade. Com a crescente conscientização sobre a seriedade das questões relativas aos limites do crescimento econômico e com uma emblemática tomada de posição por parte da comunidade internacional, pela primeira vez chega-se à definição de um conjunto de ações globais.

Na ocasião foram aprovados três documentos fundamentais – a Declaração do Rio sobre o Ambiente e o Desenvolvimento, a Declaração sobre “Princípios das Florestas” e a Agenda 21 – que definem uma visão conjunta e complexa dos temas ligados à sustentabilidade e ao desenvolvimento e que é ainda hoje atual para as ações internacionais relativas a esses temas. Foram também adotadas duas importantes Convenções: a *Convenção sobre a Biodiversidade* e a *Convenção-quadro sobre as Mudanças Climáticas*.

Do ponto de vista da *governance* internacional, uma importante novidade foi a criação da *Comissão para o Desenvolvimento Sustentável*.

De fato, a Assembleia Geral das Nações Unidas tinha chamado uma conferência mundial para formular estratégias integradas que neutralizassem ou pudessem inverter o impacto negativo das atividades humanas sobre o ambiente físico, e estarem aptas a promover um desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável em todos os países. A organização da Agenda 21, as decisões tomadas, as Declarações e Convenções aprovadas, que refletem o complexo debate sobre a sustentabilidade, representam a resposta da Conferência do Rio ao mandato recebido.

---

aprofundamentos: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 181 ss.; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Jurídica de Chile, 2001. p. 48 ss.; TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 177 ss.; DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Torino: Giappichelli, 1998. p. 52 ss. Para uma análise filosófica sobre a evolução histórica e normativa dos direitos humanos consultar a obra clássica BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990. Para uma aproximação a partir da teoria crítica dos direitos humanos: HERRERA FLORES, Joaquín. Elementos para una teoría crítica de los derechos humanos. In: HERRERA FLORES, Joaquín et al. *El vuelo de Anteo*. Desclée de Brouwer: Bilbao, 2000.

Depois da ECO 92, foram aprovados diversos acordos globais e multilaterais com base regional, sobre as temáticas relativas ao desenvolvimento sustentável. Entre estes, e dentre os mais importantes, encontram-se o *Protocolo de Kyoto* (1997) a *Convenção-quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas*, a *Convenção de Aarhus* (1998) e a *Declaração do Milênio das Nações Unidas* (*UN Millennium Declaration*, 2000).

Com o *Protocolo de Kyoto*, os países industrializados se comprometeram a reduzir, até o período de 2008-2012, o total das emissões dos gases que incidem sobre o efeito estufa, de ao menos 5% em relação aos níveis de emissões de 1990.

A *Convenção de Aarhus* trata do acesso às informações, da participação dos cidadãos e do acesso à justiça em matéria ambiental, tendo sido definida pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, como o “âmbito mais ambicioso na área da *democracia ambiental*”. A Convenção é o primeiro instrumento de direito internacional que atua no princípio 10 da Declaração do Rio e constitui uma pedra basilar do processo de integração dos direitos humanos com as questões ambientais.

A *Declaração do Milênio* das Nações Unidas (*UN Millennium Declaration*, 2000) se propôs a elencar os valores sobre os quais deveriam se fundar as relações internacionais do terceiro milênio, indicando uma série de ações, objetivos e *targets* a serem alcançados em diversos setores relacionados com o desenvolvimento sustentável – que foram sucessivamente retomados no *Plano de Ação de Johannesburg*.

#### *O Summit Mundial para o desenvolvimento sustentável, Johannesburg – 2002*

Foi uma decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas que a revisão da atuação da Agenda 21, passada uma década da ECO92, fosse realizada em forma *Summit*, contando, portanto, com a participação de chefes de governo e de Estado, a fim de revigorar o compromisso global para um desenvolvimento sustentável.

Os principais *outcomes* dessa Assembleia foram: a Declaração de Johannesburg sobre o desenvolvimento sustentável, o Plano de atuação e o estabelecimento de *partnership* entre governos e outras instituições de representação e portadoras de interesse, incluindo nessas parcerias empresas, associações e ONGs.

A Declaração de Johannesburg retoma os preceitos maturados na comunidade internacional, coligando os eventos de Estocolmo (72) e do Rio (92). Efetivamente, em matéria de desenvolvimento sustentável, ainda que com algumas novas referências a eventos recentes, como a globalização, a dramática difusão da Aids, etc., Johannesburg é fortemente ancorada e constrói sobre as bases da Agenda 21, reafirmando os compromissos assumidos no Rio.

No entanto, as bases dos acordos e do plano de atuação, fundados no reconhecimento que o futuro está no multilateralismo, foram rapidamente demolidas na ocasião dos eventos dramáticos no Iraque, que a comunidade internacional não conseguiu evitar e não foi capaz de conduzir nos termos e na sede da Organização das Nações Unidas.

Contudo, importantes observações defluem da Declaração e seguem no sentido de destacar que o profundo contraste que divide a sociedade humana entre ricos e pobres constitui uma séria ameaça à estabilidade, à segurança e à prosperidade global; a globalização está dando novas dimensões aos desafios do desenvolvimento sustentável, pois os benefícios e os custos da globalização não são equitativamente distribuídos nas diferentes regiões do planeta; a falta de uma atuação capaz de provocar mudanças efetivas, nas condições de vida das populações que sofrem mais as disparidades globais, pode induzir os pobres do mundo a perderem a confiança nos sistemas democráticos; o setor privado tem o dever de contribuir para a evolução de comunidades e sociedades mais igualitárias e sustentáveis, e deve atuar na aplicação de regras transparentes e estáveis para a contabilidade societária; é necessário melhorar e reforçar a *governance* em todos os níveis, para a efetiva atuação da Agenda 21, dos objetivos do desenvolvimento e do Plano de Atuação de Johannesburg; são necessárias instituições multilaterais e internacionais mais eficazes, democráticas e responsáveis.

Além disso, os países desenvolvidos, que ainda não tinham realizado esforços concretos para atingir os parâmetros concordados em sede internacional, no campo da *Official Development Assistance* (0,7% do Pib para ajuda ao desenvolvimento), foram solicitados a fazê-lo em tempo breve. E foi sublinhado o apoio ao nascimento de alianças e colisões mais fortes no âmbito local, para a promoção e o controle dos progressos em termos de desenvolvimento sustentável.



### *Um acordo semântico e político para o desenvolvimento sustentável*

A partir de Johannesburg ganha sempre maior espaço uma concepção mais ampla e mais complexa de desenvolvimento sustentável, que pode ser traduzida nos seguintes termos: *sustentável* é o modelo de desenvolvimento que mira a eliminação da pobreza, a melhoria dos *standards* nutricionais, da saúde e da educação, garantindo um adequado acesso aos serviços e aos recursos (energia, água, etc.), eliminando progressivamente as disparidades globais e as desigualdades na distribuição de renda; assegurando iguais oportunidades entre os sexos e aos jovens, promovendo modelos de produção e de consumo que respeitem as exigências de proteção e gestão dos recursos naturais; que garanta a paz, a segurança, a estabilidade e o respeito aos direitos humanos, também mediante o *empowerment*<sup>5</sup> da *governance* em todos os níveis, e promova ajuda ao desenvolvimento, em quantidade e qualidade, por parte dos países mais desenvolvidos e através da cooperação internacional.

Nessa perspectiva, a falta de um acordo claro sobre o governo dos recursos alimenta a ambiguidade de fundo que vem caracterizando os processos de globalização e os discursos sobre e as políticas para o desenvolvimento sustentável, e coloca em risco os objetivos socioeconômicos prefixados pela comunidade internacional, em diferentes documentos internacionais.

De fato, enfatizando as disparidades em termos de crescimento econômico e fazendo uso da prolapada metáfora da “torta a ser dividida”, pode parecer que somente um significativo crescimento da torta à disposição

---

<sup>5</sup> O conceito de *empowerment* passou a ter uso frequente quando se trata de cidadania participativa e governança democrática. Esse conceito é traduzido como *empoderamento* ou *apoderamento*. Sobre as diferentes cargas semânticas dos dois vocábulos em português, consultar MEIRELLES, Mauro. Perspectivas teóricas acerca do empoderamento de classe social. *Revista Eletrônica* “Fórum Paulo Freire”, ano 2, n. 2, agosto 2006. Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/fae/paulofreire/novo/br/pdf/Mauro%20Meirelles%20e%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 27 set. 73. Neste trabalho, o termo é utilizado no sentido atribuído por John Friedman, no contexto das suas reflexões em prol de um modelo do desenvolvimento alternativo e inclusivo, para denotar o incremento do poder social, e na transformação deste em poder político, começando com o fortalecimento da capacidade econômica e comunicativa das classes subalternas no seu *habitat*. Nesse sentido, a teoria política do *empowerment* se estende a todas as categorias de sujeitos excluídos, de fato ou de direito, do pleno exercício dos direitos políticos, limitados ou excluídos em seu *status* de cidadão. (FRIEDMAN, John. *Empowerment: the politics of alternative development*. Cambridge: Blackwell Publishers, 1993).

