

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO
III**

BEATRIZ SOUZA COSTA

LIZIANE PAIXAO SILVA OLIVEIRA

FERNANDO ANTONIO DE CARVALHO DANTAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito ambiental e socioambientalismo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Liziane Paixao Silva Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-300-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Ambiental.
3. Socioambientalismo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

Apresentação

Temos o prazer de apresentar este livro, “Direito Ambiental e Socioambientalismo III”, que é o resultado do XXV Congresso do Conpedi intitulado: Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, ocorrido na cidade de Curitiba entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016. Obtivemos a certeza da qualidade das pesquisas, nas apresentações que tivemos o prazer de coordenar. Logo, as pesquisas são de excelente qualidade, e de alguma forma, os autores buscaram uma aplicabilidade socioambiental em seus trabalhos.

As matérias foram refletidas na possibilidade real do desenvolvimento sustentável e na busca das relações humanas com o meio ambiente. Os temas são amplos, todavia podemos dividi-los em grandes grupos, quais sejam: a) A proteção dos recursos hídricos; b) mineração; c) patrimônio cultural; d) Amazônia brasileira; e) áreas protegidas; f) aspectos do licenciamento ambiental, dentre outros temas variados como: políticas públicas e meio ambiente; meio ambiente ecologicamente equilibrado; fauna marítima e diversidade bioespeleológica, mas que não se encontram, necessariamente, nessa ordem de capítulos.

A defesa do meio ambiente, como bem de uso comum do povo, fica claro no desenvolvimento dos capítulos sobre a crise hídrica no qual Arthur Amaral Gomes chama a atenção para o tratamento da água como um produto de mercado, e por sua vez Micheli Capuano e Francielle Tybusch analisam os limites e possibilidades desse bem como um direito fundamental, e suas implicações internacionais. Vera Lúcia Pontes discute sobre a crise hídrica no Brasil e o papel da ANA- Agência Nacional de Águas. Nesse capítulo a autora questiona se as decisões dos gestores são eficientes; enquanto Renata Caroline e Mônica Teresa relembram os mandamentos da Agenda 21, e a proteção das águas. Thais Dalla Corte e Tiago Dalla Corte versam sobre a água em uma nova visão, ou seja, na era do antropoceno.

Em um outro giro, mas ainda também relacionado com a água, alguns autores desenvolveram suas pesquisas na área de mineração. Sem dúvida é um assunto importante, principalmente da dimensão econômica, mas a atividade não deixa de ser degradadora do meio ambiente. Assim, Dayla Barbosa e Danielle Mamed dissertam sobre o desastre de Mariana, ocorrido em

novembro de 2015 e as responsabilidades com fundamento na teoria da sociedade de risco. Já Romeu Thomé e Stephanie Venâncio abordam sobre o impacto da mineração do urânio no meio ambiente, além das consequências de passivos social e ambiental.

O patrimônio cultural é uma das perspectivas didáticas de meio ambiente no Brasil, entendido desse modo por autores como Paulo Affonso Leme Machado e José Afonso da Silva. Dessa forma, Walter Veloso Dutra denuncia a falta de instrumentos jurídicos para a proteção do patrimônio cultural imaterial, ou seja, qual a melhor forma de tornar o registro eficaz. De um outro ponto de vista, Ana Carolina Carvalho e Manoel Dias debatem sobre a questão filosófica/constitucional da cultura ambiental sob o pensamento de Peter Harberle. Bianca A. Fachinelli, por sua vez, em estudo de caso sobre sacrifícios de animais, versa sobre a liberdade de religião e direitos dos animais indagando se há colisão entre direitos fundamentais.

Entre os estudos colacionados encontram-se aqueles que se referem à Amazônia brasileira. Como por exemplo, a inquietação de Talita B. Bezerra quando discorre sobre os povos tradicionais e a insegurança das pessoas que não moram dentro de unidades de conservação, mais próximas a elas, e por consequência arguem se os direitos delas são respeitados. Em um sentido mais amplo, Daniel G. Oliveira e Luiza A. Furiatti debruçam estudos sobre a eficácia da proteção da região amazônica, em nível constitucional, no Brasil, Bolívia e Equador.

Próximo ainda ao tema são as áreas protegidas como a reserva legal florestal em áreas urbanas, desenvolvida por Jeferson N. Fernandes; e o direito da usucapião quando atinge também as áreas de preservação permanente, tema de Elcio N. Resende e Ariel A. dos Santos.

O licenciamento ambiental foi retratado, em vertentes diferenciadas. Maria Helena C. Chianca, por exemplo, disserta sobre a fase da pós licença ambiental. A autora fala da necessidade de avaliar os impactos não previstos na licença, que podem causar danos significativos. Também no que se refere à consulta prévia, Thayana B. O. Ribeiro e Joaquim Shiraishi Neto informam que a Lei de Biodiversidade Biológica, 13.123/2015, ainda não foi regulamentada deixando sem sanção aqueles que não a cumprem.

