

Na encruzilhada das águas e dos conhecimentos tradicionais: necessários diálogos e controle social¹

Sandra Akemi Shimada Kishi²

“A partir da crise ambiental, vista como sintoma dos limites da racionalidade científica e instrumental, a complexidade ambiental emerge como o potencial da articulação sinérgica da produtividade ecológica, da organização social e da potência tecnológica para gerar uma racionalidade ambiental e uma ordem produtiva sustentável” (Enrique Leff, Epistemologia ambiental, Cortez Editora, 2001, p. 207).

Sumário: Introdução – I) Natureza jurídica e regime de “dominialidade” das águas e do patrimônio genético e do conhecimento tradicional a ele associado; II) Improriedades no sistema de gestão das águas e do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade; III) Estrutura institucional da gestão das águas e do acesso ao conhecimento tradicional – colegiados sem representação paritária e não participativo; IV) acesso a informações, transparência e controle social e necessários diálogos entre águas e saberes tradicionais; V) Conclusão.

Introdução:

O Brasil é o país mais rico em diversidade biológica no planeta. Considerando os 17 países de maior biodiversidade, dentre os quais figuram os Estados Unidos, China, Índia, África do Sul, Indonésia, Malásia, o Brasil ocupa a primeira posição com

¹ O presente estudo é dedicado a Enrique Leff, por suas inspiradoras lições que nos levam a novas formas de reconstrução originais de vidas, voltados a primados de justiça socioambiental e sustentabilidade, permeada por imprescindíveis interações e diálogos multiculturais entre atores sociais e gestores públicos, valorizando-se a alteridade e a democracia num concerto harmônico intercêntricas, inclusive aquelas dos povos tradicionais e minoriais sociais, redescobrimo essências e simples metodologias e alternativas nos enfrentamentos desafiantes e complexos da vida moderna. As concepções de Enrique Leff pautam nossas ideias em premissas éticas de desenvolvimento sustentável e nos convidam a novos olhares para transformações. O texto foca necessárias mudanças em governanças hídrica e dos conhecimentos tradicionais, irmanadas epistemologicamente e carentes de necessários diálogos entre águas e saberes tradicionais.

² Procuradora Regional da República, mestre em direito ambiental, representante do Ministério Público Federal (MPF) no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) e gerente do Projeto Qualidade da Água do MPF.

larga margem de diferença, eis que detém em torno de 20% do total de espécies do planeta. Apenas para ilustrar, enquanto a Suíça tem apenas uma planta “endêmica”, a Alemanha, 19 e o México, 3000, o Brasil, tão somente na Amazônia tem 20.000 espécies que só ocorrem naquele bioma. Demais disso, nosso país possui um potencial de 2 trilhões de dólares enraizado em sua flora e fauna.³

Hoje 25% dos produtos comercializados têm suas origens em recursos biológicos. No processo de mundialização econômica, 73% do mercado, no Brasil, são ocupados por empresas estrangeiras. Se nenhuma empresa brasileira tem condições de competir no mercado para o desenvolvimento tecnológico de um novo produto, o que dizer dos povos tradicionais, detentores verdadeiros dos conhecimentos e das técnicas tradicionais associados aos recursos naturais?⁴

Para pioria da situação da crise de governança dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos coletivos imemoriais, em violação de seu direito à autodeterminação, está em trâmite no Congresso Nacional (ora no Senado Federal) um projeto de lei⁵ que despreza a garantia fundamental da consulta prévia aos povos tradicionais, sem o devido reconhecimento da outricidade, parafraseando Leff, e da alteridade.

De outro lado, no que atina ao direito humano fundamental de acesso à água potável e ao saneamento básico, duas em cada três pessoas não terão acesso à água até 2025; 18% da população mundial não tem acesso à água de qualidade; 1,5 milhão de seres humanos está privado do acesso direto à água e 2,5 bilhões não contam com soluções para os esgotos sanitários.⁶

A Convenção da ONU de 1997 sobre águas destaca a disputa das águas vislumbradas a escassez e a possibilidade de um colapso hídrico de âmbito global. Todos os cenários, mesmo os mais otimistas, apontam que hodiernamente vários países, em todos os continentes do globo estão em situação descrita como de “stress” hídrico. Concentram-se no Brasil 13% de águas doces do planeta, mas 80% disto encontram-se somente na região hidrográfica amazônica⁷, enquanto no Sudeste, a relação se inverte, sendo que a maior concentração populacional do país tem disponível 6% do total da água. Na zona costeira a água potável está cada vez mais rara e mais cara.⁸ A água, como um bem vital à humanidade e em seu referencial econômico e jurídico, está sujeito à gestão pelo Poder Público que deve estabelecer critérios para garantia de usos múltiplos, estabelecendo, especialmente em tempos críticos de crise, objetivas regras

³ ARNT, Ricardo, *Tesouro Verde*, reportagem de capa da Revista Exame, edição 739, ano 35, nº 9, São Paulo: Editora Abril, 2 de maio de 2001, p. 54.

⁴ VARELLA, Marcelo Dias, Viabilização de mecanismos de troca: biodiversidade x desenvolvimento. Dissertação de mestrado apresentada ao Centro de Ciências jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de mestre em direito, Florianópolis, 1998, p. 156.

⁵ Conhecido como o novo marco legal da biodiversidade, o Projeto de lei 7735/2014 está em votação no Congresso Nacional, atualmente no Senado Federal que recebeu a numeração PLS 29/2015.

⁶ D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo, *Água Juridicamente Sustentável*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

⁷ http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=12365, último acesso em 20.04.2015.

⁸ <http://www.socioambiental.org/esp/agua/pgn/>, último acesso em 20.04.2015.

para usos mínimos necessários para faixas de usos prioritários dentro do que possa ser considerado como consumo humano e dessedentação de animais, com garantia de acesso qualitativo e quantitativo a todos. O Brasil posicionou-se na sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas pelo direito à água e ao saneamento básico como intrinsecamente ligados aos direitos à vida, à saúde, à alimentação e à moradia adequada. Nesta sessão em 28.7.2010, a Assembleia Geral nas Nações Unidas editou a Resolução 64/292⁹, tendo reconhecido o direito à água como um direito humano fundamental.

O respeito aos direitos e garantias dos povos tradicionais, no âmbito internacional está expresso na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, por resolução editada em 1986¹⁰. Com efeito, logo em seu artigo 1º, nos itens 1 e 2 está prescrito que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e implica na plena realização do direito dos povos à autodeterminação, nele considerado o direito de soberania sobre as suas riquezas e recursos naturais. Significa dizer que o desenvolvimento pressupõe a necessária proteção da sobiobiodiversidade, que busca tutelar a vida em suas diversas formas, com imprescindível equidade social, que por sua vez, pressupõe seja levada em conta a vulnerabilidade de certos grupos sociais, como é o caso dos povos tradicionais.

A Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais, adotada em Genebra em 1989 e que no Brasil é norma com força cogente¹¹, determina que os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições, bem estar espiritual e as terras que ocupam, com o controle, na medida do possível do seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da elaboração, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente, sendo que neles a melhoria das condições de vida, de trabalho, de saúde e educação dos povos interessados deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões em que moram (art. 7º, itens 1 e 2). Diante disso, verifica-se que o desenvolvimento econômico global efetivamente sustentável pressupõe, não apenas o respeito, mas mais do que isso, a valorização e a prioridade do próprio desenvolvimento econômico, social e cultural desses povos tradicionais, como resultado de sua relação intrínseca com os recursos naturais, o que será possível de se atingir com a decisiva participação e controle coletivo também por esses povos na gestão ambiental e dos recursos hídricos, que já pressupõe, aliás, pela Lei 9433/97, que no Brasil seja efetivamente participativa e compartilhada, e fazer jus a justos quinhões de benefícios, de forma justa e equitativa, pela utilização sustentável dos recursos naturais, à luz da Convenção da Diversidade Biológica¹², sem desconsiderar a cooperação do Estado. A

⁹ 108ª sessão plenária, com 122 votos favoráveis e 41 abstenções.

¹⁰ Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

¹¹ Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/06/2002, tendo entrado em vigor no Brasil em 25 de julho de 2003 com a sua ratificação e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

¹² Contemplado no art. 8º, j, art. 15, inc.7 e art. 19, inc. 2 da Convenção da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992 e ratificada pelo Congresso

justiça socioambiental e o controle pela sociedade da gestão das águas e do acesso aos conhecimentos tradicionais só serão efetivos com a participação dos povos tradicionais em todos os níveis de decisão, desde o planejamento dos programas e planos de desenvolvimento nacional, regional e local que lhes afetem direta ou indiretamente.

É essa realidade que nos instiga a refletir sobre os parâmetros jurídicos e contornos normativos que eficazmente devem proteger a integridade do patrimônio genético e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela efetividade do direito ao desenvolvimento dos povos tradicionais e de seus conhecimentos tradicionais e do direito à água de qualidade e ao saneamento, direitos humanos fundamentais que são. Crucial também nesse debate é a gestão do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e do acesso à água de qualidade e ao saneamento básico, diante da interação eficiente dos órgãos envolvidos no desenvolvimento das políticas públicas desses setores, numa verdadeira governança hídrica e socioambiental, já que, em verdade, a sociedade não se depara frente a uma crise de escassez de água ou de aparente falta de regulação no acesso aos conhecimentos tradicionais, mas sim, diante de uma extrema crise de governança.

I - Natureza jurídica e regime de “dominialidade” das águas e do patrimônio genético e do conhecimento tradicional a ele associado

O enfrentamento da questão da natureza jurídica dos recursos genéticos para fins de pesquisa ou bioprospecção e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade é importante para posterior resolução de relevantes desafios ligados à facilitação do acesso às informações e à “dominialidade” sobre tais bens jurídicos. Tanto as gestões de recursos hídricos quanto do acesso aos conhecimentos tradicionais podem resultar em ofensa a direitos constitucionalmente consagrados, se conjugados com equivocadas cláusulas de sigilo, das quais se valem alguns gestores, concessionárias, usuários e órgãos ambientais oficiais, mesmo sob a vigência da Lei de acesso a informações, Lei 12527/2011, que impõe como regras a transparência e a facilitação do acesso a informação.

É inegável que valorações éticas necessariamente permeiam, e isso é fundamental, qualquer utilização de componentes da natureza e da sociobiodiversidade, dentre os quais, as águas e os conhecimentos tradicionais a eles associados. Afinal, o que está em jogo é o uso de substratos mínimos de vida, componentes de seres vivos. Por razões óbvias, pois biodiversidade é vida. E, no nosso sistema jurídico, o patrimônio genético, assim como as águas, detem o mesmo tratamento jurídico conferido a todo bem ambiental, ou seja, bem de uso comum do povo. Disto, várias consequências jurídicas são extraídas como veremos.

A Convenção da Biodiversidade¹³ define material genético como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”. Recursos biológicos, segundo a referida Convenção, “*compreende*

Nacional pelo Decreto legislativo n. 2, de 3.2.1994, entrando em vigor em 29 de maio de 1994 no Brasil e promulgada pelo Decreto 2.519, de 16.3.1998.

¹³ A Convenção da Diversidade Biológica, também conhecida como Convenção da Biodiversidade foi assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 2, de 03/02/1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 29 de maio de 1994. Foi promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.

recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade”, os quais, por sua vez, englobam os recursos genéticos que significam “todo material genético de valor real ou potencial”. Representam “uma armazenagem de conhecimento quer seja nos fenótipos (individualização de plantas e animais), que constituem a matéria tangível propriamente dita, quer seja nos genótipos que constituem a informação de constituição genética das espécies de plantas e animais”¹⁴.

O patrimônio genético significa, portanto, a própria expressão da variabilidade ou das diferenças das formas de vida existentes no planeta, resultado dos processos de interação com as diferentes espécies e ecossistemas. Tal motivação reforça as características de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade, marcando como de interesse público e voltados ao primado da sustentabilidade, os atributos atinentes a esse bem ambiental, subordinados que estão a uma peculiar disciplina para a consecução de um fim público.

Tais bens, nos quais se inclui as águas, também chamados de bens de interesse público, agregam àquela categoria jurídica alguns outros valores. José Afonso da Silva bem destaca essa nova categoria de bens, os de interesse público, com apoio nas lições de Massimo Severo Giannini e Gastone Pasini, “na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens de sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público. Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhe o uso, de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de *circulação controlada* e os de *uso controlado*”.¹⁵

A despeito de tal peculiar regime jurídico pode-se asseverar, então, que o titular da detenção privada desses bens de interesse público, jamais poderá dispor da sadia qualidade do meio ambiente, diante da universalidade de uso comum do povo. Considerando o conteúdo jurídico do direito de propriedade privada expresso no exercício do uso, gozo e disposição dos bens ambientais, podemos concluir que não existirá domínio pleno sobre tais, porquanto o uso sempre será coletivo e voltado à durabilidade da sadia qualidade de vida.¹⁶

O primeiro parágrafo do preâmbulo da Convenção da Biodiversidade reconhece o valor intrínseco da diversidade biológica, também em suas dimensões social e cultural.