poderá assegurar que as fatias, distribuídas aos países em desenvolvimento, encontre a satisfação dos elementos caracterizantes da sustentabilidade que deflui dos documentos internacionais. De modo generalizado, e generalizante, é essa ainda a filosofia proposta pelo Banco Mundial quando afirma, mesmo reconhecendo os próprios erros do passado, que o desafio é “o crescimento da renda e da produtividade demandado nos países em desenvolvimento, para eliminar a pobreza de um modo que seja ambientalmente e socialmente sustentável”. Contudo, essa *filosofia* evita questionar, no conotar a necessidade da sustentabilidade ambiental, sobre a possível existência de eventuais limites ecológicos a esse crescimento.<sup>6</sup>

E é exatamente nesse ponto que a questão do desenvolvimento sustentável se abre para a qualidade da participação democrática, informada e responsável. Com o reconhecimento de novos sujeitos de direito, no âmbito das jurisdições dos Estados e no plano internacional, com os acordos multilaterais e com os sempre mais frequentes contatos e relações interculturais, os diferentes sujeitos reclamam pelo reconhecimento de suas especificidades no modo de compreender os problemas relativos ao desenvolvimento socioambiental e humano. E reivindicam espaços para poder participar mais ativamente nos processos de regulamentação, elaboração e atuação das políticas públicas; e fiscalização do bom andamento desses processos, na defesa de interesses e direitos que, nesse contexto, são de todos e de cada um.

#### *Desenvolvimento sustentável e direitos humanos: uma abordagem integrada*

Hodiernamente, considerando os princípios da Declaração do Rio, de 1992, e os êxitos do *Summit* de Johannesburg, de 2002, não é complicado compreender uma abordagem integrada aos direitos humanos e o desenvolvimento *sustentável*, que abraça um elenco articulado de direitos emanados para a proteção dos recursos naturais e humanos, e prioriza a luta contra a pobreza, o respeito ao direito de autodeterminação dos povos, a promoção e proteção dos direitos civis, sociais, econômicos, culturais e políticos e que valoriza a diversidade cultural como fonte de inovações, indispensável à *good governance* e à sustentabilidade socioambiental.

---

<sup>6</sup> LA CAMERA, Francesco. *Corso Introduzione allo sviluppo sostenibile – Master Manager per lo Sviluppo Sostenibile*. Formambiente, Nápoles/São Paulo, 2007.

No final desta breve análise, e tomando em consideração também os documentos internacionais emanados da década de 60 até hoje, em temas de direitos humanos, meio ambiente e proteção do patrimônio natural e cultural, é possível observar uma gradual abertura cognitiva que sublinha a multidimensionalidade desses temas – caracterizados por aspectos sociais, econômicos, culturais e ambientais – e a tendência de evidenciar as conexões e recíprocas relações de interdependência e reforçamento.<sup>7</sup> Este “patrimônio jurídico comum”, amadurecido no plano internacional, em grande parte dos Estados democráticos é previsto na Constituição e foi incorporado pela legislação.

Hoje, portanto, não é mais possível pensar a sociedade e as políticas públicas sem levar em consideração a complexidade da temática do desenvolvimento sustentável nas suas multifacetadas dimensões – ecológica, econômica, social, cultural – e nas suas repercussões nos diversos níveis: global, nacional, regional e local. E posto que a semântica do *desenvolvimento* permanece ligada ao crescimento econômico, alguns autores e movimentos sociais preferem usar a terminologia *sustentabilidade socioambiental*.

## Do global ao local

### *Um problema de efetividade ou de eficiência?*

Não obstante o quão interessante podem ser, e são, essas evoluções normativas relacionadas ao desenvolvimento sustentável no plano internacional e dos direitos fundamentais concernentes à temática, no contexto dos Estados Democráticos de Direito – cujo garantismo ambiental leva a se falar de um novo modelo de Estado, o “Estado de bem-estar ambiental”<sup>8</sup> –, é quando se pensa na concretização desses direitos, princípios e regras de promoção e proteção, que a questão se torna muito mais complexa.

<sup>7</sup> Essa observação resulta evidente nos documentos mais recentes, como a *Declaração sobre Direitos Humanos de Viena* (ONU, 1993), a *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural* (Unesco, 2001), a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial* (Unesco 2003), a *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos* (Unesco, 2005) ou a *Carta da Terra* (Comissão da Carta da Terra, 2000).

<sup>8</sup> Rogério Portanova refere o “Estado de Bem-Estar Ambiental” como “um Estado que resgate as conquistas do Estado de Bem-Estar Social, tratando de seus excessos, porém baseado no quadro mais geral da sustentabilidade”. (PORTANOVA, Rogério. *Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI*. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO,

Na era da globalização e da hegemônica presença dos mercados, a efetividade dos direitos é muitas vezes substituída pelo princípio da eficiência econômica. A predominância de interesses monetários acentua os aspectos negativos do capitalismo,<sup>9</sup> como desigualdade de renda mundial, mercados de trabalho instáveis e degradação ambiental. Além disso, a consequente queda das atividades econômica e financeira levanta sérias dúvidas sobre o que é comumente reconhecido como aspecto positivo do capitalismo: a capacidade de gerar riqueza.<sup>10</sup> Porque a riqueza produzida tem provado ser ilusória, como demonstrou a crise econômica que recentemente atingiu diferentes regiões do planeta e que continua a surtir efeitos, evidenciando a urgência de repensar os modelos do desenvolvimento para colocar o homem e seu ambiente no centro das prioridades.

Ao mesmo tempo, quando se trata da sustentabilidade socioambiental e da defesa do patrimônio natural e cultural, faz-se referência a vínculos com o futuro, perspectivas que ainda estão por projetar: um programa ambicioso que requer responsabilidade, criatividade, curiosidade epistemológica, competência técnica, abertura ao diálogo com os vários sujeitos e setores da sociedade e com os diferentes campos do saber.

### *Sinergias e governance*

É por isso que os planos de ação e os esforços, nos diferentes níveis – internacional, nacional e local –, seguem no sentido de criar informação, conscientização, cooperação e sinergias. Promovendo o intercâmbio de *good practices* (exemplos práticos de iniciativas bem sucedidas) e fomentando um diálogo multidisciplinar e pluralista, entre os diferentes campos do saber e os diversos setores da sociedade – o setor público, a iniciativa

---

Ney de Barros. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. E uma leitura indispensável, sobre o garantismo ambiental no constitucionalismo brasileiro e no direito comparado, é a obra de CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>9</sup> As reflexões críticas sobre os processos de globalização geraram uma vasta bibliografia, a propósito e para a fundamentação: p. ex.: GALLINO, Luciano. *Globalizzazione e disuguaglianze*. Roma: Laterza & Figli, 2000; BAUMAN, Zygmunt. *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*. Laterza, 2002. SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999.

<sup>10</sup> IKEDA, Daisaku. *Peace Proposal. Toward Humanitarian Competition: A New Current in History*. Soka Gakkai International – United Nations Organization, January 26, 2009.

privada e a sociedade civil –, mirando uma planificação estratégica que tenha em conta a complexidade dessas temáticas e os riscos envolvidos.

Em síntese, este é em tese o núcleo principal das teorias da *governance* democrática: uma nova concepção de cidadania, concebida em termos de participação democrática, que atua em cooperação com os órgãos governativos e no quadro da normatividade do Estado (*government*) em prol da salvaguarda dos interesses coletivos e difusos, para a satisfação das demandas sociais, superando a distinção clássica de espaço público e privado, entre Estado e sociedade civil, ou seja, a participação de grande parte dos sujeitos envolvidos nos problemas do território (e quando possível de todos os sujeitos) nos processos de *decision-making*, na tomada de decisões, na elaboração das políticas públicas e dos planos de ação para a melhoria da qualidade de vida no espaço social.

*Planificação estratégica e modalidades de gestão: princípios, procedimentos, metodologias e dois exemplos de good practices*

Contudo, nesse cenário de abertura da participação política e administrativa a novos sujeitos, surge o interrogativo de como estimular e garantir, na prática cotidiana da gestão dos problemas da comunidade, a participação do maior número de cidadãos e criar as condições para uma otimização dos resultados – e ao mesmo tempo neutralizar os riscos de decisões tecnocráticas<sup>11</sup> e/ou de uma instrumentalização dos interesses privados dos *lobbies*.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Sobre a ambivalência das teorias sobre a *governance*, no sentido de que, ao mesmo tempo em que defendem uma maior participação ativa dos cidadãos e dos grupos representativos dos diferentes setores da sociedade, abrem a estrada para uma flexibilização da responsabilidade pública e das garantias do direito administrativo; e especialmente sobre os riscos da tecnocracia, em particular da tecnocracia econômica, substituir-se à efetividade de direitos. (AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008). Por outro vértice, sobre os riscos dos excessos tecnocráticos de juristas e juizes. (HISCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004).

