

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY



VOLUME 9 • Nº 2 • AGO • 2019
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

O direito à água nas Constituições da América do Sul: elementos comuns e traços distintivos*

The right to water in South American Constitutions: common elements and distinctive features

Thiago Rafael Burckhart**

Milena Petters Melo***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a configuração do direito à água em perspectiva comparada nas constituições sul-americanas, buscando identificar os elementos comuns e os traços distintivos desse direito nos diferentes textos constitucionais. Primeiramente, contextualiza-se o novo ciclo constitucional arquitetado na região após os anos 1980 e sua abertura cognitiva a novos direitos e novos sujeitos. Em seguida, realiza-se a comparação entre os textos constitucionais sul-americanos vigentes sobre o direito à água e a proteção dos recursos hídricos; num terceiro momento, identificam-se os elementos comuns e os traços distintivos desse direito nessas constituições. O trabalho se insere no campo da Teoria Constitucional, com aportes da teoria política e da sociologia jurídica, sendo realizada mediante comparação constitucional em chave dialógica, buscando responder à seguinte pergunta de pesquisa: pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região? Conclui-se que o direito à água é reconhecido, expressamente e de modo pioneiro, somente em três países da região, todas constituições promulgadas recentemente já no século XXI. Em cada uma dessas realidades, inscreve diferenças e peculiaridades epistemológicas. No entanto, todos os países da região reconhecem o direito ao meio ambiente, que constitui elemento comum da identidade constitucional da região, o que posiciona a água como um direito de modo implícito. Em resposta à pergunta de pesquisa, conclui-se que não há direito comum a água na região. Contudo, ele se projeta como tendência jurídica de abertura cognitiva do constitucionalismo democrático contemporâneo na América do Sul e no mundo.

Palavras-chave: Direito à água. Constitucionalismo. América do Sul.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the configuration of the right to water in comparative perspective in the South American constitutions, seeking to identify the common elements and distinctive features of this right in the different constitutional texts. First, it contextualizes the new constitutional

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 29/08/2019

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2019). Pesquisador do Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionali (Cedeuam, Itália-Brasil). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação (Constinter-Furb). Pesquisador da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Rede ALEC – Amérique Latine, Afrique, Europe et Caraïbe, sobre “Territoires, Populations Vulnérables et Politiques Publiques”, vinculada à Université de Limoges, França. E-mail: thiago.burckhart@outlook.com

*** Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce (Itália, 2004). Professora Titular de Direito Constitucional e de Direitos Humanos e Sustentabilidade da Universidade Regional de Blumenau, FURB. Professora e Coordenadora para a área lusófona do Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionali (Cedeuam, Itália-Brasil). Professora da Academia Brasileira de Direito Constitucional, ABDConst. Pesquisadora do Institut International d'Étude et Recherche sur les Biens Communs (Paris-Nápoles). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação (Constinter-Furb). E-mail: mpetersmelo@gmail.com

cycle in the region after the 1980s and its cognitive openness to new rights and new subjects of rights. Then, a comparison is made among the existing South American constitutional texts on the right to water and the protection of water resources; In a third moment, the common elements and distinctive features of this right are identified in these constitutions. The work is grounded in the field of Constitutional theory, with contributions from political theory and sociology of law. It is carried out through a constitutional comparison in a dialogical perspective, seeking to answer the following research question: Can we conceive of a common constitutional right to water in the region? It is concluded that the right to water is recognized expressly and in a pioneering way only in three countries of the region, all constitutions recently enacted, and in each of these realities inscribes differences and epistemological peculiarities. However, all countries in the region recognize the right to the environment, which is a common element of the constitutional identity of the region, which places water as a right in an implicit way. In response to the research question, it is concluded that there is no common water right in the region. However, it projects itself as a legal trend of cognitive openness of contemporary democratic constitutionalism in South America and in the world.

Keywords: Right to water. Constitutionalism. South America.

1 Introdução

As influências do constitucionalismo contemporâneo do segundo pós-guerra produziram seus efeitos na América do Sul a partir da década de 1980, confluindo para a construção de um novo ciclo constitucional nesta região, marcado por profundas inovações políticas e constitucionais. Desde os anos 1980, a região passou por um processo de democratização política e pela construção paulatina do Estado Social e Democrático de Direito, que tem, em seu núcleo, o reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos e o escopo por sua concretização e materialização, calcadas na força normativa da Constituição. A positivação desses valores, nos textos constitucionais, em consonância com o processo de internacionalização do constitucionalismo democrático, possibilitou a reinvenção da cultura jurídica no/do continente, sendo uma contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

Uma das características que influenciou, amplamente, a elaboração dos novos textos constitucionais, em suas respectivas Assembleias Nacionais Constituintes — ou nos processos legislativos de revisão constitucional —, foi a emergência da “questão ambiental” como tema global, regional e nacional, em diálogo com a perspectiva da sustentabilidade (sócio)ambiental. Essas preocupações de ordem planetária foram responsáveis pela constitucionalização do meio ambiente, no qual sua proteção jurídica se coloca como um efetivo tema constitucional. Desde as Constituições do Chile e da Guiana, estão na gênese desde novo ciclo — e que entraram em vigor no ano de 1980 — o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este passou a ser reconhecido, mesmo que timidamente, num primeiro momento, sob o prisma da sustentabilidade. Desse modo, a proteção da água e dos recursos hídricos, em razão da organização de movimentos nacionais e internacionais por sua proteção, também passou a ganhar relevância enquanto problema político e constitucional, e, nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 teve papel importante e fundamental.

O reconhecimento explícito ou implícito da água como direito fundamental nos textos constitucionais sul-americanos, da mesma forma que as previsões de políticas públicas para a preservação de recursos hídricos também na esfera constitucional, constituiu os elementos impulsionadores do desenvolvimento de uma nova governança pública e comunitária desse recurso, reconhecendo-o como um bem comum que possui relevância geopolítica e geoestratégica. Entretanto, o reconhecimento desse direito não ocorre de forma similar em todos os países sul-americanos. Embora esses países possuam características em comum do ponto de vista político, sobretudo no que se refere à história política, é certo que eles possuem diferenças singulares que se projetam no âmbito das suas respectivas identidades políticas e constitucionais e se relacionam com a proteção dos recursos hídricos e o direito à água. As recentes inovações das Constituições do Equador

(2008) e da Bolívia (2009) — do chamado “novo constitucionalismo andino”, calcadas na perspectiva do *bien-vivir* — revelam, claramente, essas diferenças de concepções sobre esse direito.