A esta dimensão material se agregam o conhecimento, as inovações e práticas consuetudinárias sobre a biodiversidade biológica, uma dimensão imaterial de saberes de populações que vivem nesse ambiente biodiverso de ecossistemas e suas espécies. Nesse sentido, “o conceito abrange uma quarta dimensão, a cultural, representada pelos

¹⁴ WOLF, Maria Thereza, *A Biodiversidade na Propriedade Intelectual*, Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 18, set/out 1995, p. 41.

¹⁵ SILVA, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 56.

¹⁶ Kishi, Sandra Akemi Shimada, *Tutela Jurídica do Acesso à Biodiversidade e ao Conhecimento Tradicional no Brasil*, dissertação aprovada para a obtenção de título de mestre em direito, sob a orientação de Paulo Afonso Leme Machado, UNIMEP, 2003, p. 140.

valores, visões de mundo, conhecimentos e práticas que têm íntima relação com o uso direto e os processos relacionados à biodiversidade”.¹⁷

Cabe entender que são sistemas que evoluíram integrada e simultaneamente, o biológico, ambiental, social, econômico e o cultural. Portanto, não se pode conceber conhecimentos tradicionais, biodiversidade e águas senão sistemicamente.¹⁸ Águas, afinal, são também elementos da biodiversidade.

À luz do reconhecimento e valorização desses novos direitos, assevera Helita Barreira Custódio que o direito sanitário, associado às progressivas exigências socioeconômicas e sanitário-ambientais, foi ampliado e consolidado pela vigente Magna Carta, que introduziu de forma inovadora relevantes princípios e regras reguladores de um conjunto de ações e serviços de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social e à sadia qualidade de vida. Tudo, segundo a culta jurista, em harmônica noção, visando a proteger a vida presente e futura como inviolável direito fundamental da pessoa humana, individual, coletiva e publicamente considerada. Conclui a autora acentuando que: “torna-se patente que, por força dos novos ramos do Direito (*norma agendi*) em apreciação, tanto o direito à saúde como o direito ao meio ambiente saudável constituem novos e relevantes direitos a todas as pessoas, individual, coletiva ou publicamente consideradas, como direitos fundamentais relacionados com a incolumidade da vida (CF, artigos 5º, 196, 225)”.¹⁹

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, com apoio na doutrina de José Rubens Morato Leite, que elucida: “Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que significa para todos essa qualificação? Significa que, para a efetividade deste direito, há necessidade da participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito”.²⁰

O acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais só será equilibrado e a necessária repartição de benefícios só será justa e equitativa com o devido controle social e por parte do Estado.

Do mesmo modo, conforme o art. 1º, I, da Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos: “A água é um bem de domínio público”. Isto remete à conclusão de que a água já não pode ser usada livremente por cada um, como um bem privado e assim como os recursos naturais e a sociobiodiversidade também não podem ser considerados simples mercadorias ou matérias primas, porquanto o uso há de ser sustentável, com

¹⁷ SOUZA, Gabriela Coelho de *et al.* Conhecimentos tradicionais: aspectos do debate brasileiro sobre a quarta dimensão da biodiversidade. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard (Coord.). *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

¹⁸ KISHI, Sandra Akemi Shimada, *Acervo Digital de Conhecimentos Tradicionais, Sítio Cultural de Memória Tradicional, Acesso a Conhecimentos Tradicionais de Publicações e outras questões atuais*, in CUREAU, Sandra, Kishi, Sandra Akemi Shimada, SOARES, Inês Virgínia Prado e LAGE, Claudia Marcia Freire (coord), *Olhar Multidisciplinar sobre a Efetividade da Proteção do Patrimônio Cultural*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 148.

¹⁹ CUSTÓDIO, Helita Barreira, *Direito à Saúde e Problemática dos Agrotóxicos*, *Revista de Direito Sanitário*, vol. 2, n.3, São Paulo: Editora LTR, novembro de 2001, p. 22.

²⁰ 165 LEITE, José Rubens Morato, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2003, p. 88.

benefícios compartilhados equitativamente.²¹

Um contrato mundial global contra a mercantilização da água é proposta por Ricardo Petrella, baseado na premissa de a água ser um patrimônio global comum e vital, e critica a transformação da água em mercadoria como uma afronta aos direitos humanos, que leva à desigualdades no acesso e no consumo, além do monopólio hídrico nas mãos de grandes empresários.²²

Destarte, não se pode cogitar de regime de propriedade privada das águas no nosso sistema. O fato da Lei 9.433/97, a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, ter estipulado que a água é um bem de domínio público não significa que esses bens pertençam ao Estado.

A Lei 6938/81 diz que o meio ambiente é o conjunto de bens formado pela água, pelo ar, pelo solo, pela fauna, pela flora, pelos ecossistemas, pelos monumentos de valor histórico-cultural, os quais são, em sua maioria, os elementos corpóreos que compõem o meio ambiente. Este, para o nosso direito, é um conjunto de relações e interações que condiciona a vida em todas as suas formas. É, pois, o meio ambiente essencialmente *incorpóreo e imaterial*.²³

A par de se submeterem o bem ambiental incorpóreo e seus componentes corpóreos a regimes jurídicos distintos e próprios, geralmente estes estão sujeitos a legislação especial no Brasil, como por exemplo, o Código Florestal, o Código de Águas, o Código de Minas, a Lei de Proteção à Fauna, os quais protegem respectivamente, as florestas, as águas, os recursos minerais, a fauna. Essas legislações específicas, no entanto, não protegem os microbens em si mesmo considerados, mas sim, esses bens jurídicos enquanto indispensáveis à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, num necessário concerto sinérgico de bens ambientais para a proteção harmoniosa do todo.²⁴

As águas não são bens ambientais de propriedade do poder público. Essa conclusão se extrai da interpretação sistemática do prescrito no *caput* do art. 225, da CF/88. São bens de interesse público, voltados ao bem-estar da sociedade. Não há como desconsiderar essa universalidade e aplicar ao bem ambiental “águas” um regime jurídico diferente do preconizado na Constituição Federal que é o dos bens de uso comum do povo, jungido à proteção ao meio ambiente sadio.

Para a efetivação do primado da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou se protege toda a sua universalidade, composta dentre outros, do microbem “água” e suas inter-relações, numa intrínseca integração, ou se escapa do regime jurídico consagrado no *caput* do comando constitucional do art. 225, qual seja, do regime jurídico do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo, dotado de

²¹ REBOUÇAS, Aldo da Cunha, *Proteção dos Recursos Hídricos*, in BENJAMIN, Antonio Herman V. E MILARÉ, Édís (coord.) *Revista de Direito Ambiental*, n. 32, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez. 2003, p. 43.

²² PETRELLA, Ricardo. O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 21.