<sup>12</sup> A propósito Alberto Lucarelli chama a atenção para um necessário redimensionamento do quadro dos possíveis efeitos benéficos da participação na ação administrativa. O juspublicista italiano observa que, de fato, os valores democráticos contidos no instituto da participação perdem espaço quando o pluralismo difuso, não depurado por elementos de compensação da situação objetiva dos sujeitos e interesses em jogo, e portanto substancialmente não equitativo, dá origem a fenômenos “lobbísticos” provenientes de grupos de pressão organizados e/ou cria um confusionismo social caracterizado pela soma de interesses individuais heterogêneos que podem desviar a administração pública das finalidades públicas e sociais. LUCARELLI, Alberto. La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale. *Politica del Diritto*, Il Mulino, v. XXXIV, n. 1, p. 130, mar. 2003.

Nesse sentido, para contribuir para a eficiência do diálogo participativo na gestão das políticas públicas,<sup>13</sup> podem ser oportunos dois desenvolvimentos teóricos relacionados às metodologias organizacionais, respectivamente: os princípios da *comunidade indagante* e a *democracia deliberativa*.

### Comunidade indagante

No início dos anos 70, os estudos sobre as dinâmicas de grupo em ambientes complexos, desenvolvidos no *Tavistock Institute of Human Relations* de Londres e *Group Dynamics Laboratory* do MIT de Boston, revelavam que a ordem, em um sistema social complexo e turbulento, pode ser obtida somente através de uma “comunidade indagante”, e concluíam que, para formar uma “comunidade indagante”, é necessário garantir uma situação em que: a relação dialógica e acolhedora deixe as pessoas à vontade; se compartilhe um quadro de interesses e ideais comuns, suficientemente amplo para tornar inofensivas as áreas de desacordo (que serão depois enfrentadas, mas em um clima de colaboração e de confiança recíproca); cada participante se sinta e seja visto pelos outros como um coprotagonista.<sup>14</sup>

Os estudiosos desses grupos de pesquisa organizaram um elenco de procedimentos e metodologias para chegar a boas decisões em ambientes complexos, o qual foi aplicado a título experimental em escritórios e nas fábricas, nas escolas e na planificação do território, em colaboração com industriais e órgãos políticos nacionais e locais.

Entretanto, o obstáculo principal da aplicação de tal metodologia era que *mudar as formas de governo implica mudar as formas de autoridade que dão sustentação ao governo, ou seja, mudar hábitos profundamente radicados*

---

<sup>13</sup> O conceito de *políticas públicas* é usado aqui naquele sentido que se afasta do dogmatismo e reducionismo jurídico-positivista, que restringe o termo às ações organizadas que têm o Estado como protagonista na defesa de determinado bem ou interesse, e se aproxima de uma visão mais adequada à complexidade jurídico-social hodierna, pautada na constitucionalização do direito e na consequente redefinição do espaço público, e que, portanto, concebe como políticas públicas as ações organizadas em defesa do interesse público, pautadas na garantia de direitos fundamentais e direcionadas à concretização do desenho político-social contemplado na Constituição. Ações que, em um contexto democrático, deveriam envolver não apenas o Estado, mas toda a sociedade e sujeitos interessados, tanto no momento da elaboração, quanto na realização destas: como é notório, no Estado democrático de Direito, os cidadãos são agentes corresponsáveis pelo “projeto” de sociedade desenhado na Constituição.

<sup>14</sup> Sobre o argumento: AAVV. *Rifondare la Città*. *Newton*, ano 14, n. 2, RI.DO edit., p. 48-69.

*relativos ao sentido que o sujeito tem de si mesmo e dos outros.* Substancialmente os resultados das intervenções, mesmo quando apresentavam um sucesso extraordinário, “não duravam”, tão logo o clima da experimentação se atenuava, as pessoas retornavam aos hábitos precedentes.<sup>15</sup>

E quando se fala em políticas públicas para a sustentabilidade socioambiental, essa questão é evidente, pois uma planificação estratégica requer uma mudança dos hábitos cotidianos tanto dos governos quanto dos cidadãos, iniciativas que podem ser mais simples ou ambiciosas, porém igualmente necessárias, visto que uma melhor qualidade de vida no planeta envolve ações que vão desde a participação nos *Summits* e nas Conferências internacionais para o meio ambiente, até a decisão de reduzir as luzes acesas no escritório ou em casa, reduzir a temperatura do ar condicionado, optar por um carro menos elegante mas mais econômico ou mesmo escolher a bicicleta, separar o lixo, reusar, reciclar. Trata-se de transformações necessárias em todos os níveis, desde a decisão pelo plano energético do país, o urbanismo da cidade, o transporte usado para ir ao trabalho, a merenda da escola, até as escolhas de consumo e do tempo livre, que podem privilegiar atividades mais saudáveis e um modelo de turismo ambientalmente sustentável.

### **Democracia deliberativa**

Os estudos sobre a *democracia deliberativa* nas estratégias de *governance*, desenvolvidos nos Estados Unidos, oferecem instrumentos interessantes para facilitar o enraizamento de práticas mais profícuas à participação democrática em sistemas complexos.

O conceito de Democracia deliberativa<sup>16</sup> propõe uma evolução da democracia representativa clássica sobre a base de três princípios: 1. A diferença entre “opiniões brutas e opiniões informadas”, evidenciada com o método da “sondagem deliberativa” (de James Fishkin, Standford University); 2. O princípio da maior eficácia das decisões inclusivas (de Scott Page do Cal Tech, LA, California); e 3. O “*approach* do confronto criativo” (de Lawrence SussKind, Harvard e MIT, Boston).

---

<sup>15</sup> Idem, p. 51-52.

<sup>16</sup> Sobre a qual poderia ser interessante traçar um paralelo com a democracia participativa e as experiências, que se inspiraram no modelo de Porto Alegre, tanto em relação ao orçamento participativo, quanto ao Fórum Social Mundial.

### *O direito de exprimir opiniões informadas*

James Fishkan demonstrou que as respostas a uma pesquisa estatística, de um grupo de indivíduos escolhidos casualmente, mudam radicalmente (mais de 60% dos entrevistados mudam de ideia) se esses mesmos indivíduos são postos em condição de discutir entre eles e recolher informações sobre o tema da sondagem.

Que as pesquisas de opinião não revelem o que as pessoas “pensam”, já se sabia, mas a “sondagem deliberativa” dá um passo à frente, defendendo o direito dos cidadãos de serem colocados em condições de exprimirem “opiniões informadas”.

### *A inclusão*

Scott Page demonstrou que, apresentando o mesmo problema a dois grupos, um composto exclusivamente de *experts* e outro “variado” na sua composição (no qual se encontrem representadas todas as diferentes posições das pessoas envolvidas no problema, ou que se interessam pelo argumento), o segundo grupo chega sistematicamente a soluções mais eficazes, tangíveis e duradouras, em síntese: melhores.

A diferença entre os dois grupos, naturalmente, é que o segundo grupo engloba também os *experts*, e o primeiro grupo apenas estes. Ou seja, a inclusão é uma tática vencedora.<sup>17</sup>

### *O confronto criativo*

A abordagem do confronto criativo consiste em uma evolução de três elementos basilares da democracia parlamentar, ou seja, o “direito de palavra/de voz”, o “direito de contraditório” e o “voto por maioria”, que se tornam, respectivamente: “direito de ouvir”, “direito de colaborar na multiplicação das opções” e “direito ao coprotagonismo na invenção de novas soluções”.

<sup>17</sup> Dois exemplos em níveis diferentes mas eficazes da falibilidade da “tecnocracia” na político-jurídica: 1. o Tratado de Lisboa e o sucessivo referendo sobre a Constituição da União Europeia, que não foi aprovado pelos cidadãos franceses e holandeses; 2. O novo projeto do plano diretor da cidade de Florianópolis, que não respeitou as decisões tomadas pelas assembleias comunitárias, e nem mesmo o alerta dos cidadãos para os vínculos de proteção ambiental mínimos exigidos em áreas de profunda importância para o equilíbrio ambiental da Ilha de Santa Catarina (como a Lagoa da Conceição, por exemplo), e que naturalmente está encontrando dificuldades para ser aprovado.



Nessa evolução, através da valorização da interatividade e circularidade da comunicação, o direito de ouvir implica o direito de palavra, mas soma a este o direito à consideração recíproca; assim, à luz do direito de ouvir, o direito de palavra parece uma redução, uma perda de multidimensionalidade.

Analogamente, no direito à multiplicação das opções, o contraditório e as artes da argumentação são valorizados e usados numa forma diferente dos métodos tradicionais, ou seja, não são usados para demonstrar que um tem razão e o outro está errado, mas contribuem para formular de modo mais adequado as questões que consentem compreender realmente os diferentes pontos de vista, sejam estes complementares ou divergentes.

E, por fim, mas não por último, a coprojeção criativa deixa o voto de maioria como *ultima ratio*, último recurso a ser usado no caso de divergências inconciliáveis, ou seja, no caso de insucesso do percurso dialógico.