Nesse sentido, levando-se em consideração as evoluções aquisitivas do constitucionalismo democrático na América do Sul, a partir do novo ciclo constitucional posto em cena na década de 1980, este trabalho tem por objetivo analisar a configuração do direito à água em perspectiva comparada nas constituições sul-americanas, buscando identificar os elementos comuns e os traços distintivos deste direito nos diferentes textos constitucionais. Procura-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região? A análise se inscreve no campo da Teoria Constitucional, com aportes da teoria política e sociologia jurídica, sendo realizada mediante comparação constitucional em chave dialógica. O trabalho divide-se em três partes: I – O novo ciclo constitucional na América do Sul: constituições em abertura cognitiva; II – O direito à água nas constituições sul-americanas; III – Elementos comuns e traços distintivos do direito à água nas constituições sul-americanas.

Este estudo é resultado parcial de uma pesquisa em desenvolvimento sobre o Direito à Água na América Latina. O estudo leva em consideração que o Direito Constitucional é uma ciência de textos e contextos, que se desenvolve na confluência de uma tensão produtiva e dialógica, mas focaliza a dimensão dos textos constitucionais desses países em perspectiva comparada.

2 O novo ciclo constitucional na América do Sul: constituições em abertura cognitiva

Numa perspectiva teórico-filosófica, pode-se afirmar que, embora o constitucionalismo tenha em sua gênese uma raiz humanística com vocação universalista¹, somente a partir do final da Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo de base democrática alçou-se, efetivamente, como um ideal universal². Naquele tempo, cresceu em relevância a necessidade de reconstruir o paradigma ético-democrático com base no respeito fundamental da humanidade, que se projetou no âmbito dos Direitos Humanos no plano internacional³. A afirmação global desses princípios e direitos — que conformam a emergência de uma “era dos direitos”⁴ — e a sua constitucionalização nos Estados democráticos dão corpo a um “patrimônio comum”⁵ do constitucionalismo democrático, que se projeta, ao menos em tese, como um patrimônio comum da humanidade⁶, no sentido de criar limites efetivos ao exercício do poder, nacional e internacionalmente, a partir do respeito aos direitos humanos, da paz, da democracia e da autodeterminação dos povos⁷.

¹ A propósito e para aprofundamentos, v. ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

² Da mesma forma, a democracia também se projetou como valor universal e modelo de sistema político.

³ Como observa Flávia Piovesan, “no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 121.

⁴ Como ressalta Norberto Bobbio, a segunda metade do século XX ficou conhecida como a Era dos Direitos, pela ampliação do leque de direitos fundamentais positivados no plano constitucional e pela criação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

⁵ A propósito e para aprofundamentos, consultar ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

⁶ Observe-se que, até o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios do constitucionalismo democrático estavam positivados na ordem constitucional de cada país, alimentando-se de experiências nacionais, não obstante a sua “vocação universalista”. A partir da segunda metade do século passado, com a expansão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, os princípios do constitucionalismo democrático passam por um processo de internacionalização, sendo ulteriormente introduzidos e recepcionados em diversas ordens constitucionais, em diferentes cantos do mundo. Para aprofundamentos, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

⁷ Esse movimento também pode ser lido como a tentativa de cristalização de uma ética universal, pautada nestes princípios, como defendem vários autores. A Declaração Universal também foi definida como uma “constituição” para todos os povos. Contudo, no processo de consolidação do sistema internacional de direitos humanos, as tensões entre as pretensões universais e as diferentes peculiaridades culturais e epistêmicas das diversas nações, comunidades e coletividades, constituem debate que permanece aberto

As influências dessas inovações passaram a impactar a América do Sul a partir da década de 1980. Desde então, a América do Sul passou por profundas transformações políticas que se projetaram como inovações constitucionais. Ao analisar o panorama histórico da formação e evolução do constitucionalismo na América Latina, o jurista argentino Roberto Gargarella⁸ aponta que houve, pelo menos, três grandes momentos na história político-constitucional dessa região. O primeiro diz respeito ao pacto realizado entre liberais e conservadores na gênese do constitucionalismo liberal do século XIX. O segundo refere-se à inclusão dos direitos sociais no início do século XX, e a formação do constitucionalismo social e do Estado Social. E o terceiro momento trata-se de uma “onda” final de reformas e/ou novas Constituições introduzidas a partir da década de 1980 do século XX e início do século XXI, marcada pela ampliação no catálogo de direitos fundamentais, isto é, pelo alargamento da proteção jurídico-constitucional aos direitos humanos⁹.

Os fatores sociopolíticos que levaram ao nascimento desse novo ciclo na América do Sul podem ser sistematizados em, pelo menos, cinco pontos: aspectos políticos, socioeconômicos, jurídicos, culturais e ambientais. Esses aspectos influenciaram, cada um à sua forma, a construção deste novo ciclo constitucional na América do Sul, de modo que, em cada contexto político nacional, prevalece um ou mais dessas características. Do ponto de vista político, os países dessa região passaram desde 1980 por processos de democratização política, com a superação de governos ditatoriais, em sua maioria de cunho militar, que violaram sistematicamente direitos humanos¹⁰. Da mesma forma, as duas últimas colônias da Europa que se encontravam no continente tinham alcançado, recentemente, sua independência política e estavam buscando construir-se politicamente — como é o caso da Guiana, que conquistou sua independência do Reino Unido em 1966 e tornou-se República em 1970, e do Suriname, que conquistou a independência política dos Países Baixos em 1975. Desse modo, a promulgação de novas constituições nesses países teve por objetivo abrir o caminho para a ação política democrática¹¹.

O segundo elemento diz respeito aos aspectos socioeconômicos, que se referem à construção do modelo de Estado de bem-estar social. Trata-se daquilo que o politólogo colombiano Víctor Manuel Moncayo Cruz aponta como a incorporação das tendências do keynesianismo e das orientações do Estado de bem-estar social que havia emergido na Europa logo após a Segunda Guerra Mundial¹². No caso colombiano, embora a Constituição de 1991 também tenha sido um documento concernido com “a reordenação do aparato político da sociedade”, tendo em vista que a Constituição anterior datava de 1886 e em grande medida estava desatualizada, mostra-se evidente que a preocupação central da sua elaboração diz respeito à necessidade de readequar e reestruturar o Estado para ser compatível de modo mais explícito com o modelo de desenvolvimento econômico do segundo pós-guerra¹³.

O terceiro aspecto diz respeito às inovações constitucionais ocorridas na Europa logo após o segundo pós-guerra que, aliado ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, foi propulsor para o reconhecimento de novos direitos e na América do Sul. O quarto e o quinto elementos, que respectiva-

e inconcluso.

⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 34-53.

¹⁰ As ditaduras militares ocorreram em: Argentina (1976-1983); Brasil (1964-1985); Bolívia (1971-1985); Chile (1973-1990); e Equador (1972-1979).

¹¹ Para aprofundamentos, ver: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

¹² Mas que, deve-se pontuar, já se encontrava ameaçado pelas políticas neoliberais.