²³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery, *Ação Civil Pública e Reparação do dano ao Meio Ambiente*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

²⁴ *Ibid.*, p. 13 e 15.

políticas públicas de sustentabilidade no uso das águas e dos conhecimentos tradicionais, os dois bens jurídicos que aqui dialogam harmoniosamente. Com efeito, os povos tradicionais tem uma intrínseca relação com a natureza e a sociobiodiversidade, numa interdependência em tal grau que qualquer alteração na qualidade ou na quantidade de água será sentida imediatamente, em especial, pelas comunidades tradicionais, as primeiras vítimas e, portanto, os mais vulneráveis. Portanto, o bem ambiental água, assim como os demais recursos naturais, detém a natureza de bem de uso comum do povo. As águas brasileiras submetem-se ao mesmo regime jurídico de bem de uso comum do povo, marcado pela indisponibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, não passível de apropriação individual, se sem função social e ambiental, mas tão somente de fruição e gozo coletivo, e dirigido à qualidade sadia de vida, como constitucionalmente prescrito.

No regime jurídico de bem de uso comum do povo, as águas, portanto, pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário desses bens é o povo; à Administração Pública está confiada a sua guarda e gestão²⁵. A Administração Pública não é proprietária das águas. Às águas não se aplica o regime jurídico de direito real de propriedade, não há relação de domínio, e tampouco podem ser geridas exclusivamente pelo Estado ou por um grupo de empresas privadas.

Essa atividade gestora do Poder Público é informada pelo princípio da equidade intergeracional, de forma que as medidas de polícia administrativa sejam voltadas à garantia do direito de todos utilizarem os bens comuns equitativamente, limitando o uso da água quando necessário, com vistas a assegurar a utilização desse bem ambiental pela sociedade futura, em mesmo nível quantitativo e qualitativo. Nessa gestão tanto das águas, como do acesso ao conhecimento tradicional, as responsabilidades não de ser igualmente compartilhadas, de modo a que políticas públicas ou privadas de financiamento ou os benefícios a serem repartidos tenham independente monitoramento e o devido controle social para que atendam ao primado da sustentabilidade. Afinal, assim prescreve a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu artigo 216-A: O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012).

Com efeito, “o ente público não é proprietário, senão no sentido puramente formal (tem o poder de autotutela do bem), na substância é um simples gestor do bem de uso coletivo”.²⁶

Neste diapasão, a dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos²⁷. Ademais, o direito de uso da água, além de razoável e equitativo, deve atender à sua função socioambiental, limitada à sua correta

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Edição Histórica, 4ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, p. 301.

²⁶ *Apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 13ª edição, 2005, p. 431.

²⁷ *Ibid.*, p. 431.

utilização.

Com efeito, não há a mínima sustentabilidade, sob o enfoque jurídico em especial, na apropriação privada da água, porquanto a ONU, como já dito, por sua Resolução 64/292, de 28.8.2010 reconheceu o “direito à água potável e ao saneamento com o um direito essencial para o pleno aproveitamento da vida e de todos os direitos humanos”.

E há de se reconhecer que esse direito fundamental à água potável está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como parte do conteúdo mínimo do direito à dignidade da pessoa humana (artigo 1, III, CF).

Por sua vez, na temática do acesso aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional a inter-relação da proteção dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente é ainda mais evidente, na medida em que invoca, assim como na gestão de recursos hídricos²⁸, a estruturação de uma verdadeira cooperação interciências (direito, biologia, antropologia, etnologia, medicina, agronomia, etc.) com o freqüente diálogo das ciências humanas, para a definição da referência metodológica de planos de desenvolvimento sustentado e da durabilidade, tendo em mira também as futuras gerações. O processo de interação entre a biodiversidade e sociodiversidade emerge como evidente à linha de discussões em matéria de acesso à diversidade biológica. Em sede de acesso aos recursos biológicos é impossível abstrair da preservação do ambiente sadio a presença humana nele existente e que com ele interage.

Restringindo-se aqui à análise apenas do preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica²⁹ observam-se vários conceitos importantes atinentes à preocupação com o direito humano fundamental. No enunciado preambular dessa Convenção foi dada uma valoração intrínseca à biodiversidade, tomada não mais como matéria-prima apenas, mas pelo seu valor essencial para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera. Em vários outros enunciados constantes do preâmbulo da Convenção da Biodiversidade pode ser verificada a preocupação com os direitos humanos fundamentais, valendo citar as seguintes expressões ali prescritas: “valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo, estético da diversidade biológica”. Nem mesmo o valor econômico da biodiversidade escapa do valor humano protegido, na medida em que a valoração econômica da biodiversidade permite que durante todo o processo, desde o acesso até a efetiva utilização dos recursos biológicos, sejam efetiva e equitativamente compensados os valores humanos, afastando-se a retórica de cumprimento de dever ético para com a humanidade, num primeiro momento, e, de cumprimento de dever monetário às empresas, num segundo posterior.³⁰ O sustentável deve permear todas as etapas, desde em nível dos planos e projetos, até a utilização do bem.

²⁸ Portaria 40, de 19 de janeiro de 2015 da Procuradoria Geral da República aprovou o projeto Qualidade da Água, justamente com objetivos, dentre os quais se destaca o da cooperação interciências e institucional com imprescindíveis diálogos entre os valores humanos, os saberes culturais, os gestores ambientais e em recursos hídricos e poder pública, numa estratégia de reconstrução de uma nova ordem ou pacto social sobre águas.

²⁹ A Convenção da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 05.06.1992, está incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, visto que ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 2, de 03.02.1994 e promulgada pelo Decreto 2.519, de 16.03.98 (DOU de 17.03.98).

³⁰ ALENCAR, Gisela S. de, Biopolítica, Biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafio para Implementação, in BENJAMIN, Antônio Herman V.

Com efeito, como preleciona Enrique Leff, a ciência se constrói através de objetos de conhecimento; a economia trata a natureza como recursos naturais, como objetos de trabalho, como matérias-primas. Com essa racionalidade, fragmentamos o conhecimento do mundo e com esse conhecimento intervimos.³¹ E ainda lembra Leff, que ecologistas ressaltam o crescimento econômico destrutivo e sem limites pela crise ambiental. Já o discurso do desenvolvimento sustentável assevera que a destruição ecológica não foi decorrente de falhas e imperfeições do mercado, mas sim da ineficiência e da corrupção do Estado. A economia, no entanto, não valoriza a produtividade ecológica para além dos serviços oferecidos pelas florestas para o sequestro de dióxido de carbono e como “recurso ecoturístico” ou como matéria prima. Essa racionalidade é a que impera e acaba gerando desconhecimento de sua real causa.³²

Reconhecer a natureza jurídica de direito humano fundamental à proteção da sociobiodiversidade desafia políticas públicas e setores da economia a considerarem todas as implicações ecológicas de seus atos, desconstruindo conotação existencial da sustentabilidade e reconstruindo-se outra, que está a caminho, com mais emoção e espiritualidade para a mais adequada interpretação da lei, porquanto sem água não resistirá a sociedade e tampouco a economia.