Dentre outros assuntos, relevantes, vem a baila o problema mundial sobre o caso do mexilhão dourado que foi disseminado, pelo mundo. A água de lastro de navios, transformou-se em risco nacional e internacional com consequências graves como a bioinvasão. Foi descoberto que essa água passou a ser uma das formas mais rápidas de contaminação marinha, porque age silenciosamente. Esse problema é tema de Luíz Ricardo S. de Araújo e Liziane P. Silva Oliveira que analisam se as políticas públicas têm sido eficientes para exterminar com os

impactos negativos provocados por esse espécime. Também na seara marítima, Fernanda Stanislau e Denise Campos observam se a Lei 9.605/98 é meio eficiente de proteção da fauna marítima.

Por sua vez, Warley R. Oliveira e Giovanni J. Pereira discutem sobre a eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e Alexandre S. Saltz e Raquel F. Lopes Sparemberger questionam à existência de uma hermenêutica jurídica ambiental. Logo, para encontrar a resposta é necessário ler o capítulo.

A constitucionalidade de algumas leis e decretos, têm sido questionadas pela doutrina e tribunais, esse é o caso do Decreto 6640 de 2008. Nessa esteira a pergunta formulada pelas autoras, Beatriz S. Costa e Paula Vieira, se os critérios de valoração das cavidades naturais subterrâneas são suficientes para assegurar a eficácia na preservação do ambiente cavernícola, tem resposta negativa.

Um tema de extrema relevância, desenvolvido por Mário César Q. Albuquerque e Sônia Maria, é a exploração do petróleo do pré-sal, e as diretrizes do direito ambiental nesse desafio imensurável do governo brasileiro.

Este livro, por meio de seus capítulos, demonstra a profundidade dos estudos desenvolvidos por todos os pesquisadores. São estudiosos das causas ambientais mais diversas e de extraordinária importância para os seres humanos, meio ambiente e economia. A leitura deste livro é fundamental para todos aqueles que têm visão do futuro, e mais do que isso, pretendam ser instrumentos de mudanças em um mundo que necessita urgente de cuidado. Por isso, nós temos orgulho de fazer parte daqueles que não esperam acontecer, mas fazem acontecer.

Profa. Dra. Beatriz Souza Costa - ESDHC

Profa. Dra. Liziane Paixao Silva Oliveira - UNIT

Prof. Dr. Fernando Antonio De Carvalho Dantas - UFG

O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Micheli Capuano Irigaray ¹
Francielle Benini Agne Tybusch ²

Resumo

A temática da água tem sido cada vez mais debatida devido as crescentes preocupações com relação a utilização inadequada dos recursos hídricos, em suas múltiplas finalidades. Nesse sentido, a preservação destes recursos exige do Direito uma forma diferente de proteção, capaz de garantir o acesso a água às presentes e futuras gerações. Nessa perspectiva, objetiva-se demonstrar a vinculação do direito à água como direito fundamental sob a análise de Constituições que amparam novos atores sociais na política de desenvolvimento sustentável e da proteção dos recursos naturais. O trabalho utilizou do método sistêmico-complexo.

Palavras-chave: Direito à água, Direitos fundamentais, Novo constitucionalismo latino-americano

Abstract/Resumen/Résumé

El tema del agua se debate cada vez más debido a la creciente preocupación por el uso inadecuado de los recursos de agua en sus múltiples propósitos. En este sentido, la preservación de estos recursos requiere una forma diferente de protección, capaz de garantizar el acceso al agua para las generaciones presentes y futuras. El objetivo es demostrar el enlace del derecho al agua como un derecho fundamental en análisis de las Constituciones que apoyan nuevos actores sociales en la política de desarrollo sostenible y la protección de los recursos naturales. El estudio utilizó el método sistêmico-complejo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho al agua, Los derechos fundamentales, Nuevo constitucionalismo latinoamericano

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental pela Universidade da Região da Campanha. Advogada

² Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: francielleagne@gmail.com

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A preocupação com a água vem se destacando nas últimas décadas pelo crescimento populacional e pela utilização inadequada dos recursos hídricos, em suas múltiplas finalidades. Nesse sentido, a preocupação com a preservação dos recursos hídricos exige do Direito uma forma de proteção, de tutela jurídica, capaz de garantir o acesso à água e as necessidades vitais às presentes e futuras gerações.

A relevância das preocupações referentes à água, nos aspectos de quantidade, qualidade, riscos pela sua utilização inadequada, esgotamento dos recursos hídricos por poluição, resultou na intervenção da Organização das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos da Água, abarcando princípios absolutamente fundamentais para a preservação dos recursos hídricos. Na América Latina, destaca-se o tratamento constitucional do direito à água como direito fundamental, introduzido nas Constituições da Bolívia e do Equador, a partir de uma ética biocêntrica, vinculando o direito à água ao direito à natureza, pelo princípio do bem viver, como um novo paradigma constitucional pluralista. As mudanças de paradigmas introduzidas nas constituições da Bolívia e do Equador trouxeram como pressupostos o equilíbrio e o respeito à vida.