¹³ “A organização do Estado colombiano não poderia continuar a mesma para enfrentar o problema do desenvolvimento — e suas diferenças em relação ao século XX. Não se tratou, portanto, de uma reordenação de competências entre os ramos do poder público, mas de transformações que permitiram uma adequação mais flexível dos aparatos do Estado às exigências do mercado, e que tornaram possível o cumprimento de suas funções sob as mesmas regras de eficácia e eficiência próprias das unidades privadas”. MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. Constituição da Colômbia de 1991. In: SADER, Emir et al. *Latinoamericana*: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe. São Paulo: Boitempo, 2016.

mente dizem respeito a aspectos “culturais” e “ambientais”, referem-se às reivindicações da cultura¹⁴ que marcaram a segunda metade do século XX e que se plasam na perspectiva do multiculturalismo e do reconhecimento de novos sujeitos — como é o caso das reivindicações dos povos indígenas do continente; da mesma forma que corresponde ao nascimento dos movimentos ambientais que tiveram papel fundamental nos debates nacionais e internacionais sobre a “questão ambiental”, a sustentabilidade e no reconhecimento dos direitos do meio ambiente nestas novas constituições.

Em efeito, nota-se que tanto questões estruturais quanto conjunturais levaram à consolidação desse novo ciclo constitucional na região, dando sustentação para uma abertura cognitiva do constitucionalismo sul-americano para novos desafios. A emergência da questão ambiental nos textos constitucionais é uma característica que marca profundamente este ciclo. Cabe pontuar que este subcontinente é marcado pela riqueza ambiental, abriga a maior floresta tropical do planeta, além de recursos hídricos e minerais. A exploração econômica de séculos na região impulsionou a articulação dos movimentos ambientais na região na segunda metade do século XX, em consonância com os movimentos ambientais em escala global¹⁵. Nesse contexto, o reconhecimento do direito ao meio ambiente e do direito à água está em consonância com as reivindicações políticas e as projeções jurídicas no plano internacional do paradigma da sustentabilidade — a “era do desenvolvimento sustentável”¹⁶.

Sendo uma questão global, que diz respeito à geopolítica internacional e geoestratégia nacional, a água passou a ganhar relevância política desde a realização da Conferência de Estocolmo de 1972, tendo sido projetada para o epicentro das preocupações planetárias com a *Declaração Universal dos Direitos da Água*¹⁷ em 1992, no *Johannesburg World Summit* de 2002, o Comentário Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 2002, e em 2010 com o reconhecimento formal do direito humano à água pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução A/RES/64/292¹⁸. Essa resolução foi formalmente proposta pela Bolívia e contou com a aprovação massiva dos países sul-americanos, com exceção da Guiana e Suriname que se abstiveram de votar¹⁹. Nesse sentido, tendo em vista as profundas intersecções entre o direito internacional e o direito constitucional, é possível dizer que a constitucionalização do meio ambiente e, em específico, do direito à água, é uma das profícuas consequências das ações conjuntas de organismos multilaterais no campo internacional²⁰.

O processo de abertura cognitiva do constitucionalismo na região que se inscreve nesse novo ciclo constitucional também é caracterizado pelos respectivos processos de democráticos domésticos que imprimem características peculiares em cada texto constitucional, a depender de cada contexto sociopolítico. Mais recentemente, ocorreram inovações profundas no constitucionalismo regional, trazidas pelas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que foram reconhecidos como “novo constitucionalismo andino”, “novo constitucionalismo latino-americano” ou “constitucionalismo da diversidade”²¹. Ambas as constituições são resultados de processos de democratização política nestes países, realizam profundas inovações ao constitucionalismo sul-americano, na medida em que produzem um amplo reconhecimento das epistemo-

¹⁴ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁵ Para aprofundamentos, ver: MARTÍNEZ-ALIER, Joan; SEJENOVICH, Héctor; BAUD, Michiel. O ambientalismo e o ecologismo na América Latina. In: CASTRO, Fábio de; HOGENBOOM, Barbara; BAUD, Michiel (coords.). *Governança ambiental na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 39-72.

¹⁶ Nesse sentido: SACHS, Wolfgang. *The development dictionary: a guide to knowledge as power*. London: Zed Books, 2010.

¹⁷ Declaração proclamada na cidade do Rio de Janeiro em 22 de março de 1992, e instituiu este dia como o dia mundial da água.

¹⁸ Para aprofundamentos sobre o direito à água no plano internacional, conferir: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos: governança democrática na crescente interdependência global. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Sostenibilidad ambiental urbana*. Sevilla: ArCiBel, 2012. p. 515-557.

¹⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. 108th Plenary meeting. *Official Records A/64/PV.108*, New York, 2010.

²⁰ É importante pontuar que os processos de constitucionalização produzem impacto maior para a governança do direito à água que os reconhecimentos no plano internacional.

²¹ MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.). *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*. Curitiba: Prisma, 2015. p. 52-75.

logias do sul²², retratadas pelas cosmovisões indígenas profundamente presentes na esfera social desses dois países²³.

Essas Constituições nascem em um momento histórico peculiar no qual dois fatores centrais que podem ser pontuados. O primeiro diz respeito a um fator “político” designado pelo politólogo equatoriano Luis Tapia de “crisis de la correspondência”, que aponta para uma ausência de correspondência histórica entre as reivindicações populares, sobretudo de grupos política e economicamente marginalizados como é o caso dos povos indígenas, e as práticas estatais, isto é, da “correspondência entre las instituciones políticas del Estado y la diversidad de pueblos y culturas”²⁴. A solução para esse problema se pautou na construção da ideia de “Estado Plurinacional”²⁵, que corresponde à superação da concepção modernamente arquitetada pelo conceito de Estado-Nação, sob o paradigma da interculturalidade²⁶, que produziu o redesenho do próprio Estado do ponto de vista administrativo²⁷.

Outro aspecto que determinou a elaboração desses novos textos constitucionais, de caráter socioeconômico, refere-se às reivindicações relativas à proteção do patrimônio natural e aos bens comuns que ocorreram sobretudo na Bolívia, e que ficaram internacionalmente conhecidas como a “guerra da água”²⁸. Trata-se de um movimento social de meados da década de 1990 que questionou o modelo de políticas neoliberais que passou a ser impetrado neste país, e que opera a partir da privatização da água e dos recursos naturais. Desse modo, a projeção dessas reivindicações promoveu, em ambos os países, a nacionalização dos recursos naturais e uma clara e profunda preocupação com o meio ambiente, que refletem a cosmovisão indígena. Na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, o processo de “refundação” desses Estados, estimulados pelos movimentos sociais ambientalistas e indígenas, se realiza em virtude desses povos terem sofrido — e, em certo sentido, continuarem sofrendo — as consequências das características do Estado moderno nas suas mais variadas metamorfoses — sobretudo no que se refere ao “Estado de mercado”, que nasce com a aplicação das políticas neoliberais de privatização em grande escala²⁹.