Nas palavras de Gerd Winter, “sacrifícios da natureza, utilizados para o destaque na economia a curto prazo ou para interesses sociais, podem tornar-se destrutivos para a própria economia e sociedade, a longo prazo. (...) Água, solo, atmosfera e a biodiversidade poderiam inferiorizar-se na lista das prioridades. A natureza não irá se importar, pois a natureza não tem uma mente. Porém, contra tais acordos, ela simplesmente irá recusar-se a fornecer os recursos. Ela vai privar os outros dois pilares (economia e sociedade) dos países em desenvolvimento de seu fundamento (recursos naturais).”³³

Há mais expressões que se reportam à diversidade biológica como um direito humano fundamental. Vejam-se quantas referências apenas no preâmbulo da Convenção: “conscientes também, da importância da diversidade biológica para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera”; “a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum a humanidade”; “plena participação da mulher”; “erradicação da pobreza”; “necessidades de alimentação, de saúde e de outra natureza da crescente população mundial”; “paz da humanidade”; “benefício das gerações presentes e futuras”.

A preocupação da interrelação do homem com a biodiversidade justifica-se não só pelo valor intrínseco e essencial que a diversidade biológica representa para a vida na terra, bem assim pela perda dos recursos naturais e dos serviços ambientais vitais ao homem. Se a primazia é da norma mais protetiva às vítimas e se já asseverado aqui que os povos tradicionais, em especial os povos indígenas, as comunidades ribeirinhas e as comunidades de pescadores artesanais, pela intrínseca interdependência em relação às águas, em nível social, político, econômico, cultural e espiritual, serão os

e MILARÉ, Édis (Coord.), *Revista de Direito Ambiental*, ano 1., nº 3, São Paulo: Editora RT, 1996, p. 93.

³¹ LEFF, Enrique, *Discursos Sustentáveis*, São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 98.

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ WINTER, Gerd, *in* *Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeia*, MACHADO, Paulo Affonso Leme e KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org), Campinas/SP: Millennium Editora, 2009, p. 5.

primacialmente afetados em caso de poluição hídrica ou crises de escassez, então, temos que, nessa linha de raciocínio, prioriza-se a interpretação axiológica e teleológica, dirigida, sempre à prevalência da norma que mais eficientemente proteja a dignidade da pessoa humana.³⁴ Aliás, essa orientação se aplica nas equações de aparentes colidências de direitos pelo princípio do mínimo existencial ecológico, se protetivo da dignidade da pessoa humana, sobrepujando-se à qualquer alusão à reserva do possível frente ao mínimo ecológico de proteção pautada na dignidade da sociobiodiversidade.

Nessa linha garantista, a Constituição da República de 1988 prescreve que a titularidade do meio ambiente seja dada como bem de uso comum do povo. O comando constitucional orienta para a utilização correta do meio ambiente, dotada de função socioambiental e voltada ao primado da durabilidade da sadia qualidade de vida. Como bem observado por Paulo Affonso Leme Machado a “universalização dos direitos individuais, sociais e difusos é uma das características da Constituição de 1988”.

A despeito desse dever universal de desenvolvimento sustentado, assevera Fábio Konder Comparato que o cumprimento desse dever “não pode ser deixado por conta do livre funcionamento dos mercados. É o Estado que deve atuar, precipuamente, como o administrador responsável dos interesses das futuras gerações”.³⁵ Diante da universalidade desse dever e da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público, ressalta Paulo Affonso Leme Machado que “A gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas da poluição. Os países, tanto no Direito interno quanto no Direito Internacional, tem que intervir ou atuar”.³⁶

O meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto, é um bem que não está na esfera de disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada, nem de pessoa pública.³⁷

Tal qualificação normativo-constitucional ao meio ambiente, conferindo-lhe natureza jurídica de bem de uso comum do povo repercute no princípio da intervenção obrigatória do Poder Público. Na medida em que o meio ambiente é de uso comum, não há titularidade plena e não pode ser um bem público.

O termo “uso comum” vem num sentido de qualificar esse uso para o bem-estar geral. Trata-se de um bem jurídico que a todos pertence, conjunta e indistintamente, como é próprio dos bens coletivos *lato sensu*. E desta feita, é protegido por um direito que objetiva assegurar interesses transindividuais, indivisíveis.

A planificação econômica e ambiental à luz do novo paradigma da proteção do ambiente e da durabilidade escapa do “perigo de um totalitarismo ambiental ou de um

³⁴ KISHI, Sandra Akemi Shimada, Proteção da Biodiversidade: um direito humano fundamental, in KISHI, Sandra Akemi Shimada, SILVA, Solange Teles e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org), Desafios do Direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 709.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 425.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 23ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 133.

³⁷ SILVA, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 31.

dirigismo econômico ecologicamente camuflado³⁸” como advertido por Canotilho, supedaneando-se num dirigismo econômico fundado, além da necessidade de comprimir a amplitude da atividade econômica fazendo-a coincidir com os ditames ambientais,³⁹ é necessário que o Estado de Direito Ambiental seja estruturado em bases de uma “democracia ambiental”⁴⁰.

A despeito dessas características da função gestora do Poder Público, Paulo Affonso Leme Machado assevera que além da necessidade da democracia na gestão ambiental, a eficiência e a prestação de contas devem nortear a matéria, com apoio na seguinte assertiva na Declaração de Johannesburg/2002: “Para conseguirmos nossos objetivos de desenvolvimento sustentado temos necessidade de instituições internacionais e multilaterais mais efetivas, democráticas e que prestem contas”⁴¹.

O reconhecimento do caráter humanitário fundamental do direito à sadia qualidade de vida leva à prevalência da norma que mais favoreça o direito fundamental ao meio ambiente em caso de eventual colisão entre regras e princípios de tratados ou convenções internacionais relativos ao meio ambiente e normas de direito interno relativas ao tema, como corolário da própria natureza jurídica dos direitos humanos. Nesse domínio de proteção, segundo Cançado Trindade, “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, de maior relevância por suas implicações práticas”⁴².

Essa linha de raciocínio prevale a norma que mais eficientemente proteja a dignidade da pessoa humana. Na observação de Maria Helena Diniz, “a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.”⁴³ Há prevalência dos direitos humanos sobre o direito da liberdade de iniciativa, também fundamental, na exata dicção do comando constitucional do artigo 4º, II.

Em matéria de biodiversidade, é importante sublinhar que o artigo 22 da Convenção da Diversidade Biológica prevê expressamente a prevalência das normas protetivas à biodiversidade, frente àquelas que as afrontem. O princípio da razoabilidade legitima esta regra.