A reflexão quanto à necessidade de preservação dos recursos hídricos, abrange o cenário internacional, por ser uma questão global, exigindo do Direito um novo olhar aos direitos emergentes nesta sociedade global, para além da técnica-jurídica tradicional, que seja capaz de garantir direitos fundamentais com destaque à água, como elemento vital à vida. Assim, recepcionar novos direitos apresenta-se como um desafio para a América Latina, na atual crise de pós-colonialidade, crise cultural, social e política vivenciada pela modernidade, de superação de paradigmas, para uma nova cultura, de preservação da natureza, de novos direitos, de um novo desafio ético, especialmente quanto ao reconhecimento do direito à água como direito fundamental.

Nessa perspectiva ética, objetiva-se demonstrar a vinculação do direito à água como direito fundamental sob a análise de Constituições que amparam novos atores sociais na política de desenvolvimento sustentável e da proteção dos recursos naturais. Como questionamento, o trabalho busca refletir sobre os limites e possibilidades do direito à água servir de paradigma, no cenário latino americano, como um direito capaz de ir além da técnica-jurídica tradicional?

A fim de responder a questão de pesquisa, a metodologia e estratégia de ação obedece ao trinômio: Teoria de Base; Procedimento e Técnica. O tipo de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica. Seu método de abordagem parte da teoria de base sistêmico-complexa (matriz teórica) na busca de percepções dialógico-dialéticas produzidas na interface entre direito, política, cultura, ecologia e ciência. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizada a análise bibliográfica e documental, bem como de legislação acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

Para melhor compreender esta temática, optou-se pela divisão em dois itens temáticos. No primeiro item, pretende-se analisar o direito à água como direito fundamental, no segundo o direito à água no novo constitucionalismo latino-americano e no terceiro o constitucionalismo como novo paradigma do direito.

1 DIREITO À ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM NOVO OLHAR AOS DIREITOS EMERGENTES NA SOCIEDADE GLOBAL

Carbonell (2007. p.73-74) analisa direitos fundamentais, como uma teoria do direito, no plano teórico-jurídico, identificando direitos relacionados universalmente a todas as pessoas, como cidadãos, ressaltando que tais direitos, são indisponíveis e inalienáveis, estando relacionados a direitos positivos da dogmática jurídica constitucional ou internacional, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Representam ainda, uma ordem filosófica e política de direitos e condições necessárias para garantir a paz, o direito à vida, a integridade da pessoa, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade e de igualdade.

No reconhecimento desses direitos fundamentais, a garantia de eficácia jurídica, depende de políticas públicas compatíveis com a ordem institucional de respeito aos direitos fundamentais, exigindo uma nova percepção do direito, especialmente do ordenamento Constitucional, o qual vem passando por transições e superações no contexto Latino Americano, especialmente com relação ao reconhecimento do direito de acesso à água como direito fundamental.

A água possui um valor inestimável, sendo um recurso natural indispensável à produção, ao desenvolvimento econômico, de manutenção da biodiversidade, dos ecossistemas, sendo ainda um bem cultural e social indispensável à sobrevivência e a qualidade de vida da população.

Segundo Freitas (2011, p.58-59) nosso planeta possui apenas 2,5% de água doce e menos de 1% está acessível para o consumo humano nos rios, lagos e no subsolo, sendo que atualmente cerca de um bilhão de pessoas não dispõem de água potável e mais de 1,8 bilhão, não tem acesso ao saneamento básico, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) (ONU, 2016). A preocupação com a qualidade e quantidade de água doce no planeta, vem se intensificando nas últimas décadas, pelo crescimento populacional e aumento da poluição, com a degradação do meio ambiente, tornando-se um fator preponderante na busca pela preservação da vida.

Nesse sentido, o direito de águas pode ser conceituado conforme Pompeu (2006, p. 39) como um conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento, a conservação e preservação das águas como a defesa contra suas danosas consequências, visando assim, reger a água nas suas mais variadas formas e localizações, em especial a água doce, motivo de grande preocupação pela destinação ao consumo humano.

Na definição formal de direito fundamental, Ferrajoli (2011, p.09-10) descreve como todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos, caracterizados como cidadãos, com capacidade de agir.

Ferrajoli (2011, p. 15-16) ainda destaca quatro teses em tema de direitos fundamentais: referindo-se à radical diferença de estrutura entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais; na segunda a relação entre direitos fundamentais como sendo de interesse de todos, fundamento e parâmetro da igualdade jurídica e da democracia; na terceira refere-se à moderna natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, direitos da cidadania; e finalmente na quarta tese, refere-se às relações entre os direitos e suas garantias, consistindo em expectativas positivas e negativas e a deveres e proibições.

A análise de direitos fundamentais, relacionados a garantias individuais e coletivas, de igualdade e cidadania, correspondem em termos de garantia de direitos, à constitucionalização dos direitos fundamentais, de direitos de liberdade, do direito à vida, dos direitos civis, políticos e sociais, como garantias constitucionais, em um processo democrático de direitos universais.

O Principal marco de Direitos Humanos, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento elaborado por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, foi proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A

(III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 360 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido o acesso à água, também vem tendo preocupação internacional enquanto direito humano e fundamental, conforme Machado (2009, p. 248-249) foi tratado na Conferência de Berlim/2004, como uma introdução do direito à água potável, pela aceitação no cenário internacional do princípio do direito ao acesso à água, sendo que está universalização ainda encontra barreiras econômicas. O exercício do direito de acesso à água fica condicionado à acessibilidade física da água, inter-relacionando-se com fatores relevantes para a identificação do uso equitativo e razoável do curso de água.