Cabe, ainda, pontuar que essas constituições também produziram um processo de constitucionalização do direito que posicionam a Constituição na centralidade do sistema jurídico³⁰, sendo caracterizadas por sua força normativa³¹. O terceiro ciclo do constitucionalismo sul-americano é caracterizado pela atribuição

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

²³ Cabe fazer referência que tanto no Equador quanto na Bolívia os maiores grupos étnicos são compostos por povos indígenas.

²⁴ “Hay, también, un componente de crisis de legitimidad. En la medida en que los partidos no contienen representación amplia de la sociedad civil y de pueblos y culturas, y en la medida en que el parlamento y el Ejecutivo mostraron un creciente nivel de corrupción y cinismo, el sistema de partidos comenzó a ser fuertemente cuestionado hacia finales del siglo XX, y desde el año 2000 se empiezan a producir y desplegar los conflictos más intensos; la guerra del agua, los bloqueos en el altiplano y las grandes movilizaciones a favor de la nacionalización y la asamblea constituyente, que siempre iban acompañadas de una fuerte crítica al sistema de partidos, como el soporte político del estado en el país. Estas cosas ya son bien conocidas y ampliamente comentadas; no ocurren sólo en Bolivia, han pasado en todo el continente latinoamericano.” TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 48.

²⁵ Cfe. TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

²⁶ Cfe. WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul./dez. 2008.

²⁷ Para aprofundamentos, conferir: MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A refundação do Estado e o pluralismo no novo constitucionalismo latino-americano. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 1, 2017.

²⁸ Para aprofundamentos, conferir: BARLOW, Maude. *Blue gold: the fight to stop the corporate theft of the world's water*. New York: The New Press, 2002.

²⁹ “Cuando los movimientos indígenas, en el continente latinoamericano y en el mundo levantan la bandera de la refundación del Estado lo hacen por haber sufrido históricamente — y por seguir sufriendo hoy en día — las consecuencias de todas las características [...] del Estado moderno en muchas de sus metamorfosis (en el continente, en especial, el Estado colonial, el Estado liberal, el Estado desarrollista, el Estado burocrático y el Estado de mercado”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010. p. 70. Para aprofundamentos, ver: AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 22.

³¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília: IBDC, 2010.

de relevância “jurídica” aos textos constitucionais, de modo que eles não mais se restringem a meras proposições ético-políticas, mas se tornam conquistas jurídicas fundamentais. Da mesma forma, todas essas Constituições trazem como uma nova preocupação a questão do meio ambiente e da proteção dos recursos naturais. Em efeito, as primeiras constituições desse ciclo, resultados de seu tempo histórico, realizam-no de modo mais tímido, mas as Constituições do Equador e Bolívia posicionam o meio ambiente na “base epistemológica” do processo de formulação de seus próprios textos.

3 O direito à água nas Constituições sul-americanas

Tomando em consideração o diálogo cada vez mais profícuo e inevitável entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, torna-se importante pontuar que ele impacta inclusive a operabilidade do método comparativo do direito constitucional³². Em efeito, na medida em que ocorre a abertura das constituições para o processo de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, torna-se necessário analisar também os documentos internacionais relativos aos direitos humanos como materialmente “partes” dos textos constitucionais, embora muitas vezes não o sejam formalmente. Nesse sentido, desde 2010, os Estados sul-americanos reconheceram o direito humanos à água — com exceção da Guiana e Suriname. De acordo com a Resolução da ONU, os Estados se comprometeram a garantir que todas as pessoas de seus respectivos territórios disponham de acesso à água suficiente, saudável para uso pessoal e doméstico, independentemente da capacidade aquisitiva dos indivíduos³³.

O reconhecimento internacional do direito humano à água, entretanto, pelo fato de ter sido realizado mediante uma Resolução da Assembleia Geral da ONU e não por um Tratado ou Convenção Internacional, não possui efeito juridicamente vinculante, mas se projeta como uma obrigação política. Nesse sentido, mostra-se evidente que os processos de constitucionalização desse direito produzem efeitos mais profícuos que o reconhecimento pelo direito internacional³⁴. Do ponto de vista estrito dos textos constitucionais dos Estados da América do Sul, o reconhecimento do direito “fundamental” à água não é uma realidade em todos os países. Buscando um modo de sistematização das disposições constitucionais nessa região, pode-se apontar que existem três grupos de países na região. Num primeiro momento, trata-se dos Estados que expressamente “reconhecem a água como um direito fundamental” em seus textos constitucionais. Num segundo, daqueles que preveem políticas públicas para a água — mas não necessariamente a reconhecem expressamente como “direito fundamental”. E, o terceiro, dos Estados que silencia sobre a água como um direito, ou sobre políticas públicas para os recursos hídricos, mas que reconhece a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A respeito dos 12 países analisados nesta pesquisa, apenas 3 deles se enquadram no primeiro grupo que reconhece, expressamente, o direito fundamental à água nos seus textos: Uruguai, Equador e Bolívia.

No Uruguai, o direito à água é expressamente previsto pelo artigo 47 do texto constitucional, que dispõe que a água é um recurso natural essencial para a vida e que o acesso à água potável, e ao saneamento, constitui direito humano fundamental. O reconhecimento desse direito ocorreu no ano de 2004, mediante reforma constitucional realizada por meio de um referendo popular³⁵. A iniciativa desse referendo foi reali-

³² Cfe. SERNA DE LA GARZA, José María. Globalización y derecho constitucional comparado. In: ASTIDULLO REYES, César; CARPIZO, Jorge (coords.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 71-91.

³³ Cfe. ORTEGA, Guillermo; PORTILLO, Ana. *El agua ¿bien común o mercancía?* Asunción: CLACSO, 2015. p. 28-29.

³⁴ MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Agua & derechos humanos*. 2012. p. 385-404.

³⁵ “En el 2004, el pueblo Uruguayo, en referéndum y con el 64% de los votos emitidos, decidía incorporar a la Constitución el reconocimiento del agua potable como un derecho humano”. ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p. 93.

zada pela *Comisión Nacional de Defensa del Agua y de la Vida* (CNDAV), criada em 2002 como contraponto às determinações do Fundo Monetário Internacional e do governo uruguaio que buscavam a privatização dos serviços de água e saneamento em todo o país³⁶. O processo de mobilização política levou o Uruguai a ser o primeiro país do globo a reconhecer o direito humano e fundamental à água e ao saneamento em um texto constitucional e de determinar a participação cidadã na gestão e controle das fontes de água. Além desse reconhecimento jurídico simbólico, o texto constitucional ainda determina a criação de uma política nacional de águas que deve ser baseada no ordenamento do território, na gestão sustentável com participação cidadã e na prevalência dos interesses sociais em detrimento dos econômicos (art. 47, 1, “a”, “b”, “c” e “d”).