O “confronto criativo” nasce dos estudos sobre a gestão alternativa dos conflitos e da sua aplicação às decisões públicas. No final dos anos 80 e na década seguinte, essa metodologia foi usada com sucesso em situações complexas e diferentes, caracterizadas pelo conflito e pela diversidade dos interesses em jogo – como, por exemplo, no processo de definição das diretrizes para a requalificação do estuário de San Francisco, e na definição de critérios compartilhados e transparentes sobre como usar os fundos para a campanha de prevenção da Aids.<sup>18</sup>

Alguns exemplos de *good practices*, ou seja, da aplicação bem-sucedida dessa metodologia, encontram-se nas experiências dos *Town Meetings*, nos Estados Unidos da América e na criação e propagação da chamada *Open Space Technology* (OST).

### *Town Meetings*

Em 2000, Carolyn Lukensmeyer, como responsável pelas políticas participativas do prefeito de Washington DC, Anthony Williams, reuniu 3.000 habitantes para enfrentar os problemas da cidade, numa estratégia que envolveu, num primeiro momento, todos os bairros da cidade no processo de informação e sensibilização. Nascia, assim, o conceito de *Town*

<sup>18</sup> AAVV. Rifondare la Città. *Newton*, ano 14, n. 2, RI.DO edit., p. 52.

*Meeting*. Dispostos em mesas-redondas de oito pessoas por um dia inteiro, sob uma grande tenda, todos os 3.000 habitantes discutiram as prioridades para o plano estratégico do Distrito, e elaboraram um elenco de propostas, que tiveram atuação da Prefeitura no ano seguinte, no exercício fiscal 2001.

O principal elemento que contribuiu para o sucesso do *Town Meeting*, segundo sua idealizadora, foi a mudança na modalidade tradicional de organizar uma assembleia: “Todos sentados em fila como soldadinhos, fala A, fala B, fala C, replica A, agora se vota, a maioria vence, a minoria descontente tentará uma virada na próxima vez” – segundo Lukensmeyer, “a receita tradicional deste tipo resulta sempre mais indigesta e improponível, uma chatice, uma frustração”.<sup>19</sup> As novas fórmulas, decididamente mais apreciadas, são do tipo: “Todos reunidos numa grande sala, sentados ao redor de uma série de mesas redondas, de no máximo uma dezena de lugares para cada uma; plenária-trabalho de grupo, plenária-trabalho de grupo, plenária final – onde, frequentemente, se designa um comitê misto de voluntários e *experts* que traduzem as linhas-guia de um projeto específico, que será objeto de futuras reuniões em estilo análogo”.<sup>20</sup>

Após o sucesso da experiência em Washington, Lukensmeyer fundou uma Associação, a *AmericaSpeaks*, que, de 2000 a 2010 organizou mais de 50 *Town Meetings* em partes diferentes dos Estados Unidos, envolvendo dezenas de milhares de pessoas.

### *Open Space Technology – OST*

Um outro exemplo de sucesso se refere à *Open Space Technology* (OST). Harisson Owen, que inventou essa iniciativa, conta que foi concebida numa tarde de 1985, quando tentava esboçar a preparação de um Congresso Internacional.

Com a ajuda de alguns Martinis, meditava sobre o fato de que, muitas vezes, o momento mais produtivo, mesmo nos Congressos mais interessantes e bem-organizados, é a hora do *coffe break*, um espaço-tempo no qual cada sujeito pode se dirigir ao interlocutor que deseja, para falar do tema que lhe interessa pelo tempo estritamente necessário. Owen questionava-se sobre a possibilidade de transferir para todo o período de realização do

<sup>19</sup> Carolyn Lukensmeyer apud Newton, op.cit, p. 52.

<sup>20</sup> Idem.

Congresso essa dinâmica, quando lhe vieram em mente algumas imagens, concernentes à importância da forma circular na vida de alguns povoados africanos, que ele havia visitado na qualidade de fotógrafo e jornalista. Em particular: o espaço vazio, circular, ao centro do povoado, onde os dançarinos fluíam e refluíam ininterruptamente, como ondas do mar durante cerimônias alegres; o costume desses africanos era sentarem-se em círculo toda vez que surgia um problema comum para ser enfrentado. A forma circular é a representação espacial de uma reunião entre pares: não por acaso se percebe uma energia diferente entre quem está sentado em círculo e quem está em uma sucessão de filas direcionadas a um palco ou cátedra.<sup>21</sup>

Assim, em primeiro lugar, era necessário começar predispondo as cadeiras em círculo. Em segundo, se todos estão interessados em um tema geral, como se decide de que coisa cada um pode concretamente falar, com quem e por quanto tempo? E então lhe veio em mente um quadro: onde cada um poderia escrever o título do tema ou da proposta de seu maior interesse, para depois se encontrar com as pessoas que compartilhavam do mesmo interesse, em um espaço organizado para o encontro. Para solucionar a questão sobre quando e onde se reunir, Harrison Owen conta que lhe veio em mente a imagem de um mercado público, no qual as pessoas se encontram, bebem ou petiscam algo juntas, param em um canto para negociar e trocar ideias ou notícias.<sup>22</sup>

Dialogar entre pares, privilegiando a circularidade da informação; criar um grande quadro; abrir o diálogo de forma descontraída e decidir onde e quando se encontrar: quatro meses mais tarde, os 85 congressistas que organizaram o primeiro OST decidiram repetir a experiência no ano sucessivo. Desde então, o OST ganhou espaço e se difundiu em todo o mundo com uma rapidez surpreendente. Em 2008, quando finalmente Owen publica os desenvolvimentos teóricos dessa experiência, *Wave rider. Leadership for high performance in a self-organizing world*, o OST já estava presente em 136 países. Hoje, esse sistema é usado pela ONU e o Parlamento Europeu, por grandes empresas e pequenas associações sem fins lucrativos, em 136 países.

---

<sup>21</sup> Harrison Owen apud Newton, op. cit., p. 53.

<sup>22</sup> Idem. Para maiores informações e aprofundamentos: (OWEN, Harrison. *Wave rider. Leadership for high performance in a self-organizing world*. San Francisco-California: BK Publishers, 2008).

Hoje, também graças à internet que tornou óbvia a conexão em rede, as metodologias organizacionais, baseadas nos princípios da comunidade indagante, da democracia deliberativa e do confronto criativo, multiplicam-se por toda parte e especialmente nos grandes aglomerados urbanos.

### Considerações finais

Em síntese, quando se fala em sustentabilidade socioambiental, políticas públicas e governança democrática, não se trata mais de se limitar a perguntar aos interessados: “O que vocês querem?” “Gostam desta solução?”, mas de criar as condições para que os atores possam se constituir em uma “comunidade indagante”, informados e predispostos à aprendizagem recíproca e coletiva. Visto que não existem receitas prontas que possam ser importadas e aplicadas de modo exclusivamente científico ou institucional e organizativo, é fundamental que o Poder Público esteja aberto à gestão participativa e preparado para catalisar e potencializar a contribuição dos cidadãos e dos diferentes grupos presentes no território.

Mudar as formas de governo implica mudar as formas de autoridade, subentendidas nessas formas de governo e que lhe dão sustentação. O que requer criatividade e responsabilidade: no quadro da sustentabilidade socioambiental todos são sujeitos de direitos e de deveres.

Um planejamento adequado para a sustentabilidade socioambiental, para a proteção da biodiversidade e da vida em sociedade, não reside mais dentre o conjunto das escolhas ideológicas ou éticas, privadas ou públicas: trata-se atualmente de uma necessidade real e de um desafio iniludível, que se apresenta tanto no plano local quanto na esfera global. Demonstra-se, portanto, sempre mais urgente a necessidade de edificar um paradigma de relações mais gentis com a cidade, com os vizinhos, com a humanidade, nossa espécie, e com o planeta, nossa casa.

### Referências

ANNUNZIATO, Paolo; CALABRÒ, Antonio; CARACCILO, Lucio. *Lo sguardo dell'altro: per una governance della globalizzazione*. Bologna: Il Mulino, 2001.

AAVV. *Rifondare la Città*. *Newton*, ano 14, n. 2, RI.DO edit., p. 48-69, abr. 2010.

AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

- BARATTA, Alessandro. *Direitos humanos e políticas públicas*. Texto apresentado na Conferência Estadual de Direitos Humanos do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (a cura di). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Torino: Giappichelli, 1998.
- FRIEDMAN, John. *Empowerment: the politics of alternative development*. Cambridge: Blackwell Publishers, 1993.
- GALLINO, Luciano. *Globalizzazione e disuguaglianze*. Roma: Laterza & Figli, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Elementos para una teoría crítica de los derechos humanos*. In: HERRERA FLORES, Joaquín et al. *El Vuelo de Anteo*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- HISCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cidade: ??? Harvard University Press, 2004.
- IKEDA, Daisaku. Peace proposal. toward humanitarian competition: a new current in history. *Soka Gakkai International – United Nations Organization*, January 26, 2009.
- LA CAMERA, Francesco. *Corso introduzione allo sviluppo sostenibile – Master Manager per lo Sviluppo Sostenibile*. FORMAMBIENTE, Nápoles/São Paulo, 2007.
- LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.
- LUCARELLI, Alberto. La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale. *Politica del Diritto*, Il Mulino, v. XXXIV, n. 1, p. 129-137, mar. 2003.
- MEIRELLES, Mauro. *Perspectivas teóricas acerca do empoderamento de classe social*. Revista Eletrônica “Fórum Paulo Freire”, ano 2 Nº 2, agosto 2006, Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/fae/paulofreire/novo/br/pdf/Mauro%20Meirelles%20e%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 27 set. 73.
- MELO, Milena Petters. *Intangible Heritage preservation and environmental sustainability in global cities: sustainable development, human rights and citizenship*. Special workshop: “Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations” – XXIV World Congress of Philosophy of Law and social Philosophy in Beijing – IVR World Congress, 15-20 September 2009), Pequim, China, 16.09.09.
- OWEN, Harrison. *Wave rider: leadership for high performance in a self-organizing world*. San Francisco-California: BK Publishers, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SACHS, Wolfgang. *The development dictionary: a guide to knowledge as power*. Johannesburg: 3. ed. Witwatersrand University Press; London & New Jersey: Zed Books, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A INCLUSÃO SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DO RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Silvio Pinto Ferreira Junior\*

## Contextualização

A presença da temática *sustentabilidade*, constante em qualquer discussão que promova o desenvolvimento na atualidade, não pode deixar de abarcar, às vezes de forma duvidosa, ou melhor, questionadora, ideias que, em conjunto, parecem contrastantes como, por exemplo, crescimento econômico, preservação ambiental, inclusão social, proteção do patrimônio cultural e respeito à diversidade, presentes em todos os encontros nacionais e internacionais promovidos para debater sobre os caminhos alternativos para um desenvolvimento menos predatório, excludente e unilateral, o que chamamos de *desenvolvimento sustentável*.

A ampliação da noção de participação social se concretiza à medida que, mais notoriamente a partir dos anos 90, vem sendo amparada e institucionalizada, dando espaço à democracia participativa para defender os interesses coletivos e interferir na elaboração de políticas públicas. *A priori* salta aos olhos a seguinte questão: Como estimular o desenvolvimento econômico num cenário de interesses tão conflitantes?

Por um lado, as empresas querem manter sua liderança no mercado, competir, modernizar e por isso são atacadas e consideradas predadoras;

---

\* Sociólogo, professor do Programa de Mestrado em Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável da Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais, Professor da Universidade Cruzeiro do Sul e Estácio de Sá de São Paulo, pesquisador do Grupo Diversitas – USP e do Observatório das Metrópoles da PUC-SP, Vive-Presidente da ONG – SDESA Colibri.

de outro lado, o consumidor exigente quer à sua disposição produtos cada vez mais modernos, compactos, eficientes, econômicos e ao menor custo possível. As políticas públicas se adaptam ao contexto disponibilizando uma *Ágora* de debates para satisfazer os interesses político-econômicos do local, sem desprezar os interesses coletivos, fazendo do objetivo *desenvolvimento sustentável*, algo utópico, vulnerável a críticas e desacreditado.

O discurso pode ser infundável, se tomarmos como base os interesses de ambos os lados e confrontá-los; porém, o presente artigo pretende apresentar uma análise a respeito da importância da valorização da identidade cultural do indivíduo com o lugar, como viés para uma transformação social positiva, vendo através dessa perspectiva uma possibilidade de transformação autônoma, que desvie o foco de exaustivos debates, seminários, fóruns e conferências, que criam uma expectativa de mudança a prazo indeterminado, sem compromissos concretos de nenhuma parte, gerando um sentimento de frustração e impotência diante de um problema *global*, que se distancia da responsabilidade individual – quando a responsabilidade de todos passa a ser de ninguém – ao menos essa é a sensação que se tem. O fato se agrava se fizermos uma retrospectiva para analisar os compromissos, resultados e/ou as atuações eficazes dos países participantes dos encontros desde o Founex (1971), Clube de Roma e Estocolmo (1972), passando por Brundtland (1987), Encontro da Terra ou Rio 92 (1992), Kyoto (1997) e Copenhague (2009), só para citar alguns.

### **O paradoxo do desenvolvimento sustentável**

Uma das questões mais intrigantes, motivo de discussão entre economistas, sociólogos, ambientalistas, etc., é a própria expressão *desenvolvimento sustentável*.

Em termos gerais, pode-se dizer que desenvolvimento sustentável é aumentar a qualidade de vida satisfazendo as necessidades atuais, sem comprometer a possibilidade de que as gerações futuras possam fazer o mesmo.

Essa definição aponta para o ideal de um desenvolvimento harmônico envolvendo ecologia e economia contrastante com sua raiz econômica e positivista, em que o termo *desenvolvimento* está vinculado à ideia de progresso e cuja finalidade é promover bem-estar para o homem. O conceito é essencialmente antropocêntrico na medida em que toma o homem como



fim e a natureza como meio ou instrumento. Já o conceito de sustentável, ao contrário, tem raiz ecológica e está ligado aos movimentos ambientalistas contestatórios, que nasceram na década de 60 nos EUA e na Europa e se expandiram por todo o mundo. Sendo assim, o conceito de *sustentável* ou *sustentabilidade* é ecocêntrico.

Para o filósofo Edgar Morin, a ecologização do pensamento exige uma reflexão sobre a capacidade de expansão dos horizontes geográficos, com a finalidade de englobar todo o planeta, deixando a cargo do homem toda a responsabilidade de conservar a diversidade, fazendo do *desenvolvimento sustentável*, independentemente das contradições do termo, um ideal ético, cuja preocupação é o futuro da humanidade.

Igualdade, equidade e solidariedade, para o economista Ignacy Sachs, estão embutidas no conceito de desenvolvimento, com consequências de longo alcance, para que o pensamento econômico sobre o desenvolvimento se diferencie do economicismo redutor. (SACHS, 2008, p. 14).

A redução da desigualdade social, a oportunidade de trabalho e o respeito à diversidade são os caminhos mais propícios para se pensar em sustentabilidade, pois intrinsecamente estamos falando da distribuição de renda, redução da pobreza, dignificação do homem e reabilitação de seu caráter corrompido, numa visão mais ampla, pelo individualismo provocado pela sociedade industrial.

Nos últimos anos, a sustentabilidade passou a ser pensada e subdividida em várias dimensões, como, por exemplo, ambiental, econômica, cultural e social.

Tendo como objetivo a qualidade de vida, meta fundamental proposta pelo desenvolvimento sustentável, é prioridade aqui falarmos a respeito dos princípios fundamentais, para que o ser humano em convívio social possa viver em paz e harmonia, destacando os princípios de igualdade, respeito, valorização da alteridade como imprescindíveis para gerar segurança (física e social) e exercer plenamente a cidadania. Para tanto, o foco principal será dado ao viés da dimensão sociocultural da sustentabilidade.

### **Sustentabilidade: a dimensão social**

A dimensão social da sustentabilidade está baseada nos princípios éticos de solidariedade compartilhada entre gerações, remetendo-nos ao trabalho em escalas múltiplas de tempo e espaço em minucioso cuidado

na distribuição de esforços, para que não haja concessão de vantagens nem para o homem de hoje nem para um crescimento ambientalmente destrutivo, mas socialmente benéfico, ou ao crescimento ambientalmente benéfico, mas socialmente destrutivo. (SACHS, 2008, p. 15).

Uma das questões mais urgentes nos dias de hoje e há muito apontada por Durkheim, além da importância da solidariedade, é a valorização do caráter. Para Durkheim, uma sociedade corrompida é uma sociedade doente, ou seja, para viver em harmonia é imprescindível reforçar os valores morais e valores éticos; por isso a importância da família, do trabalho e principalmente de uma identidade cultural que deve ser preservada e valorizada.

Segundo o sociólogo americano Sennett (ano??), a sociedade pós-industrial reconfigurou esses valores. Por conta de um futuro incerto e da extrema sensação de insegurança, num panorama de vida moderna que muda rapidamente, sem que o homem esteja preparado para isso, resultou numa busca imediatista de segurança no trabalho, nos relacionamentos, financeira, etc. Como a insegurança é grande e o tempo é escasso, os valores virtuosos foram deixados de lado por uma questão de sobrevivência, e a palavra-chave da nova ordem é *flexibilidade*.