O Princípio 8 da Declaração do Rio de Janeiro/92, também dispõem, segundo Machado (2009) que para se chegar a um desenvolvimento sustentado e a uma melhor qualidade de vida para todos os povos, os Estados deverão reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não sustentáveis e promover políticas demográficas apropriadas.

Em 1992, a ONU instituiu o dia 22 de março, como o “Dia Mundial da Água”, conforme a Declaração Universal dos Direitos da Água abarcando dez princípios absolutamente fundamentais para a preservação dos recursos hídricos. Segundo Castro (2008, p. 170-171) tais princípios representam a relevância do atual quadro mundial dos recursos hídricos estar distinta da situação das décadas de 1950-1980, apesar da quantidade de água disponível ser a mesma, em termos absolutos, a pressão demográfica continua espalhado seus efeitos predadores sobre as bases de sustentação de todas as espécies, com a drástica redução dos recursos hídricos disponíveis para o consumo humano.

A Declaração Universal dos Direitos da Água prevê entre outros, que a água faz parte do patrimônio do planeta, sendo da responsabilidade de cada continente de cada povo, de cada nação, zelar por sua manutenção e preservação. Em 28 de Julho de 2010 a Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução A/RES/64/292 declarou a água limpa e segura e o saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos, como meta do Objetivo de Desenvolvimento

do Milênio, pela redução para metade, até 2015, a proporção de população sem acesso sustentável a água potável segura e a saneamento básico (ONU, 2016).

Com relação a um documento global sobre a água, Barlow e Clarke (2003, p. 283) alertam para o risco de os cidadãos perderem o controle dessa parte preciosa dos suprimentos comuns, além da possibilidade de definir as condições de compartilhamento da água doce no planeta. Essa ameaça aos bens comuns é bem retratada por Álvaro Ramis (2012, p.11) na luta pelo reconhecimento de novos espaços de articulação social, visto que os bens comuns devem estar sujeitos a um regime de propriedade que se atribui a um conjunto coletivo de pessoas, em razão do lugar que habitam ou da atividade que desenvolvem, sendo assim, nenhuma pessoa poderia reclamar o título individual de controle exclusivo sobre o uso dos bens comuns.

Porém a ameaça a esses bens é crescente, e vinculada a valorização de ideias e de informação baseadas no sistema de produção, de mercantilização dos bens comuns como referido na obra de Garrett Hardin, “A Tragédia dos Comuns”, que ressalta a grave ameaça do discurso hegemônico das transnacionais e dos governos neoliberais, de apropriação privada dos recursos naturais considerados como bens (de uso) comum (RAMIS, 2012, p 12-13).

Acerca da temática sobre a apropriação da água, Elsa Bruzzone,

Desde os primórdios da história humana registram-se guerras pelo controle da água. Em cinquenta anos, de 1953 até 2003, vivemos 1831 conflitos por água: 1228 foram resolvidos por acordos e tratados, mas 37 chegaram à violência e, desses, 21 não escaparam à guerra (BRUZZONE, 2009, p. 29).

Barlow e Clarke (2003, p. 117) corroboram com Bruzzone no sentido de que os Estados no mundo inteiro falharam ao proteger suprimentos comuns globais e a compensar a crise de água iminente. A América Latina está na mira das grandes potências por causa de seus recursos hídricos.

Nesse contexto, a questão fundamental dos recursos naturais como patrimônio comum na América Latina, compreende um gerenciamento ambiental não tecnocrático, mas comunitário, participativo e plural (WOLKMER, 2012, p. 53). Nesse desafio ético, de importância dos recursos naturais, enquanto “novo” Direito, um Direito Humano, seria construído não mais de cima para baixo, mas por estratégias desde as comunidades em sintonia com a sustentabilidade da natureza, de uma nova projeção paradigmática de uma cosmovisão.

Reconhecer a água como direito fundamental é mais do que uma implicação teórica, reflete-se na necessidade da implementação de políticas públicas que visem garantir o efetivo acesso e a universalização de direito à água.

2 DIREITO À ÁGUA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO – AMERICANO

O Novo Constitucionalismo Latino Americano¹ destaca-se como um novo modelo, fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente excluídas do processo decisório, especialmente a população indígena, nos países do Equador e da Bolívia, representando um marco teórico, de pluralismo jurídico nas Constituições Latino-Americanas, conforme Wolkmer (2012, p. 54) representando uma cosmovisão contra hegemônica da cultura social, política e jurídica, oferecendo subsídios para repensar um novo direito, um direito humano aos recursos naturais como patrimônio comum, destacando a água, em todas as suas formas de abrangências.

Para Wolkmer (2012, p. 56) o conhecimento que levou as 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. Essa referência de viver em plenitude, religam as noções disjuntivas do projeto da modernidade, na medida em que compreendem que na vida tudo está interconectado e é interdependente.