Nesse mesmo sentido, a Constituição equatoriana de 2008 realiza um salto qualitativo com relação à proteção à água em seu texto. Ela cita a palavra “água” 25 vezes, e a palavra “hídrico” 4 vezes, reconhecendo o direito à água como fundamental e irrenunciável, sendo patrimônio nacional estratégico de uso público inalienável, imprescritível, inembargável e essencial para a vida (art. 12). A Constituição impõe que o Estado deve garantir o acesso à água a seus habitantes (art. 3, 1); relaciona o direito à água potável ao direito a uma vida digna (art. 66, 2); determina ser competência dos governos municipais a prestação de serviços públicos de água potável (art. 264, 4); aponta ser a água de essencial importância, juntamente com a terra e outros recursos produtivos, para a garantia da soberania alimentar (art. 281, 4). A Constituição ainda proíbe expressamente a privatização da água e de suas fontes, sendo função do Estado a regulamentação sobre o manejo de águas para a produção de alimentos, de acordo com os princípios da equidade, eficiência e sustentabilidade ambiental (art. 282). No que tange às empresas públicas, a Constituição determina que o Estado deve ser responsável pela provisão dos serviços públicos da água potável (art. 314).

A Constituição garante que a gestão da água deve ser exclusivamente pública e comunitária, de modo que o Estado deve apoiar o funcionamento da gestão comunitária em torno da gestão da água mediante o incentivo de alianças entre os entes público e a comunidade para a prestação de serviços (art. 318). O texto ainda impõe ao Estado a responsabilidade direta pela planificação e gestão dos recursos hídricos que se destinam ao consumo humano (art. 318), sendo proibida a paralização dos serviços públicos relativos à água (art. 326, 15). Ademais, no capítulo que trata da Biodiversidade e dos recursos naturais, há uma seção que trata em específico da água.

Na mesma esteira, a Constituição da Bolívia (2009) também realiza um amplo reconhecimento do direito fundamental à água. Seu texto menciona a palavra água também 24 vezes, e a palavra “hídrico” 10 vezes. Logo em seu preâmbulo, a Constituição faz menção à inspiração de seu texto nas lutas do passado, na sublevação indígena e anticolonial, fazendo referência à guerra da água que marcou o país no início do século XX, pontuando que busca construir uma convivência coletiva entre diferentes povos, com o devido acesso à água. Em seu texto, logo em seu artigo 16, dentro do rol de direitos fundamentais, estabelece que toda pessoa tem direito à água, acesso que deve ser universal e equitativo aos serviços básicos de água potável (art. 20, I). Da mesma forma, a Constituição equatoriana, também, prevê a impossibilidade de concessão ou de privatização da água, estando sujeitos a regimes de licença e registro (art. 20, III). Estabelece que é competência conjunta de todos os entes do Estado a atuação no sentido de proteção às águas e às bacias hidrográficas (art. 299, II, 9 e 11). Também aponta que as regiões de autonomia indígena e campesina podem exercer o controle sobre seus sistemas hídricos e fontes de água (art. 304, III, 4). A administração da água, enquanto um serviço básico, é uma responsabilidade das empresas públicas (art. 309, 2).

De modo semelhante à Constituição equatoriana, a Constituição boliviana reconhece um capítulo para tratar dos “Recursos Hídricos”, no título que trata do “Medio ambiente, recursos naturales y territorio”. Nesse ponto a Constituição reconhece a água não como um direito “fundamental”, mas como um direito “*fundamentalísimo*” para a vida, no marco da soberania do povo; pontuando que o Estado deve promover o uso e o acesso à água sobre a base dos princípios da solidariedade, complementariedade, reciprocidade,

³⁶ ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p. 95.

equidade, diversidade e sustentabilidade (art. 373, I). O Estado deve garantir o uso prioritário da água para a vida, no âmbito da gestão adequada e sustentável (art. 374, 1), com o reconhecimento, respeito e proteção dos usos e costumes das comunidades, de suas autoridades locais e das organizações indígenas originárias camponesas sobre o direito, o manejo e a gestão da água (art. 374, II).

A água ainda é pensada nas suas múltiplas dimensões (superficial e subterrânea), sendo que ambas constituem recursos finitos, vulneráveis e estratégicos e cumprem uma função social, cultural e ambiental (373, II) e que são considerados estratégicos para a soberania boliviana (art. 376). O Estado deve evitar ações nas nascentes e zonas intermediárias dos rios que ocasionem danos ao ecossistema (art. 376). Por fim, a Constituição pontua também que o Estado resguardará as águas fronteiriças e transfronteiriças, com o objetivo de conservação da riqueza hídrica que contribuirá para a integração dos povos (art. 377, II). Observa-se, também, um amplo e detalhado reconhecimento do direito “*fundamentalísimo*” à água na Constituição da Bolívia (art. 373, I).

Os três textos constitucionais acima detalhados são referências para a América do Sul no que se refere ao reconhecimento do direito à água. Outrossim, no segundo grupo de Constituições da região, encontram-se os Estados que preveem políticas públicas para a água – mas não necessariamente a reconhecem expressamente como “direito fundamental”. Nesse grupo, encontram-se as constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), que determinam a elaboração de políticas públicas nacionais para a água, mas não reconhecem o direito fundamental à água; além das constituições do Uruguai (reforma de 2004), Equador (2008) e Bolívia (2009), que além de preverem políticas públicas nacionais para a água ainda a reconhecem como um direito fundamental, conforme visto acima. A Constituição brasileira determina, em seu artigo 21, inciso XIX, ser competência da União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga do direito de uso³⁷. A Constituição da Colômbia, da mesma forma, estabelece em seu artigo 366 que o bem-estar e o melhoramento da qualidade de vida são finalidades sociais do Estado, de modo que será objetivo do Estado assegurar as necessidades relativas à, dentre outras coisas, água potável, determinando que nas políticas públicas e planos nacionais, o gasto público social tem prioridade sobre outras áreas. Nesse mesmo sentido, as políticas públicas para a proteção dos recursos hídricos também é prevista, conforme visto acima, no Uruguai (artigo 47), no Equador (artigo 411³⁸) e na Bolívia (artigo 374³⁹).