Ora, é pouco provável que o homem hodierno, temeroso às mudanças; individualista, competitivo e consumista, tenha uma visão ampla, harmoniosa e comprometida com o planeta e com as futuras gerações. O que se percebe no caráter do homem de hoje é uma essência egoísta, não porque queira conscientemente nutrir esse sentimento, mas por uma questão de sobrevivência nos padrões da sociedade capitalista atual. Como perceber o todo se o homem atravessa um momento crucial de transformações que não compreende? Como pensar global e se preocupar com as gerações futuras se o homem de hoje atravessa um momento de extrema insegurança? Sennett avalia como esse homem de hoje está despreparado para arriscar, temeroso ao fracasso, descartável, enfim, o autor descreve o cenário competitivo do trabalho e aponta para uma necessidade que naturalmente o homem tem de criar vínculos e a dificuldade que está encontrando para se adaptar à superficialidade dos relacionamentos em casa, no trabalho, com os vizinhos, com a vida em comunidade:

Lugar é geografia, um local para a política; comunidade evoca as dimensões sociais e pessoais de lugar. Um lugar se torna uma comunidade quando as pessoas usam o pronome “nós”. Falar

desse jeito exige uma ligação particular, embora não local; um país pode constituir uma comunidade quando nele as pessoas traduzem crenças e valores partilhados em práticas diárias concretas. Rousseau foi o primeiro escritor moderno a compreender como o funcionamento da política se baseia profundamente nesses rituais da vida diária, como a política depende do “nós” comunal. Uma das conseqüências não pretendidas do capitalismo moderno é que fortaleceu o valor do lugar, despertou o anseio de comunidade. Todas as condições emocionais que estudamos no local de trabalho animam esse desejo: as incertezas da flexibilidade; a ausência de confiança e compromisso com raízes fundas; a superficialidade do trabalho em equipe; acima de tudo, o espectro de não fazermos nada de nós mesmos no mundo, de não “arranjarmos um galho” com o nosso trabalho. Todas essas condições levam as pessoas a buscar outra cena de ligação e profundidade.<sup>1</sup>

A identidade que o homem cria com o lugar, os laços afetivos que o vinculam ao meio ambiente em que vive é que o estimularão a uma transformação positiva. Uma visão ‘local’, em que se percebe a princípio um interesse particular, para que se mova para uma transformação.

O homem contemporâneo precisa antes de mais nada rever seus valores para aprofundar um discurso *global*, o que distancia a retórica a respeito do planeta sustentável e o aproxima de uma necessidade pessoal de transformação positiva para sua vida. Isso deve ser bem-visto, pois seu envolvimento com o lugar, sua atuação para a convivência pacífica, seus relacionamentos interpessoais repercutirão positivamente para um *desenvolvimento sustentável*.

### **A importância das tradições culturais no contexto da globalização**

A globalização, em termos gerais, não foi pensada como um projeto ou iniciativa de um governo ou de um Estado, mas é um grande mercado que se formou por entidades públicas e privadas, que comandam e controlam hegemonicamente o mercado empresarial mundial. Tomou forma após a Segunda Guerra Mundial, se remodelou com a decadência da URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) e do regime socialista, consolidando o sistema capitalista representado pelo gigante EUA.

---

<sup>1</sup> SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 165.

Melo descreve a globalização como um “fenômeno que se relaciona com as diversas dimensões da sociedade, nas suas feições econômica, política e cultural e se perfaz através de processos diferenciados. Por essa sua complexidade, não obstante as reiteradas recorrências ao termo, ainda hoje o debate sobre as diversas interpretações relativas à *globalização* é aberto, exatamente porque a sua primordial característica é a multidimensionalidade, fundada sobre e por elementos contraditórios, que podem ser traduzidos nas dicotomias: global/local, universalismo/particularismo, identidade/diferença, liberdade/poder”.<sup>2</sup>

Um fenômeno que não é novo, mas se intensificou sobremaneira recentemente, sobretudo a partir das últimas duas décadas do século passado. Processos que se caracterizam pela mundialização da economia, a volatilidade do capital, a transnacionalização e precarização das relações trabalhistas, a redefinição paradoxal do Estado (que se enfraquece como promotor do bem estar social, mas deve se fortalecer para adequar as realidades nacionais à nova ordem econômica mundial e aos novos delineamentos da política internacional), a desregulamentação de direitos, a celeridade das informações, o relativismo da concepção de espaço e tempo (ante as inovações tecnológicas na área da informática e telecomunicações, que permitem a visualização da simultaneidade de eventos que ocorrem no mundo todo, e confundem a percepção do real com o virtual), a internacionalização dos problemas ecológicos, entre tantos outros fatores.<sup>3</sup>

Porém, se de um lado as grandes potências se consolidam e defendem seus mercados, de outro, enfraquecidos, muitos países não conseguem acompanhar a velocidade dessas transformações, seja porque não se encontravam num nível de industrialização competitivo, ou porque estavam resolvendo conflitos internos de ordem política, religiosa, econômica, enfim,

---

<sup>2</sup> MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. Itália, 2008 (Ementa do curso de formação para as Assistentes Sociais da Prefeitura de Nápoles, promovido pelo FORMEZ em maio 2005).

<sup>3</sup> MELO, Milena Petters. *As relações internacionais em a União Européia e a América Latina*. Conferência apresentada no Congresso Anual de Ventotene sobre o alargamento europeu, Ilha de Ventotene, julho 2008, p. 3.

criando uma grande margem de exclusão social. O lado negativo da globalização é a desigualdade social que se criou, o desemprego, a dependência econômica de muitos países e o grande fluxo migratório.

O movimento humano se inverteu em apenas um século. Até metade do século XX, o grande contingente de emigrantes partia da Europa em direção a países como o Brasil, os EUA, a Austrália, a Argentina, etc. Nas últimas décadas, são os países europeus que sofrem com a *invasão* de imigrantes e já está havendo uma nova inversão: europeus verso países em desenvolvimento (Brasil, México, Índia, China e Rússia, entre outros).

Na Europa, por um período, logo após a Segunda Guerra Mundial, com o dinamismo econômico e a necessidade constante de mão de obra, o problema ainda não tinha as mesmas dimensões de agora. O problema da imigração naqueles tempos era solução; porém, hoje, com os mercados saturados, a concorrência acirrada para obter um emprego, a tecnologia tomando conta de diversos setores diminuindo o número de postos de ocupação, o imigrante passou a ser visto com outros olhos, como *invasor*.

Inexperientes, esses países tentam buscar alternativas e criam leis para frear o fenômeno, com o objetivo de “proteger suas economias”, numa clara demonstração de despreparo, que fere os preceitos da defendida democracia.

Esta é hoje uma das grandes questões em debate na Europa: Como lidar com o imigrante? O que cria um interessante contexto para analisar qual é o verdadeiro conceito de cidadania? Qual o valor da identidade cultural? Como lidar com a diversidade e a multiculturalidade? São questões que o Brasil, por exemplo, já enfrentou e que pode dialogar objetivando a troca de experiências com os países desenvolvidos, que não conseguem ainda lidar com essa questão. Aponta Levy-Strauss:

Na era da mundialização, em que a diversidade externa tende a tornar-se cada vez mais pobre, torna-se urgente manter e preservar a diversidade interna de cada sociedade, gestada por todos os grupos e subgrupos humanos que a constituem e que desenvolvem, cada um, diferenças às quais atribuem extrema importância. Em certa medida, a diversidade cultural poderá pelo menos ser mantida e estimulada pela preservação das especificidades culturais dos diferentes grupos sociais: assim como se criam bancos de genes de espécies vegetais para evitar o empobrecimento da diversidade biológica e o enfraquecimento de nosso ambiente terrestre, é

preciso, para que a vitalidade das sociedades não seja ameaçada, conservar, ao menos, a memória viva de costumes, de práticas e saberes insubstituíveis que não devem desaparecer. Pois é a diversidade que deve ser salva, não o conteúdo histórico que cada época lhe conferiu e que ninguém saberá perpetuar para além dela própria. A nova legislação brasileira abre, nesse sentido, vias que poderão ser úteis como inspiração para toda a comunidade internacional.<sup>4</sup>

Nessa mesma direção, Melo descreve que a diversidade eclatante, que hoje a Europa vivencia, como resultado dos processos de globalização, não é novidade para o Brasil. Como esclarece o ex-ministro da cultura Gilberto Gil, “[...] no Brasil, já conhecíamos essa mistura fina havia muito tempo, até mesmo porque o País foi construído pela miscigenação de raças e de culturas, levadas de imigrantes de diversos países, migrações internas intensas, etc. Mistura é com a gente mesmo, vem daí a riqueza cultural”. (Fonte??). Antes da Tropicália, observa Gil, os candidatos a tropicalistas já se encontravam imersos, de nascença, nessa mistura natural, nesse rico caldo de cultura. Tomando o pulso do tempo, resolveram criar um laboratório no qual passaram a cruzar, de forma intensiva, o samba tradicional, a bossa nova, o *jazz*, o *rock* e a música pop internacional. “Tratava-se de apreender a cultura como entidade fragmentada, como um conjunto plural de elementos para os quais nós buscávamos uma interlinguagem.”<sup>5</sup>

Tomando como base a experiência dos festejamentos do “ano do Brasil na França, Melo faz uma análise do pertinente pensamento do ministro Gil:

Assim, segundo o Ministro, o Brasil teria chegado antes da Europa a uma resposta cultural à globalização. Sem conseguir estabelecer seu lugar na modernidade, o Brasil teria queimado etapa e chegado diretamente à pós-modernidade. Diversamente das antigas potências coloniais – França, Grã-Bretanha, Portugal e Espanha – que tiveram de se modernizar para acertar o passo (ou pelo

<sup>4</sup> LÉVI-STRAUSS, Laurent. *Patrimônio Imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 27, 2001.