Assim, a relação do homem com a natureza no paradigma dominante entende o indivíduo como o único sujeito de direitos e obrigações, sendo uma concepção redutora, descontextualizada, que elege o indivíduo o único referente, acaba estruturando o sistema jurídico a partir dos direitos exclusivamente individuais.

As Constituições do Equador, de 2008 e da Bolívia, de 2009, inseridas no contexto do chamando "Novo" Constitucionalismo Latino- Americano abarca esse novo modelo de cosmovisão, inserido pela valorização da comunidade indígena, de novos direitos aos bens identificados como de uso comum ou patrimônio comum, esse novo direito, faz

¹ O chamado novo constitucionalismo latino-americano é uma prática constitucional adotada em muitos países do continente, nos últimos trinta anos, e que tem representado algumas mudanças, avanços e rupturas com o modelo constitucional de matriz europeia e norte-americana que, via de regra, serviram de modelo teórico para as Constituições desses países desde suas respectivas independências. Não há entre os estudiosos do tema sequer uma convergência em torno da denominação do movimento constitucional latino-americano das últimas décadas (BRAGATO, CASTILHO, 2014, p. 11)

referencia a um direito do “bem viver” e o direito da natureza, reconhecendo-se o uso e benefício à água não só como um patrimônio da sociedade, mas como um componente da própria natureza (WOLKMER, 2012, p. 57).

Esse novo paradigma na relação do homem com a natureza, desvincula o indivíduo como o único sujeito de direito, afasta-se da cultura reducionista, e do modelo de desenvolvimento tendo como valor fundamental o capitalismo, insurgindo-se contra o acúmulo de riquezas que destrói que aprofunda desigualdades, e que não atribui à natureza seu real valor.

A partir desse novo paradigma, do novo marco teórico das constituições do Equador e da Bolívia, surgem novos atores no processo de desenvolvimento, um processo de redução das desigualdades e de inclusão da natureza como sujeito de direitos, de resgate da identidade cultural, de recuperação de saberes, valorizando a ecologia de saberes, de restabelecimento de um novo modelo de relação com a “Mãe Terra”, de substituição da acumulação ilimitada do capital, pela recuperação integral do equilíbrio e harmonia com a natureza.

Wolkmer (2012, p. 58) observa que nesse contexto, a Constituição do Equador de 2008, em nível regional, tornou-se paradigmática ao declarar o Direito da Natureza, assim como o direito à água, como fundamental, na perspectiva de uma cosmovisão andina, em que o Estado equatoriano passou a assumir um papel estratégico na defesa do patrimônio natural, respaldado pelo movimento dos povos originários e dos cidadãos. Os equatorianos fizeram renascer um novo modelo de desenvolvimento, de reconhecimento às culturas milenares, denominando a natureza de “*Pachamama*”, tendo como princípio norteador do ordenamento jurídico, a sabedoria ancestral, a preservação da natureza em todas as suas dimensões, em prol do bem viver.

A partir dessa nova ordem institucional, o reconhecimento da água como direito fundamental, estabelece novos critérios para gestão dos recursos hídricos, em harmonia com a natureza, ultrapassando a visão mercantilista e de apropriação da água. Essa abordagem apresenta-se como um diálogo intercultural, em defesa dos direitos humanos, pelos princípios basilares de relação com a água, como direito humano protegido pelas políticas públicas, enquanto bem nacional estratégico, buscando construir uma governança democrática e amparada nos princípios de sustentabilidade ambiental.

Os principais desafios enfrentados, para garantir as potencialidades do conhecimento ancestral, foram quanto à promoção de um modelo de controle estratégico, capaz de garantir o acesso à água para todos os setores da sociedade, assim como para a natureza; de restaurar conhecimentos tradicionais na promoção de um modelo mais

eficiente e justo de gestão dos cursos de água, desenvolvendo uma governança democrática; e ainda, superar o modelo disjuntivo e redutor que considera o rio e o mar uma cloaca, para assim, reconstruir uma possibilidade de bem viver, baseada em princípios éticos com a natureza (WOLKMER, 2012, p. 60).

A água é tratada na Constituição equatoriana, como direito irrenunciável, que de acordo com o direito de bem viver deve ter a natureza – Pachamama – preservada, garantindo-se um meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo referência a água em seus múltiplos usos, como bem essencial à vida, sendo obrigação do Estado à garantia desse direito a todas as pessoas e a coletividade.

Em um segundo momento do novo constitucionalismo Latino Americano surge a Constituição Boliviana em 2009, com a perspectiva de refundação do Estado boliviano, de cultura indígena e plurinacional, com o reconhecimento da defesa e proteção do manejo sustentável dos recursos hídricos, não permitindo mais que seja objeto de apropriação privada, contemplando uma cosmovisão ambiental, de reconhecimento do direito da natureza e do direito ao acesso à água, como direito fundamental para a vida, nos marcos da soberania do seu povo (WOLKMER, 2012, p. 66).