Por fim, cabe mencionar os países que reconhecem silenciam sobre o direito à água e a proteção dos recursos hídricos por meio de políticas públicas, mas que reconhecem a proteção do meio ambiente. Nessa lista se encontram todos os demais países sul-americanos. A constituição do Chile (1980) prevê no seu artigo 8º o direito a viver num ambiente livre de contaminação, impondo ao Estado o dever de garantir esse direito; a constituição da Guiana (1980) reconhece em seu artigo 149 que todos têm o direito ao meio ambiente e o Estado deve protegê-lo; a constituição do Suriname (1987, com alterações de 1992) aponta para a proteção do meio ambiente no artigo 6, “a” e “g”, o posicionando como um objetivo social do Estado; a Constituição do Peru (1992) prevê, nos artigos 2, inciso 22, e, nos artigos 66 a 69, que toda pessoa tem o direito a gozar de um ambiente equilibrado e adequado ao desenvolvimento da vida; a Constituição do Paraguai (1992) determina, nos artigos 7º e 8º, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado; a reforma constitucional da Argentina (1994) também incluiu no artigo 41 a 43 o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para as atividades produtivas; e, por fim, a constituição da Venezuela (1999) também pontua ser um direito e um dever de cada geração a proteção do meio ambien-

³⁷ Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos.

³⁸ Art. 411 – El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

³⁹ Art. 374, I – [...] Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos [...].

te. Toda pessoa tem direito individual e coletivo a disfrutar de uma vida e de um ambiente seguro, saudável e ecologicamente equilibrado (arts. 127 a 129).

4 Elementos comuns e traços distintivos do direito à água nas Constituições sul-americanas

Levando-se em consideração a análise dos textos constitucionais realizadas na seção anterior, nota-se que os países que reconheceram a água como direito fundamental fizeram-no nas mais recentes transformações constitucionais que ocorreram no subcontinente já no século XXI. Já as constituições e reformas constitucionais anteriores, promulgadas até o ano de 1999, limitaram-se ao reconhecimento do direito ao meio ambiente e/ou a previsões de políticas públicas para a preservação e conservação dos recursos hídricos de seus respectivos territórios nacionais. Esse fato aponta para dois pontos. O primeiro diz respeito ao processo de evolução aquisitiva do constitucionalismo democrático no século XXI, mesmo no interior de um determinado ciclo constitucional que, a partir de aberturas cognitivas no campo político, projetam-se, juridicamente, nos textos constitucionais. O segundo refere-se a uma determinada tendência de abertura cognitiva do constitucionalismo sul-americano à questão da água e à constitucionalização deste direito. De fato, alguns países da região que não reconheceram o direito à água em suas constituições estão discutindo fazê-lo por meio de emendas ao texto constitucional, como é o caso do Brasil e da Colômbia⁴⁰.

Um elemento comum, entretanto, entre as constituições sul-americanas é que nenhuma delas silencia sobre a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o terceiro ciclo do constitucionalismo da América do Sul é marcado pela “questão ambiental”, ou seja, pela constitucionalização da proteção ao meio ambiente. Embora essa proteção também se inscreva de modo diferente em cada texto constitucional, é certo que se trata de uma preocupação política fundamental comum aos países deste subcontinente. No âmbito dessa proteção ampla, a questão da água encontra-se subjacente, mesmo que de modo implícito, na medida em que esta e os recursos hídricos, de modo geral, constituem objeto de reflexão e preocupação do meio ambiente. Contudo, também é possível categorizar as constituições estudadas em dois grandes modelos de Estado, que se referem a dois modelos “epistemológicos” que as fundamentam. Ou seja, tratam-se de “modelos” de proteção constitucional ao meio ambiente em *lato sensu* e à água em *stricto sensu*: o Estado de direito ecológico/ambiental e o Estado de *Bien Vivir*.

A noção de um Estado constitucional ambiental ou Estado de direito ecológico/ambiental, como bem pontua José Rubens Morato Leite⁴¹, nasce a partir da constatação de que o ideal moderno de Estado de Direito não comporta e não é suficiente para tratar das questões ambientais emergentes na segunda metade do século XX e no século XXI. Esses conceitos surgiram no contexto alemão no âmbito da revisão da Lei Fundamental e introjeção do artigo 20a — que diz respeito à “proteção dos recursos naturais vitais e dos animais” —, e que se baseiam no princípio da sustentabilidade, para a construção de uma nova ética ecológica institucional. O conceito de Estado ecológico surgiu na Alemanha a partir da modificação no texto constitucional que inseriu a proteção dos recursos naturais vitais e dos animais, tendo sido criado e desenvolvido pelo jurista Klaus Bosselman. Nesse mesmo contexto, nasceu também o conceito de Estado

⁴⁰ No Brasil, a *Proposta de Emenda à Constituição n. 04/2018*, de autoria do Senador Jorge Viana (PT/AC) e outros, busca incluir, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais. Na Colômbia o *Proyecto de Acto Legislativo n. 14/2017*, inclui o artigo 11-A, dentro do Capítulo I, Título II da Constituição, que dispõe: Todo ser humano en el territorio nacional tiene derecho al agua, en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad. Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico conforme al principio de progresividad.

⁴¹ Para aprofundamentos, conferir: LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.

ambiental, criado pelo também alemão Michael Kloepper⁴².

Essa perspectiva teórica e normativa é construída com base no paradigma do desenvolvimento sustentável e pauta-se na ideia de “justiça ambiental”⁴³. Recentemente, a *World Commission on Environmental Law of International Union for Conservation of Nature (IUCN)*⁴⁴ publicou documento *World Declaration on the Environmental Rule of Law* que prevê os objetivos e instrumentos para a construção do Estado de Direito Ecológico. Nas palavras de José Rubens Morato Leite e Flávia França Dinnebier⁴⁵

nesta declaração foi estabelecido que o Estado de Direito Ecológico é fundamental para consecução dos direitos, deveres e governança global para proteção, preservação e conservação da natureza. Na declaração fica patente que a regulação clássica do Estado de Direito não é suficiente e exige várias outros pressupostos, tais como: 1. Desenvolvimento e estabelecimento de regulamentações claras, rígidas, eficazes, executáveis e de políticas administrativamente eficientes, justas e inclusivas, buscando melhores níveis de qualidade ambiental; 2. Medidas visando o cumprimento efetivo e não demorado da lei e da política ambiental, incluindo instrumentos criminais, civis, administrativos e demais; 3. Regras efetivas de acesso, participação e informação no processo de decisão e ao judiciário; 4. Monitoramento, relatório e avaliação Ambiental como instrumentos sistêmicos, integrativos e que evitem a corrupção.

Nesse sentido, o que distingue a clássica concepção de Estado de Direito dessa concepção de Estado Ecológico/Ambiental de Direito diz respeito no primeiro caso, “as obrigações jurídicas de proteção do ambiente reduziam-se ao dever de realizar um esforço para evitar danos ambientais e, na medida do possível, melhorar a qualidade do ambiente”⁴⁶; ao passo que, no segundo caso, “a obrigação é de alcançar resultados: resultados na prevenção eficaz de danos ambientais e de melhoria real da qualidade do ambiente”. Isto é, trata-se da ampliação das funções do Estado em direção à proteção do meio ambiente⁴⁷. Esse ambicioso objetivo “requer a adoção de todas as medidas necessárias para produzir mudanças, respeitar prazos e atingir metas”⁴⁸, impactando diretamente as ações e decisões da política institucional. Cabe pontuar que, nesse paradigma, a proteção do meio ambiente se inscreve numa dimensão antropocêntrica.