Recentemente, na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO⁴⁴ foi adotada a Convenção sobre a Diversidade Cultural, considerada como patrimônio da humanidade,

³⁸ PUREZA, José Manuel, O Estatuto do Ambiente na Encruzilhada de Três Rupturas., Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 102, dez, 1997, p. 10/11.

³⁹ PUREZA, José Manuel, op. cit., p. 11.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *apud* LEITE, José Rubens Morato, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Op. Cit.*, p. 136.

⁴² *Apud* MARUM, Jorge Alberto de Oliveira, op. cit., 2002, p. 135. No mesmo sentido é a doutrina de Fábio Konder Comparato, op. cit., 2003, p. 61.

⁴³ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 17.

⁴⁴ *United Nations Education Scientific and Cultural Organization* ou Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, com sede na França, Paris. Conferência realizada entre os dias 29 de setembro e 17 de outubro de 2003.

no sentido de preocupação comum da humanidade, assim como prescrito no preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica. Estabelece ainda como “cultura hereditária intangível” expressões, conhecimentos, transmitidos de geração em geração, que garantem identidade própria e a própria continuidade das comunidades.⁴⁵

Nessa senda, torna-se então equivocado até mesmo o termo “dominialidade”, que tem relevância jurídica não apenas para a proteção das águas como para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Se houver relação de dominialidade ou detenção, a partir do racionalismo economicista, então, que prevaleça a reapropriação adequada desses bens jurídicos, em prol do bem comum. E se a relação jurídica de que se trata aqui é de gestão socioambiental e gestão hídrica, então, que ganhe evidência uma nova racionalidade ambiental e gestão de interesse público, numa governança em que a sociedade participe efetivamente de políticas públicas em nível de planos, programas, decisões e prestação de contas, pautadas na sustentabilidade e no controle social.

Portanto, qualquer aceno ou pretensão de apropriação indevida de seu efetivo detentor – o povo (para águas) e o povo tradicional (para conhecimentos tradicionais) – que pode se traduzir das mais variadas formas, como movimentos de privatização das águas ou de desprezo a direitos fundamentais, como o de consulta prévia dos povos tradicionais, merecem ser expurgados imediata e integralmente do mundo fático e jurídico.

II) Impropriedades no sistema de gestão das águas e do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) formaliza um tratado internacional global para a conservação da biodiversidade.

A incorporação de uma convenção internacional no direito interno brasileiro dá-se após a sua ratificação pelo Congresso Nacional e promulgação pelo Presidente da República através de decreto. A CDB foi assinada no Rio de Janeiro, em 5/6/1992 e ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto legislativo n. 2, de 3/2/1994.

Entendemos que a CDB foi incorporada em nível constitucional⁴⁶, no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em razão da natureza de direito humano fundamental de suas normas. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se majoritariamente no sentido da incorporação das convenções internacionais como normas infralegais. Mas este posicionamento jurisprudencial tende a ser revisto por conta da nova redação do art. 5º § 3º da CF dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ainda que tenha sido ratificada com quorum simples de votação, a CDB é materialmente constitucional, pois senão haveria o risco de protocolos com hierarquia constitucional enquanto o instrumento legal principal teria hierarquia legal, conforme Flávia Piovesan. Segundo esta autora, uma vez incorporadas as normas da convenção

⁴⁵ Disponível em http://www.terra.com.br/istoe/1780/internacional/1780_franca.htm. Acesso em 20/11/2003.

⁴⁶ A discussão sobre as teorias monista ou dualista do direito internacional persiste na doutrina brasileira, com teorias conciliadoras inclusive.

internacional de direitos humanos no rol do art. 5º dos direitos fundamentais, por força da intangibilidade prescrita no art. 60, par. 4º (núcleo imutável da CF) não seria possível ao Estado brasileiro o ato da denúncia.

O significado prático dos direitos humanos fundamentais coincide com as obrigações gerais de tratado internacional de direitos humanos, assim entendida a Convenção da Biodiversidade, pois a par da obrigação de assegurar o respeito dos direitos nela protegidos, com medidas positivas por parte dos Estados, exige a adequação do ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, com o concurso de todos os poderes do Estado⁴⁷.

Para efetiva implementação desses direitos, o “associativismo ambiental é, atualmente, um fator indispensável na estrutura política dos Estados para a adequada participação dos cidadãos na implementação da adequada política ambiental.”⁴⁸ A legitimidade material da Constituição não se basta com um “dar forma” ou “constituir” de órgãos, exigindo-se uma fundamentação material que é hoje essencialmente fornecida pelo rol de direitos fundamentais⁴⁹.

Conforme preleciona Antônio Augusto Cançado Trindade: “as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. (...) Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas”⁵⁰.

As análises das realidades das questões e conflitos socioambientais apontam contraposições, mas não elucidam instrumentos e mecanismos que sustentem resultados profícuos ou mesmo toleráveis. Se as peculiaridades locais dos povos envolvidos não são devidamente conhecidas e estudadas, os contrastes só tendem a aumentar e as restrições impostas pelos órgãos de gestão revelam-se cada vez mais contraproducentes. A continuar assim, o aparato estatal de tutela da sociobiodiversidade continuará a se traduzir em intervenções contraproducentes e cada vez mais distantes da eficiência. Mais que isso, se não se fomenta a gestão pública, participativa e paritária do acesso à sociobiodiversidade, com o incremento da capacidade (capacity building) dos povos tradicionais, criando-se e estimulando os povos e comunidades tradicionais a realmente interagirem nesse processo, jamais haverá repartição justa e equitativa dos benefícios do uso da sobiodiversidade.

Em suma, o socioambientalismo pautado num efetivo controle social e justiça sociambiental desempenha uma função decisiva – promove uma sustentabilidade profunda, ampla, ecocêntrica - na construção do novo modelo exigido, qual seja, o do

⁴⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, 2ª edição, 2000, Brasília: Edições Humanidades, p. 138.

⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Estudos de Direito Ambiental*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 27.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2000, p. 160.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 138/139.

desenvolvimento concomitantemente social, econômico e ambiental, com base e ênfase da dimensão da natureza. Portanto, o bem cultural imaterial e o bem natural demandam conexão nas políticas públicas socioambientais e nas legislações e decisões administrativas e judiciais sobre a matéria, o que, vale referir, tem sido a tendência do pensamento global.