No entanto, ainda persistem alguns conflitos. Em maio de 2014, na Bolívia ocorreu a aprovação da Lei de Mineração, que tem gerado protestos dos povos indígenas. O Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasully (Conamaq) realizou um manifesto em que considera que a lei ameaça a sobrevivência desses povos, os recursos hídricos e promove a criminalização do protesto social. Ela termina com esta frase que parece tocar no fundo da questão: *el agua es vida, no al saqueo de nuestra tierra, no a la minería capitalista* (em caixa alta no original) (CONAMAQ, 2016).

Acerca do novo constitucionalismo e da relação ainda dicotômica entre a nova e a velha cultura, Fernandes afirma que,

O constitucionalismo não se restringe ao texto constitucional: ele é muito mais do que isso, ele inclui práticas e discursos oficiais e não oficiais, produzidos em torno desse texto, numa disputa pela sua significação e por seus efeitos. As contradições entre esses novos textos e a velha cultura antropocêntrica e o modo de produção capitalista parecem ter limitado, ao menos por enquanto, a capacidade transformadora do novo constitucionalismo (FERNANDES, 2014, p.57).

Assim como parâmetros contra – hegemônicos, visando a concretização de novos paradigmas para a América Latina, as Constituições do Equador e da Bolívia, apresentam um contexto de pluralidade, de uma cosmovisão amparada no princípio da solidariedade com a natureza, traçando um novo parâmetro para as relações dos homens com os

recursos naturais, de proteção à biodiversidade, aos ecossistemas, ao direito de acesso à água como direito fundamental, valorizando o bem viver. No próximo item será abordada a questão do novo constitucionalismo como paradigma do Direito.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA DO DIREITO

O Constitucionalismo como um novo paradigma do direito, reflete-se no atual contexto social, como um novo olhar, uma perspectiva em substituição aos governos militares nos países latino-americanos, de uma nova teoria de organização do Estado. O processo de redemocratização de alguns países latino-americanos concentra-se em afirmar uma democracia mais apropriada a seus Estados, com o intuito de romper o padrão democrático externo, permitindo um avanço democrático mais significativo, reconhecendo-se a necessidade de reformular o projeto democrático, de validação das múltiplas condições existenciais e sociais e das transformações dos direitos inseridos nas novas constituições na América Latina (WOLKMER, 2013, p. 104-105).

Um novo modelo de participação democrática do povo, na elaboração e aprovação de suas constituições, inseridos nos processos de tomada de decisões, inserindo nos textos constitucionais, a identidade de seu povo, correspondendo a fatores culturais e de aproximação do povo ao poder político, na busca da construção de seu bem viver. As atuais constituições latino-americanas baseiam-se em princípios juspositivistas e em mecanismos de uma democracia participativa, defendendo a cultura do bem viver, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outros grupos historicamente sem voz, como atores sociais, resgatando valores de respeito à natureza, ao meio ambiente e à vida (WOLKMER, 2013, p. 106-107).

Gudynas (2011, p. 11-112) ressalta que o bem viver implica em uma nova forma de conceber a relação com a natureza de maneira a assegurar simultaneamente o bem-estar das pessoas, das plantas, dos animais, a preservação das espécies e dos ecossistemas. Este modelo requer uma mudança de consciência, rompendo-se com a visão clássica do desenvolvimento associado ao crescimento econômico, para uma proposta de equilíbrio com a natureza, de harmonia, de viver bem, priorizando a vida, respeitando as diferenças, defendendo a identidade e trabalhando em reciprocidade.

O giro ecocêntrico da constituição do Equador é um exemplo de proposta de biossocialismo republicano, esse modelo introduzido na Constituição Equatoriana, se

sustenta não apenas no “ter”, mas também no “ser”, “estar”, “fazer” e “sentir”, entendendo-se que a qualidade de vida está relacionada à paz e harmonia com a natureza, fortalecendo culturas e preservando a biodiversidade, como o direito a água (WOLKMER, 2013, p. 115-116).

Contemplando-se assim, o direito como forma de garantia emancipatória, de liberdades, oportunidade, de uma sociedade de cunho coletivo e humano, de cidadania e democracia, em patamares de uma nova ordem jurídica. Consolida-se assim, segundo Wolkmer (2013, p.119-120) um novo campo jurídico-constitucional, no qual Equador e Bolívia, propõem uma nova visão ecocêntrica, superadora do antropocentrismo, com a prevalência da cultura da vida, reconhecendo a indissociável relação de interdependência entre os seres vivos, com harmonia, unidade e solidariedade recíproca, com respeito, equilíbrio e reconhecimento dos direitos da natureza.

Esse modelo jurídico – institucional, de um novo paradigma constitucional, traz a base para uma reflexão entre os demais países da América – Latina, potencializando a efetividade de proteção dos direitos sociais e coletivos, colocando-se a natureza como sujeito de direitos, impulsionando um novo processo de proteção à biodiversidade, à preservação das espécies, do direito à água, do direito à vida.