<sup>5</sup> MELO, Milena Petters. *Tupi or not Tupi? Entre modernismo, tropicalismo e pós-modernidade: breve ensaio sobre a identidade no Brasil*. Itália, 2007. p. 128.

menos tentar) com a potência econômica americana, o Brasil, que também deveria seguir esse caminho, não pode fazê-lo. Excluído da via da modernidade por sua situação colonial, o Brasil experimentou os primeiros frutos daquilo que ainda não era chamado de pós-modernidade.<sup>6</sup>

Muitos países criam leis e medidas restritivas contra a imigração e, da maneira como noticiam essa questão na mídia, acabam desenvolvendo uma sociedade xenofóbica, preconceituosa e intolerante, que só vem a agravar o problema. Para alguns países que se sentem ameaçados pela inevitável penetração da cultura estrangeira, ao invés de instigar a intolerância, os meios de comunicação – apoiados pelo Estado – poderiam criar uma forma de conscientização da sociedade sobre o valor de seu produto ou saber. Deveriam caminhar junto com as ações relativas ao registro de manifestações culturais, não só para sua preservação, mas também para sua valorização, e essa valorização se reflete também na autoestima do cidadão, que se conscientiza da sua importância e da sua eficaz contribuição na sociedade, tornando-se, assim, alerta às “interferências danosas”.

Desde o Renascimento, compreendeu-se que nenhuma civilização pode pensar sobre si própria, se não dispuser de uma ou várias outras que lhe sirvam de elemento de comparação. Para conhecer e compreender sua própria cultura é necessário aprender a vê-la do ponto de vista do outro, confrontar nossos costumes e crenças com aquelas de outros tempos e de outros lugares,<sup>7</sup>

Muitos países desenvolvidos veem a miscigenação, a influência de outras culturas, a presença “do outro” como uma ameaça à sua própria identidade cultural, e nas tradições culturais incorporadas por outros elementos tidos como inferiores, como uma influência negativa. O que nos faz repensar em que grau de civilidade estamos? Qual o rumo que a globalização está dando para essa nova concepção de mundo moderno? Essas são questões inseridas nessa temática, mas que não serão abordadas

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>7</sup> LÉVI-STRAUSS, Laurent. *Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 27, 2001.

em profundidade neste trabalho. Vale, mais uma vez, apontar a contribuição de Melo, quando analisa o Tropicalismo:

O Tropicalismo só aconteceu porque as condições certas estavam dadas. “Achávamos” comenta Gil, referindo-se ao tempo da Tropicália, “que o poder cultural de um povo dependia da sua capacidade para digerir a realidade global, mas ao mesmo tempo impor a sua singularidade”. O verbo “digerir” remete à fonte que Gil não explica, mas é evidente: Oswald de Andrade e a antropofagia [...]. No manifesto Antropófago, Oswald de Andrade declarava: “Só a antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente”. [...] Com a revolução de 64, o Tropicalismo usou as idéias do Manifesto Antropofágico de Oswald de Andrade para enfatizar a necessidade de transformar as influências estrangeiras em produto nacional.<sup>8</sup>

Porém, falar em tradições culturais em tempos de globalização parece colocar em evidência o contraste entre o tradicional e o moderno, valores e visões de mundo.

### O tradicional e o moderno

A ideia de tradicional pode ser, a grosso modo, associada a certas qualidades que nossos olhos *modernos*, por vezes cansados, identificam como positivas. Entre elas estão: a passagem do tempo mais lenta; um universo de relações sociais pessoalizadas e face a face, no qual os mecanismos de controle social se exercem de modo informal; formas de comunicação que privilegiam a oralidade muitas vezes direta; a participação mais restrita dos meios de comunicação de massa no processo social.

A ideia de moderno, ao contrário, associa-se a uma passagem do tempo como que acelerada; a um ritmo intenso e por vezes vertiginoso de mudanças; às relações sociais impessoais; a uma ampliação e intensificação da circulação monetária e à presença mais intensa das chamadas formas de comunicação de massa. Vale ressaltar, entretanto, no seio desse conjunto, características sobre as quais estamos de acordo em qualificar como *positivas*:

---

<sup>8</sup> MELO, Milena Petters. *Tupi or not Tupi? Entre modernismo, tropicalismo e pós-modernidade: breve ensaio sobre a identidade no Brasil*. Itália, 2007, p. 133.



um universo de valores democráticos, com as valiosas ideias de cidadania e direitos humanos, pelo menos tentando se adaptar ao contexto hodierno.

Encontramos comumente aspectos *modernos* e *tradicionais* integrados num único processo sociocultural.<sup>9</sup>

A presença e interpenetração de tradições culturais distintas, mesmo em países de cultura consolidada, como a França, incita movimentos que podem ser resumidos no que tem sido denominado de *desterritorialização da cultura*. Não há dúvidas de que essa ampliação no conceito de patrimônio cultural contribui para aproximar as políticas culturais dos contextos multiétnicos, multirreligiosos e extremamente heterogêneos, que caracterizam as sociedades contemporâneas.

No âmbito das políticas internacionais e nacionais, existem algumas instâncias de crítica e controle sobre as questões e situações relacionadas à proteção do patrimônio cultural. Organismos internacionais, como a Unesco e a Ompi (Organização Mundial para a Propriedade Intelectual), e nacionais, como ministérios, secretarias, centros e fundações de cultura, universidades, programas e projetos específicos, estão, ideal e potencialmente, voltados para a salvaguarda das culturas tradicionais e dos bens referenciais para as identidades coletivas; para a garantia das condições de vida, de trabalho e dos direitos plenos para as pessoas e comunidades produtoras desse patrimônio.

Ao longo do século passado, pode-se dizer que os recursos destinados para tanto não foram suficientes entre tantos outros problemas, mas muitas políticas e programas foram implementados, e alguns foram bem-sucedidos. O que não deixa de ser animador diante do quadro alarmante de desigualdade social, intolerância étnica e subordinação sociocultural que se apresenta neste início de século XXI.

Esse quadro sinaliza, mais uma vez, a urgência do reconhecimento e respeito pelas diferenças culturais; a necessidade em afirmar e garantir a possibilidade de redutos de tradições que fundam autenticidades culturais, visões de mundo e identidades socioculturais autônomas, mas não obstante as instâncias da vida em que há maior ou menor integração coletiva ao *modo de vida moderno*. Equacionar a conservação de pluralidade cultural e supressão de desigualdades sociais parece configurar uma das grandes questões a serem enfrentadas pela humanidade, no início do século XXI.

---

<sup>9</sup> CAVALCANTI, Maria Laura. *Cultura e saber do povo: uma perspectiva antropológica*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 69, 2001.

No mundo hodierno, vive-se uma onda crescente de situações que rumam em direção à interculturalidade, em cenários onde diversos sistemas culturais se interpenetram e se cruzam. Nesses cenários, tornam-se obsoletas as teorias de *contato cultural*, pois não mais se trata de mapear apenas as marcas do confronto entre culturas desenvolvidas separadamente, demarcando a *diferença*, mas de observar que os grupos se apropriam de maneiras desiguais dos elementos de várias sociedades, rearranjando-os no que Canclini denomina processo de hibridização.<sup>10</sup> Outros preferem utilizar o termo *transculturalismo* para definir os processos que resultam em simbioses culturais: “O transcultural não é a combinação de elementos que antes eram puros; esses elementos já são produtos transculturais, e nunca, na história cultural do mundo, pode ser encontrado um elemento que não tenha passado por algum processo transcultural.”

O termo transcultural se aplicaria também às relações entre grupos diferentes numa mesma sociedade, uma vez que nessa coexistem grupos detentores de uma pluralidade de tradições demarcadas a partir de distâncias sociais, diferenças étnicas, religiosas, ocupacionais. Aos indivíduos que conseguem ultrapassar essas fronteiras e promover o encontro de mundos culturais distintos, creditou-se o título de mediadores culturais.<sup>11</sup>

Ao pensar em todas essas questões é que se pode criar uma ideia da importância das tradições culturais no contexto da globalização. Não há solução para resolver os problemas desse encontro cultural que a globalização provocou. No entanto, há experiências positivas como o exemplo que o Brasil pode dar com relação à tolerância de se conviver com as diversidades, com especial atenção à cidade de São Paulo, centro multicultural e Megalópole latino-americana, onde a diversidade está presente em qualquer aspecto.

### Direitos culturais e cidadania no Brasil

Do ponto de vista sociojurídico, a garantia dos direitos culturais é um elemento fundamental para a cidadania no Brasil, considerando que a realização plena desses direitos envolve o exercício efetivo e amplo dos

<sup>10</sup> CANCLINI, Nestor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1997, p. 43. (Ensaio Latino-Americanos, 1).

<sup>11</sup> BARRETO, Silvia G. P.; LIMA, Sérgio R. Godoy. *Cultura em movimento: usos contemporâneos dos ritmos tradicionais em Pernambuco*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 81, 2001.

direitos humanos, civis e individuais, coletivos e difusos, direitos sociais, culturais e econômicos e os novos direitos, nacional e internacionalmente assegurados.