De outro modo, a concepção de Estado de *Bien-Vivir*, por um lado, dialoga com o Estado de Direito Ecológico/Ambiental, na medida em que pode ser lido como o diálogo evolutivo em relação a este último, mas, por outro, também rompe com alguns de seus pressupostos. O Estado de *Bien-Vivir* constrói-se com base na cosmovisão indígena, ou seja, no modo indígena de interpretar a vida em comunhão com a natureza, sendo distinta da visão antropocêntrica do Estado de Direito Ambiental/Ecológico. Trata-se de um processo de refundação do Estado que se assenta em uma perspectiva anticolonial e, como bem pontua o preâmbulo da Constituição boliviana, também antineoliberal, vai além do “bem-estar social”, e se harmoniza diretamente com a “vida em natureza”.

⁴² Para aprofundamentos, conferir: BOSSELMANN, Klaus. *The rule of law grounded in the Earth: ecological integrity as a ground-norm*. Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 Sept. 2013. London: Charles Darwin House, 2013; KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴³ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZZERA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

⁴⁴ WORLD ENVIRONMENTAL LAW CONGRESS. *World declaration on the environmental rule of law*. Rio de Janeiro: IUCN, 2016.

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 7.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 30.

⁴⁷ Para aprofundamentos, ver: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo da Silva. *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 30.

Como aponta Rubens Martínez Dalmau, o conceito de *bien vivir* — tradução literal de *Sumak Kawsay* no Equador e *Suma Qamaña* na Bolívia — significa literalmente “boa vida”, estando esta concepção em sintonia com “las culturas indígenas andinas de América del Sur y es recepcionada en Ecuador como *Bien vivir*”. Em efeito, é “puesto una cosmovisión de armonía de comunidades humanas con la naturaleza, no un ser humano o parte de una comunidad de personas que, por ahora, es un elemento que constituye la misma Pachamama, o Madre Tierra.”⁴⁹. Trata-se, portanto, de uma visão integral e complexa da vida e da experiência humana, que se relaciona, diretamente, com a Pachamama protegida e conservada⁵⁰.

As inovações do *Bien-Vivir*, positivadas nas constituições do Equador e da Bolívia, apontam para uma revisão da relação da humanidade com a natureza e da sua interdependência. Em termos teórico e epistemológicos pode-se falar de uma “virada biocêntrica”⁵¹ no constitucionalismo sul-americano, com a superação, ao menos do ponto do vista teórico, do antropocentrismo. Nesse aspecto, ao se construir um Estado de *buen vivir*, coloca-se em discussão o paradigma da modernidade, do desenvolvimento e do progresso econômico e técnico-científico, “e se abre para a necessidade de construir novas estruturas cognitivas para a vida social, ou seja, uma nova epistemologia, novas metodologias, novas práticas, ‘modos de fazer’ para a política e a técnica jurídica”⁵². Em termos práticos, trata-se da superação da lógica do mercado, expressa em grande parte dos setores político-econômicos⁵³.

Esse novo paradigma do constitucionalismo da América do Sul, que ficou conhecido como “constitucionalismo andino”, “novo constitucionalismo latino-americano” ou “constitucionalismo da diversidade”, imprime a emergência de um “novo” direito à água⁵⁴, na medida em que essas constituições “rompe[m] 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”⁵⁵. Trata-se de uma ruptura e deslocamento dos valores antropocêntricos, sendo “uma mudança radical em comparação aos demais regimes constitucionais na América Latina”⁵⁶. Nessas novas constituições, a água não é considerada mero “objeto de direito”, mas “sujeito de direito”⁵⁷, um “espacio de vida”⁵⁸ que possui direitos inerentes à

⁴⁹ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. 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. 1, p. 24-25, 2008. Para aprofundamentos, ver: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

⁵⁰ Como bem apontam Antonio Carlos Wolkmer, Maria de Fátima Wolkmer e Sérgio Augustin, “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”. AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 60.

⁵¹ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013. p. 81; Também ver: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9. *Anais...* Curitiba: ABDConst, 2010. p. 143-155.

⁵² MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013. p. 82.

⁵³ ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Água: un derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010. p. 18-23.

⁵⁴ AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 62.

⁵⁵ AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 63.

⁵⁶ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 30-31.

⁵⁷ Para aprofundamentos, ver: RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Mauricio. *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en Ecuador*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.

⁵⁸ QUIROLA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay: hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. In: ACOSTA, Alberto;

sua própria condição. A água, nesse contexto, considerada como direito fundamental (Equador) ou como direito *fundamentalíssimo* (Bolívia), encontra-se na centralidade desse processo mais amplo de edificação de uma nova cultura constitucional com forte apelo contra hegemônico⁵⁹.

Deve-se pontuar, portanto, que o ciclo constitucional nascido em 1980 na América do Sul abre o caminho para a construção de Estados de Direito Ecológico/Ambientais, na medida em que o meio ambiente tornou-se uma questão política fundamental. Nesse ciclo, as constituições do Equador e da Bolívia aperfeiçoam esse modelo a partir da contribuição das cosmovisões indígenas e refundam seus Estados na perspectiva do *Bien-Vivir*, que posiciona a água como direito fundamental e como uma questão central para esse novo modelo, que se inscreve em um “processus d’écologisation du droit de l’eau”⁶⁰, desenvolvido com base em um novo “approche écologique”.

Cabe pontuar, contudo, que o reconhecimento explícito do direito à água pelos três países sul-americanos possui aspectos distintivos. A Constituição do Uruguai encontra-se no modelo de Estado Ecológico/Ambiental no qual se inscrevem as demais constituições sul-americanas — com exceção do Equador e Bolívia — e reconhece o direito à água no paradigma antropocêntrico de relação da humanidade com a natureza. Já nas constituições do Equador e da Bolívia, que inauguram o modelo de *Bien-Vivir*, também se encontram diferenças pontuais. A principal diferença diz respeito ao fato de que a Constituição do Equador reconhece o direito “fundamental” à água enquanto que a Constituição da Bolívia vai além e reconhece o direito “*fundamentalíssimo*” à água. Em termos teóricos, pode-se dizer, adstrito a uma análise linguística, que o direito à água possui maior grau de relevância na Constituição boliviana que na equatoriana, pelo fato de a considerá-la “*fundamentalíssimo*”, o que se coloca como uma questão estimulante para a teoria da constituição contemporânea.