Uma refundação do Estado e do Constitucionalismo na América Latina, deve partir da reconstrução da constituição institucional e política do estado, no qual ordenamento jurídico-político, não esteja submerso no jogo de poderes, reinventando o paradigma de democracia, e resgatando aos interesses das camadas populares, que se insurgem os movimentos sociais na exigência de tomada de decisões políticas (WOLKMER, 2015, p. 337)

A lógica liberal passa a ser uma passagem para outro modo de pensamento político constitucional, caracterizado por diversas concepções democráticas, como pluralismo jurídico, interculturalidade e plurinacionalidade, uma nova institucionalidade baseada no respeito à diferença e na desconstrução de desigualdades históricas, atribuindo poder democrático popular às comunidades segregadas pelo poder opressor das elites dominantes, oligarquias e aristocracias proprietárias comprometidas com o poder externo discriminador.

A busca de um novo olhar, de um novo pensar do direito, do constitucionalismo como um novo paradigma, caracteriza-se na visão de Wolkmer (2015, p.339) como um novo tipo plural e intercultural de uma nova “mirada política”, com mudanças institucionais profundas, um constitucionalismo que vem das bases, da contribuição popular no poder constituinte, de um Estado comprometido com os direitos sociais.

Garantindo-se a participação popular dos diversos setores, compreendendo normatividades plurais, no diálogo intercultural, equidistante das correlações burocráticas de poder e de concentração das decisões nas mãos de uns poucos.

Uma nova ordem constitucional liberal do Estado racional moderno, projetando um outro momento do Estado e do próprio constitucionalismo ocidental, presenciando que o continente latino-americano não é ao fim de um modelo histórico político-jurídico, mas um novo período institucional, ainda em fase de transição paradigmática.

A Constituição Boliviana foi à primeira na América Latina que estabeleceu as bases para o acesso a direitos e poderes de todos, em um processo de descolonização, em um estado plurinacional, de reconhecimento de direitos aos recursos naturais como patrimônio comum, dispondo no capítulo dos direitos sociais e econômicos, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, o direito à saúde, à segurança social e ao trabalho, e com relação aos recursos patrimoniais comuns naturais do meio ambiente, das florestas, do subsolo, da biodiversidade, dos recursos hídricos e da terra, todos merecedores de proteção e conservação, por parte do Estado e da população.

Conforme Nascimento (2013. p. 481-482) o novo constitucionalismo de direitos funciona como diretiva fundamental na orientação das funções estatais, servindo como limite e garantia do Estado Democrático de Direito, na atual sociedade informacional, onde se interligam o local e o global, devendo-se pensar em um novo sentido de constitucionalismo e de ciberdemocracia.

Destaca-se também a participação popular nos processos constituintes do novo constitucionalismo Latino Americano, como garantias dos processos de democracia e cidadania, os quais se refletem como formas transformadoras para uma nova estrutura constitucional de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais. Tem-se a natureza como um sujeito de direito, desenvolvendo novas possibilidades e novas tecnologias em defesa dos recursos naturais, utilizando-se a técnica como ferramenta aliada ao conhecimento dos povos tradicionais de preservação da vida, de respeito à biodiversidade, através de uma ecologia de saberes, como fator de resistência ao poder hegemônico de dominação dos países do Norte Social².

² De acordo com Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses, “o Sul é aqui concebido como um campo de desafios sistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Esta concepção do Sul sobrepõe-se em parte com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceções como, por exemplo, da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao Norte global (Europa e América do Norte). A sobreposição não é total porque, por um lado, no interior do Norte geográfico classes e grupos sociais muito vastos (trabalhadores, mulheres, indígenas, afrodescendentes, muçulmanos) foram sujeitos à dominação capitalista e colonial, e por outro lado, porque no interior do Sul geográfico houve sempre as ‘pequenas

Assim, o novo constitucionalismo latino americano, destaca-se pelo seu aspecto pluralista, o qual avançou com mudanças e novos processos sociais, respaldados pelos movimentos dos povos tradicionais, legitimando um desenvolvimento com respeito à natureza, com ética no manejo dos recursos naturais, especialmente com relação à água em seus múltiplos usos, como forma de promover o bem viver, respeitando-se a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os principais aspectos analisados na presente pesquisa, a questão do acesso à água e seus múltiplos usos, surge como eixo central para uma mudança de paradigma. Assim, este novo olhar da relação do homem com a natureza, acarreta um desafio que vem sendo agravado nas últimas décadas, pela crise ambiental e especialmente pela crise hídrica presente em todos os continentes.

Na América Latina, uma nova ordem jurídica tomou forma através das Constituições do Equador e da Bolívia, originando um novo constitucionalismo, denominado como “Novo Constitucionalismo Latino Americano”, marco teórico na valorização dos recursos naturais tornando a natureza sujeito de direitos, e reconhecendo a água como direito fundamental, indispensável à qualidade de vida e ao bem viver. Na análise da água como direito fundamental, o reconhecimento pela ONU, através da Declaração Universal dos Direitos da Água, como patrimônio do planeta, sendo da responsabilidade de cada continente de cada povo, de cada nação, zelar por sua manutenção e preservação.

Observando-se que direitos fundamentais se relacionam às garantias individuais e coletivas, de igualdade e cidadania, correspondendo em termos de garantia de direitos, à constitucionalização dos direitos fundamentais, de direitos de liberdade, do direito à vida, dos direitos civis, políticos e sociais, como garantias constitucionais, em um processo democrático de direitos universais.