Trata-se de uma releitura ou descoberta do real conceito de desenvolvimento sustentável, na lição de Gerd Winter, ao explicar que “Na versão do Relatório da Comissão Brundtland e de estudiosos que têm reforçado este aspecto nos eventos que se seguem, o “desenvolvimento sustentável” significa que o desenvolvimento socioeconômico permanece “sustentável”, isto é, suportado por sua base, a biosfera. Assim, a biosfera torna-se de “fundamental” importância... O quando apropriado é, portanto, não de três pilares, mas sim um fundamento e dois pilares apoiando-o. (...)... o conceito dos três pilares é imprudente e descompromissado, ele leva facilmente a compromissos simulados.”⁵¹

Na visão de Enrique Leff, “A construção de um futuro sustentável requer um diálogo aberto, capaz de acolher visões e negociar interesses contrapostos na apropriação da natureza, mas esse diálogo não produzirá consensos baseados em visões homogêneas, nem se limitará a negociar conflitos emergentes. O diálogo de saberes abre suas comportas a partir do reconhecimento dos saberes – autóctones, tradicionais, locais – que contribuem com suas experiências e se somam ao conhecimento científico e especializado... A política da diferença está levando à reinvenção de identidades culturais e à criação de novas estratégias de reapropriação da natureza.”⁵²

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁵³ constitui um marco importante para o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos povos indígenas e para o desenvolvimento de atividades pertinentes ao sistema das Nações Unidas envolvendo tais povos.

Os indígenas têm direito, sem discriminação, a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional. Bem por isso, é inevitável reconhecer que os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos.

Há que se levar em conta o sofrido espólio de injustiças históricas decorrentes de explorações de suas atividades, conhecimentos e cultura, da subtração de suas terras e acesso a recursos de seus territórios, da imposição cultural provocada pelo capitalismo, impedindo-os ou criando entraves ao seu direito ao desenvolvimento enquanto povos, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses.

O fato de os povos indígenas estarem se organizando para promover seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural, e, para pôr fim a todas as formas de discriminação e de opressão, onde quer que ocorram, permitir-lhes-á manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades.

⁵¹ WINTER, Gerd, *Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeia*, Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 4 e 5.

⁵² LEFF, Enrique, *Discursos Sustentáveis*, São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 186.

⁵³ Aprovada na 107ª Sessão Plenária, de 13 de setembro de 2007 e assinada no Rio de Janeiro, 2008.

Reconhecendo o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas tradicionais indígenas contribui-se para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a gestão adequada do meio ambiente.

É demasiado repetitivo reiterar aqui os inúmeros textos internacionais relativos aos direitos do homem que enfocam os princípios da igualdade e da não-discriminação. No que atina aos povos tradicionais e às minorias tais princípios são comumente invocados diante das diferenças existentes nestes e entre tais povos e por conta dos peculiares valores socioculturais, econômicos e políticos, profundamente enraizados. Assim, os princípios da igualdade e de não-discriminação vem para harmonizar os diferentes componentes da sociedade multicultural, em um país caracterizado pela diversidade de etnias, de religiões, de línguas e de culturas.

É no nível constitucional que em geral, o direito à alteridade ou o direito à diferença e o direito à autodeterminação vem prescritos até para se evitar a construção da integração ou da unidade nacional. O próprio federalismo justifica-se, nessa linha de entendimento, pela heterogeneidade dos povos e comunidades, fazendo do federalismo um instrumento da reivindicação de um direito à diferença, numa dialética jurídica entre o singular e o múltiplo, que na verdade conforma e fortalece o povo multinacional.

Bem por isso, o artigo 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê que os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

A Declaração de Viena adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, em 25 de junho de 1993 prescreve que todas as pessoas têm o direito à autodeterminação.

O princípio 20 da Declaração de Viena destaca que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece a dignidade inerente e exclusiva contribuição dos povos indígenas ao desenvolvimento e pluralidade da sociedade. Ou seja, não apenas ressalta a necessidade desses povos se desenvolverem livremente, mas ainda frisa, em contrapartida, a contribuição desses povos ao desenvolvimento e a pluralidade da sociedade.

Pelo princípio da intervenção obrigatória estatal na proteção da sociobiodiversidade os Estados devem cooperar, criando ambientes cidadãos para o exercício dos direitos dos povos tradicionais de manifestarem suas decisões coletivamente. Para tanto, podem proporcionar a realização de audiências públicas, considerando as instituições tradicionais representativas daqueles povos, para se obter o consentimento prévio livre e informado previamente a qualquer projeto que envolva seu território ou recursos naturais em seu território ou conhecimentos tradicionais desses povos associados à biodiversidade.

Demais disso, os Estados também devem estabelecer mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa pelo acesso aos recursos biológicos para pesquisa ou fins comerciais e adotar previamente medidas apropriadas de precaução e para mitigar consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual dos povos tradicionais.

Tanto as audiências públicas, como instrumento de participação democrática na construção do consentimento prévio informado como mecanismo do acesso aos territórios e recursos naturais dos povos tradicionais, como as negociações pertinentes à distribuição justa e equitativa dos resultados gerados desse acesso, estão adstritas ao

emprego dos idiomas próprios dessas comunidades. Caso contrário, o direito ao desenvolvimento não se completa, não há autodeterminação, no sentido de liberdade, nas deliberações e em conformidade a suas culturas. Quiçá essa particularidade seja a mais determinante no que tange ao desenvolvimento desses povos, já que a linguagem é um fenômeno social e cultural que os caracteriza por excelência: “o uso espontâneo e inovador da linguagem de certo modo define o homem”⁵⁴. É através da linguagem que se transmitem os conhecimentos sobre o manejo da biodiversidade; a linguagem oportuniza a existência do principal suporte de resguardo da informação⁵⁵ dos povos tradicionais respeito ao uso e conservação sustentável dos recursos naturais, a memória viva.

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação⁵⁶, que lhes garante determinarem-se livremente conforme seus valores políticos, visando atingir de forma livre o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

A proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados e a proteção das águas, podemos dizer, passou da perspectiva uniparadigmática para a dimensão holística⁵⁷ ou ecológica⁵⁸, da técnica de abordagem unidimensional para a pluridimensional, com necessários diálogos e participação de todos os atores, gestores, Poder Público, academia, sociedade e povos tradicionais. Essa confluência e interlocução entre os diversos atores tornam efetivas as características de um regime jurídico de direitos humanos. Esse concerto pluriparadigmático e harmônico tem sido focado também no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, com a intensificação de medidas hábeis a proporcionar uma efetiva coordenação em relação a várias de suas convenções e cooperação entre os atores internacionais. A Convenção da Diversidade Biológica é um exemplo desta tendência de perspectiva

⁵⁴ STEINER, George. Extraterritorial. A literatura e a revolução da linguagem. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 107.