Desse modo, pode-se afirmar que a abertura cognitiva do constitucionalismo contemporâneo na América do Sul, tendo em vista a somatória de elementos comuns e traços distintivos na proteção do direito à água e da proteção dos recursos hídricos, oferece respostas pertinentes e congruentes a um grandioso desafio da humanidade — a proteção do direito à água —, com determinações inovadoras e pioneiras, enriquecendo o valor do patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

5 Considerações finais

O reconhecimento do direito humano e fundamental à água é um importante passo para o aprimoramento das políticas constitucionais que objetivam a sua efetivação e concretização. Nas constituições sul-americana, entretanto, esse direito somente é expressamente reconhecido por três países e apresenta peculiaridades em cada um dos respectivos textos constitucionais. Isso demonstra que o reconhecimento de qualquer direito fundamental está inevitavelmente ligado aos diálogos possíveis em cada contexto sociopolítico nacional que lhe projeta política e juridicamente. Da mesma forma, permite olhar para a América do Sul como um subcontinente marcado por uma pluralidade de perspectivas jurídicas, de movimentos, atores e interesses multifacetados, que se plasmam em um efetivo caleidoscópio jurídico.

Embora a proteção constitucional da água não ocorre expressamente em todos os textos constitucionais sul-americanos, cabe pontuar que o seu não reconhecimento formal, entretanto, não impede — mas, pode efetivamente dificultar —, o desenvolvimento de políticas públicas nacionais para a proteção dos recursos

MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 104-105.

⁵⁹ Cfe. SILVA, Klaus Pereira da; GUEDES, Ana Lucia. Buen vivir andino: resistência e/ou alternativa ao modelo hegemônico de desenvolvimento. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 682-693, 2017.

⁶⁰ Cfe. AMIRANTE, Domenico. Les problèmes généraux soulevés par l’eau: une approche juridique. *Annuaire Européen d’Administration Publique*, n. 33, 2010. p. 28.

hídricos. Cabe pontuar, contudo, que, com exceção da Guiana e Suriname, os demais países sul-americanos reconheceram o direito humano à água no plano internacional, que, apesar de ter sido realizado por meio de uma Resolução da Assembleia Geral da ONU e não possuir efeito juridicamente vinculante, impõe o compromisso político a estes Estados de assegurá-lo a toda sua população. Da mesma forma, uma das características do terceiro ciclo do constitucionalismo da região é a constitucionalização do meio ambiente por todos os textos constitucionais vigentes desde a década de 1980, que introduz, por si só, uma proteção, mesmo que implícita, subjacente e precária, do direito à água e dos recursos hídricos nesses países. Nesse sentido, pode-se dizer que a proteção do meio ambiente constitui elemento da identidade constitucional sul-americana.

Respondendo à pergunta de pesquisa realizada na introdução deste trabalho: “pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região?”, a resposta é em parte negativa. Isso porque observar-se que a proteção constitucional do direito à água é uma preocupação recente do constitucionalismo em termos mundiais, tendo sido positivado nos textos constitucionais sul-americanos de forma pioneira a partir do ano de 2004 no Uruguai e nas constituições do Equador e Bolívia, posteriormente promulgadas. Entretanto, pode-se afirmar que, embora a proteção comum de todos os países ainda não seja uma realidade, ela se projeta como uma tendência jurídica de abertura cognitiva do próprio constitucionalismo democrático contemporâneo, da mesma forma que a proteção constitucional do meio ambiente em *lato sensu* também o é.

Cabe também pontuar que permanecem interrogativos sobre a proteção constitucional do direito à água nos países sul-americanos que a reconhecem como direito fundamental, sobretudo quando se remente às realidades do Estado de *Bien-Vivir*: a superação, ao menos do ponto de vista formal, do antropocentrismo representa um rompimento ou uma nova fase do paradigma da modernidade jurídica e, portanto, do constitucionalismo moderno? A virada biocêntrica se posiciona no âmbito do terceiro ciclo do constitucionalismo sul-americano ou pode ser o impulso para se conceber um novo ciclo do constitucionalismo na América do Sul e também na América Latina? Qual o sentido e significado da categoria “direito *fundamentalíssimo*” e de que modo ela se diferencia de um “direito fundamental” e de que modo essa discussão pode enriquecer a teoria constitucional contemporânea? Esses questionamentos se projetam como profundas questões para a Teoria da Constituição e para o Direito Constitucional contemporâneos.

Em efeito, o reconhecimento do direito constitucional à água pelas constituições sul-americanas representa uma grande contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo, da mesma forma que se coloca como um pujante desafio para os países que o reconhecem e, da mesma forma, para o constitucionalismo do século XXI.

Referências

- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Água: un derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.
- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZZERA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.
- AMIRANTE, Domenico. Les problèmes généraux soulevés par l'eau: une approche juridique. *Annuaire Européen d'Administration Publique*, n. 33, 2010.
- ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas di-*

mensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.

ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (orgs.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo da Silva. *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARLOW, Maude. *Blue gold: the fight to stop the corporate theft of the world's water*. New York: The New Press, 2002.

BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

BOSSELMANN, Klaus. *The rule of law grounded in the Earth: ecological integrity as a grundnorm*. Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 Sept. 2013. London: Charles Darwin House, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SERNA DE LA GARZA, José Maria. Globalización y derecho constitucional comparado. In: ASTIDULO REYES, César; CARPIZO, Jorge (coords.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília: IBDC, 2010.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.

GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

MARTÍNEZ-ALIER, Joan; SEJENOVICH, Héctor; BAUD, Michiel. O ambientalismo e o ecologismo na América Latina. In: CASTRO, Fábio de; HOGENBOOM, Barbara; BAUD, Michiel (coords.). *Governança ambiental na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 39-72.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. 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. 1, p. 24-25, 2008.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013.

- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A refundação do Estado e o pluralismo no novo constitucionalismo latino-americano. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 1, 2017.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.). *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*. Curitiba: Prismas, 2015. p. 52-75.
- MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Agua e Derechos Humanos*. 2012. p. 385-404.
- MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos: governança democrática na crescente interdependência global. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Sostenibilidad ambiental urbana*. Sevilha: ArCiBel, 2012. p. 515-557.
- MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. Constituição da Colômbia de 1991. In: SADER, Emir *et al.* *Latinoamericana: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- ORTEGA, Guillermo; PORTILLO, Ana. *El agua ¿bien común o mercancía?* Asunción: CLACSO, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay: 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.
- RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Mauricio. *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en Ecuador*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.
- SACHS, Wolfgang. *The development dictionary: a guide to knowledge as power*. London: Zed Books, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- SILVA, Klaus Pereira da; GUEDES, Ana Lucia. Buen vivir andino: resistência e/ou alternativa ao modelo hegemônico de desenvolvimento. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, 2017.
- TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.
- UNITED NATIONS. General Assembly. 108th Plenary meeting. *Official Records A/64/PV.108*, New York, 2010.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul./dez. 2008.
- WORLD ENVIRONMENTAL LAW CONGRESS. *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. Rio de Janeiro: IUCN, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Turino: Einaudi, 1992.