Essa mudança de paradigmas foi introduzida nas constituições da Bolívia e do Equador, dispendo sobre o equilíbrio e o respeito à vida, e, em uma perspectiva ética dispendo sobre o direito à água como direito fundamental, sob a análise de constituições

Europas’, pequenas elites locais que beneficiaram da dominação capitalista e colonial e que depois das independências a exerceram e continuam exercer, por suas próprias mãos, contra classes e grupos subordinados”. SANTOS, MENESES, NUNES, 2010, p. 19).

que amparam novos atores sociais na política de desenvolvimento sustentável e da proteção dos recursos naturais.

A partir dessa nova ordem institucional, o reconhecimento da água como direito fundamental, estabelece novos critérios para gestão dos recursos hídricos, em harmonia com a natureza, ultrapassando a visão mercantilista e de apropriação da água. Essa abordagem apresenta-se como um diálogo intercultural, em defesa dos direitos humanos, pelos princípios basilares de relação com a água, como direito humano protegido pelas políticas públicas, enquanto bem nacional estratégico, buscando construir uma governança democrática e amparada nos princípios de sustentabilidade ambiental, tornando-se um novo paradigma do direito, reflete-se no atual contexto social, como um novo olhar, uma perspectiva em substituição aos governos militares nos países latino-americanos, de uma nova teoria de organização do Estado.

Assim, o novo constitucionalismo latino americano, abarca um pluralismo jurídico, que avançou em mudanças sociais, através poder constituinte, exercidos pelos movimentos dos povos tradicionais, legitimando um desenvolvimento com respeito à natureza, com ética no manejo dos recursos naturais, especialmente com relação à água em seus múltiplos usos, como forma de promover o bem viver, respeitando-se a vida. Nesse sentido, afirma-se a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, especialmente do direito à água, com maior amplitude aos temas constitucionais com inclusão de valores e culturas em um resgate do pluralismo jurídico.

REFERÊNCIAS

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul** – como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo, M. Books do Brasil Editora Ltda., 2003.

BARLOW, Maude. **Água Pacto Azul** - a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo, M. Books do Brasil Editora Ltda. 2009.

BARLOW, Maude. **Água Futuro Azul**: como proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta para sempre. São Paulo.M. Books. 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano** [recurso eletrônico] / organizadores Eduardo Manuel Val, Enzo Bello. - Caxias do Sul, RS : Educs, 2014.

BRUZZONE, Elsa. **Las Guerras del Agua**. América del Sur, en la mira de las grandes potencias. 1ª ed. Buenos Aires, Capital Intelectual, 2009.

CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos: edición de Miguel Carbonell; Riccardo Guastini; Manuel Aragón Reyes; Paolo Camanducci; Luigi Ferrajoli; Gustavo Zagrebelsky; Owen Fiss; Alexei Julio Estrada; Gerardo Pisarello; Christian Courtis; Luis Prieto Sanchís; Juan A. García Amado e Carlos Bernal Pulido. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Madrid, 2007.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Água: um direito humano fundamental**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

CONAMAQ. Pronunciamento ante la promulgación de la Ley de Minería y Metalurgia. Disponível em: <<https://ia902506.us.archive.org/28/items/LeyMinera/CONAMAQantepromulgacinLeyMinera-29may2014.pdf>>. Acesso em 29 ago. de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Alim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadratori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns** (The tragedy of commons). Science. 1968. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/71139878/A-tragedia-dos-comuns#scribd>> . Acesso em 29 ago. de 2016.

FERNANDES, Pádua. Direitos indígenas, provincianismo constitucional e o novo constitucionalismo latino-americano. In: **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano** [recurso eletrônico] / organizadores Eduardo Manuel Val, Enzo Bello. - Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos cursos de água internacionais**: elaboração da convenção sobre direito relativo à utilização dos cursos de água internacionais para fins diversos dos de navegação – Nações Unidas/1997. São Paulo: Malheiros.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Constitucionalismo.com: o papel dos Estados entre “a transparência e a sombra” das novas tecnologias. **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Org. Jerônimo Siqueira Tybusch, Luiz Ernani Bonesso de Araujo e Rosane Leal da Silva. Unijuí: Ijuí, 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/>> Acesso em: 29 jun. de 2016.

_____. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/>> Acesso em: 27 jun. de 2016.

_____. **O Direito Humano à Água e Saneamento**. Disponível em:
<<http://www.un.org/>> Acesso em 29 jun. de 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Água**. Disponível em:
<<http://nacoesunidas.org/>> Acesso em 29 jun. de 2016.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMIS, Álvaro. Hacia la revolución de los bienes communes: nuevos espacios de articulación social. In: **Le Monde Diplomatique**. La defensa de los bienes comunes: recuperar los recursos naturales – minerales, agua, bosques, mar. Santiago. Aún creemos en los sueños. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Introdução: Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa [org.] **Semear outras Soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S.. O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina. *Interthesi - Revista Internacional Interdisciplinar*. Vol. 09 – nº 01. 2012. p. 51-69. Disponível em:
<periodicos.ufsc.br> Acesso em: 01 jul. de 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em:
<<http://www6.univali.br/>> Acesso em: 04 jul. de 2016.