O Brasil foi submetido a duas décadas de ditadura militar, que durou de 1964 a 1985. Foi um período que deixou feridas ainda não cicatrizadas, provocadas essencialmente pela supressão de liberdades públicas e práticas estatais de graves violações de direitos humanos, cuja repressão aos cidadãos se deu de forma ampla para aqueles que se opunham ao regime autoritário. Essa repressão se deu por meio de prisões, torturas, homicídios, banimentos, desaparecimentos forçados. Muitos brasileiros foram exilados, dentre outras violências. Essa herança ainda é dolorida e não pode ser facilmente esquecida.

O texto constitucional brasileiro valoriza os direitos humanos e oferece uma gama de mecanismos aptos a garanti-los, e engloba inclusive os direitos à memória e à verdade, não só nos dispositivos dedicados aos direitos humanos, mas também em outros âmbitos, como, por exemplo, nos artigos referentes à proteção das manifestações e bens culturais (arts. 215 e 216), que fazem referência expressa à memória como elemento qualificador dos bens que integram o patrimônio cultural brasileiro (art. 216), necessários para a reparação simbólica das vítimas e da sociedade. Desde então, o tema de como enfrentar o legado de violência já ocupa a agenda brasileira de direitos humanos.

A participação ativa dos cidadãos, no processo de democratização, fez e faz-se mola propulsora para a realização de todo o conjunto integral dos direitos fundamentais. Quanto mais fortes as reivindicações e a organização da sociedade civil, na luta por seus direitos, tanto mais provável uma resposta garantida do Estado, e vice-versa: um Estado promotor de direitos tende a espelhar uma sociedade formada por cidadãos informados, reivindicantes, atores possibilitadores da floração contínua de novos direitos, segurança e da materialização expansiva de direitos já positivados.

O fato de Dilma Rousseff, ter sido vítima da ditadura militar e ter sido presa e sofrido torturas reforça a importância de resgatar a memória e reparar um erro do passado.

Sob a consideração dos Lugares de Memória como instrumento a ser usado pelo Estado para cumprimento dessas obrigações pelo Estado, o grande desafio na seara cultural é construir, consolidar e gerir um acervo pautado na diversidade da memória brasileira

recente, com destaque para a memória das vítimas do regime militar. Esse desafio não é novo, nem afeta somente aos que lidam com políticas culturais vinculadas aos direitos humanos. Antes, refere-se a um tratamento dos conflitos e das tensões que, longe de ser natural, tem sido muitas vezes reafirmado na história política de nosso país.<sup>12</sup>

A cidadania, em sentido alargado, como todos os direitos para todos, reflete uma noção de política abrangente e aberta, como um *projeto* a ser realizado, superando o abismo entre retórica jurídico-político-governamental e realidade cotidiana.<sup>13</sup>

O direito à cultura, no Brasil, não está vinculado, necessariamente, a um sistema jurídico que estabeleça mecanismos participativos e que busque a igualdade material, já que o desenvolvimento da política cultural não depende da participação popular ou da constante busca da democratização do acesso à fruição dos bens culturais materiais e imateriais. Tanto que as Constituições anteriores, mesmo as não democráticas, continham normas de proteção à cultura e ao patrimônio cultural.

A ditadura brasileira, que se inclui no histórico dos regimes autoritários latino-americanos, adotou lógicas repressivas que certamente passavam pela exclusão, pelo esquecimento e pelo aniquilamento das diferenças e dos grupos ou indivíduos que a personificavam.

Outra questão que emerge nesse novo panorama e merece ser pontuada nas atuais preocupações de reconhecimento do Estado, com relação ao respeito à diversidade e a pluralidade cultural, lembrando que o Brasil foi um país de política escravista, é o reconhecimento da pluralidade religiosa e que têm, no candomblé e na umbanda, religiões afro-brasileiras, uma importante base cultural que há muito foi negada, e que ainda não se encontram num patamar de igualdade de liberdade religiosa, pois, ainda nos dias de hoje, seus adeptos sofrem preconceitos, violência e discriminação, assim como os rituais indígenas e tantas outras esferas da cultura brasileira, que ainda são renegadas. Para isso merece destaque o

---

<sup>12</sup> BARRETO, Silvia G. Paes; LIMA, Sérgio R. Godoy. *Cultura em movimento: usos contemporâneos dos ritmos tradicionais em Pernambuco*. Revista Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 81, 2001.

<sup>13</sup> PETERS, Milena Melo. A Concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. *Revista IIDH*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, p. 211-241, jan./jun. 2002.

trabalho do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), que contribui com avanços na política necessária para o reconhecimento e, em conjunto com outras áreas, entre elas a justiça, na reparação dos abusos cometidos pelo Estado brasileiro em seu rastro histórico.

Esses processos de exclusão e repressão aconteciam em algum espaço físico que pode atualmente ser identificado e pesquisado, dependendo da existência de indícios. Nesse sentido, a discussão sobre *lugares de memória* encontra abrigo tanto no âmbito dos direitos humanos (por ser espaço de inclusão para grupos vulneráveis) como também na tutela da memória da dor, como bem cultural imaterial (forma de expressão). Essa investigação incessante é que deverá amparar a construção democrática de uma memória social justa.

Na Constituição atual, o que muda, em relação ao tratamento da cultura e dos bens culturais, decorre da própria concepção do Brasil como um estado democrático de direito. Não define o que é patrimônio cultural brasileiro, porém estabelece que o seu tratamento deva se pautar no respeito à diversidade e à liberdade e na busca da igualdade material entre e para os grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente para os grupos desfavorecidos histórica, social e economicamente. Além disso, a sua tutela deve buscar sempre a manutenção dos elementos essenciais à vida digna e com qualidade, que deve ser fruído tanto pelas presentes como pelas futuras gerações.

### Considerações finais

Viver num ambiente sustentável é muito mais do que habitar uma cidade organizada e de governança adequada, é preciso principalmente reconhecer o *outro*; desenvolver mecanismos de inclusão social; estimular o respeito às diversidades, os espaços públicos para as manifestações culturais devem ser preservados, espaços de convivências estimulados, para que o homem hodierno possa viver sem medo.

A ampliação da noção de patrimônio cultural pode ser considerada mais um dos efeitos da chamada *globalização*, na medida em que ter aspectos de sua cultura, talvez até então considerada como primitiva e exótica, reconhecidos como Patrimônio Mundial, contribuiu para inserir um país ou um grupo social na comunidade internacional, com benefícios, não somente políticos mas também econômicos.

Cada vez mais a preocupação em preservar está associada à consciência da importância da diversidade – seja a biodiversidade, seja a diversidade cultural – para a sobrevivência da humanidade.

Neste artigo, procurou-se realizar uma análise de como a cultura e a tradição popular pode e deve estar inserida nas atuais discussões sobre desenvolvimento sustentável. No contexto da globalização, é preciso verificar que as transformações acontecem em ritmo acelerado, e o confronto entre o tradicional e o moderno é inevitável, decidindo por si o que manter e o que deixar cair no esquecimento. Uma das formas de garantir direito à proteção do Patrimônio Cultural Material e Imaterial é manter vivas as tradições culturais, valorizando a diversidade para a importância do reconhecimento da identidade em suas diversas formas, e reforçando os institutos da cidadania, seja do ponto de vista dos direitos do cidadão, seja do ponto de vista das necessárias prestações estatais, na realização de políticas públicas de promoção e garantia de tais direitos.

#### Referências

BARRETO, Silvia G. Paes; LIMA, Sérgio R. Godoy. *Cultura em movimento: usos contemporâneos dos ritmos tradicionais em Pernambuco*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p.79-92, 2001.

CANCLINI, Nestor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo 1997. (Ensaio Latino-Americanos, 1).

CASTRIOTA, Leonardo Barci. *Patrimônio cultural: conceitos, políticas, instrumentos*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: IEDS, 2009.

CAVALCANTI, Maria Laura. *Cultura e saber do povo: uma perspectiva antropológica*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 69-78, 2001.

LÉVI-STRAUSS, Laurent. *Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais*. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Ordecc, n. 147, p. 23-28, 2001.

MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. Itália, 2008. Ementa do curso de formação para as Assistentes Sociais da Prefeitura de Nápoles, promovido pelo FORMEZ em maio 2005.

\_\_\_\_\_. *As relações internacionais em a União Européia e a América Latina*. Conferência apresentada no Congresso Anual de Ventotene sobre o alargamento europeu, Ilha de Ventotene, julho 2008.

\_\_\_\_\_. *Tupi or not Tupi?* Entre modernismo, tropicalismo e pós-modernidade: breve ensaio sobre a identidade no Brasil. In: BAGNATI, Claudio (Org.). *Modernismo, tropicalismo e tropicus mundi*. Napoli – Itália: Università degli Studi di Napoli “L’orientale”, 2007. p. 127-141.

\_\_\_\_\_. A Concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. *Revista IIDH*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, n. 34-35, p. 211-241, jan./jun. 2002.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