⁵⁵ Entende-se a informação “como um fenômeno humano e social, que deriva de um sujeito que conhece, pensa, se emociona e interage com o mundo sensível à sua volta e a comunidade de sujeitos que comunicam entre si (...) e a jusante, ainda, situa-se a capacidade humana de comunicação, já que o processo comunicacional não pode acontecer sem as mensagens, os conteúdos, numa palavra, a Informação. SILVA, Armando Malheiros da. A Informação. Da compreensão do fenômeno e a construção do objeto científico. Porto: Edições Afrontamento, 2006, p. 24.

⁵⁶ Este direito está consagrado na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como sua relevância é destacada na Carta das Nações Unidas, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como na Declaração e o Programa de Ação de Viena.

⁵⁷ Expressão utilizada por Patrícia W. Birnie e Alan Boyle, in *International Law & the Environment*, Second Edition, Oxford/UK: Oxford University Press, 2002, p. 635. Segundo o Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, p. 730, *holismo (de hol (o) + ismo) é a* “Tendência, que se supõe seja própria do universo, a sintetizar unidades em totalidades organizadas”.

⁵⁸ Segundo Fritjof Capra, a visão de mundo holística pode ser denominada visão ecológica se o termo ‘ecológico’ é empregado em um sentido mais amplo e profundo que o atual. Afirma que “a percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)” (CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p.25).

multidimensional, que visa à preservação da sadia qualidade de vida, orientada pelo princípio da cooperação internacional e da intervenção estatal pautadas na sustentabilidade. Em contrapartida à globalização econômica, à globalização da sustentabilidade.

Tangenciando essa temática, interessante é trazer à baila a dialética observada por Octavio Ianni: “No mesmo curso da integração e homogeneização, desenvolve-se a fragmentação e a contradição. Ao encontrar outras formas sociais de vida e trabalho, compreendendo culturas e civilizações, logo se constituem as mais surpreendentes diversidades. Tanto podem reavivar-se as formas locais, tribais, nacionais ou regionais como podem ocorrer desenvolvimentos inesperados de ocidentalidade, capitalismo, racionalidade. O mesmo vasto processo de globalização do mundo é sempre um vasto processo de pluralização dos mundos.”⁵⁹ Essa crise dialética enfrentada neste século XXI precisa ser rompida pela vinda de nova governança hídrica e dos povos tradicionais sob o primado da sustentabilidade. A sociedade e os povos tradicionais, com seus valiosos conhecimentos precisam ter acesso facilitado à informação ambiental e chamados à participação e ao controle social.

O progresso pressupõe a construção de capacidades, requer educação e conscientização de valores basilares que invoquem igualdades reais de oportunidades.

A exclusão social está presente mesmo em países ricos, quando não há investimento em capacitação e nem participação desde o nível dos planejamentos e assim não está preparada a sociedade para decidir prioridades com razoabilidade. Com efeito, o valor da capacidade de representantes de povos tradicionais pode mover uma comunidade a demandas diferenciadas, voltadas ao seu desenvolvimento. A capacidade dependerá da efetiva liberdade de uma pessoa ou de um povo efetivamente poder escolher e decidir com liberdade, potencializando os resultados dessas escolhas dotadas de alteridade e auto-determinação.

Na linha de raciocínio de Amartya Sen⁶⁰, a capacidade pode “melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (e de um meio específico que geralmente recebe atenção exclusiva, ou seja, a renda) para os *fins* que as pessoas tem razão para buscar e, correspondentemente, para as *liberdades* de poder alcançar esses fins.

A sociedade precisa decidir com liberdade sobre o que deseja preservar em espaços cidadãos de participação livre, em igualdade de oportunidades e prévio acesso a informações atuais e verossímeis.

Não apenas a sociedade, mas também os indivíduos em uma comunidade precisam estar capacitados para agir e decidir com liberdade como sujeito coletivo em prol de interesses transindividuais do grupo. Com efeito, segundo Castells, a identidade coletiva resta fortalecida quando fundados numa história comum “*os atores sociais (...)*

⁵⁹ IANNI, Octavio, *Teorias da Globalização*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 89.

⁶⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 112.

*constroem uma nova identidade capaz de redefinir sua posição na sociedade e, ao fazê-lo, de buscar a transformação de toda a sociedade.*⁶¹

Essa conformação de um senso de identidade dos atores locais inicia-se quase sempre em nível local, em relação ao seu território ou bacia hidrográfica, para então se propagar num sujeito coletivo com um desejo e metas próprias coletivas e se desenvolverem numa contínua transformação social. Para tanto, impõe-se não apenas ao Estado, mas a toda coletividade, o dever de facilitar os meios para tal transformação social, numa gestão integrada e participativa para o seu desenvolvimento em um sistema de justiça socioambiental.

Bem por isso, a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9433/1997) prevê em seu artigo 39, parágrafo 3º, II, estipula que em havendo terras indígenas em área de atuação do Comitê de Bacias, seja de rios federais ou estaduais, as comunidades indígenas ali residentes ou com interesses na bacia deverão ser nele incluídas. A Lei 9433/97 impõe essa representação como obrigatória ao utilizar a expressão “devem ser incluídos”. Para tornar possível essa participação de representantes de povos indígenas nos Comitês de Bacias, a Lei 9433/97 (art. 29, I) também exige que o Poder Executivo Federal adote todas as providências necessárias à implementação e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, inclusive fornecendo meios logísticos para propiciar a efetividade dessa representação que a própria lei exigiu expressamente.

A respeito do assunto, Paulo Affonso Leme Machado observa que:

“A expressão “comunidades indígenas” foi inserida no art. 232 da Constituição Federal e é repetida na Lei 9.433/1997; merece ser entendida como cada etnia tendo direito a ser representada. A prova da existência da “comunidade indígena” poderá basear-se no direito costumeiro e nos assentos da FUNAI, não se exigindo, no caso, a prova de que a comunidade esteja legalmente constituída”.⁶²

Há situações de vulnerabilidade criadas pelo homem e a sua racionalidade ambiental pautada no desenvolvimento econômico, levadas à situação de hipervulnerabilidade ou quase ao desaparecimento enquanto povo tradicional. Os povos e comunidades tradicionais têm seus métodos próprios de enfrentamento de contaminação ou de escassez de água, mas o desenfreado desmatamento e as consequências já vividas das mudanças climáticas tem sido catastróficas e, numa situação de hipervulnerabilidade, possam esses desastres comprometer futuramente esses métodos tradicionais e sustentáveis de reservação de água e de previsões de chuvas.

Ademais, os povos tradicionais têm suas técnicas tradicionais de despoluição e distribuição equitativa entre os usuários. Adotam também uma descentralizada gestão das águas. No entanto, os processos de erosão cultural ao ensinar modos e línguas ocidentais aos povos tradicionais provocam a perda de suas referenciais identitários e culturais de seus conhecimentos tradicionais.⁶³ Marcos Terena destaca que

⁶¹ CASTELLS, Manoel. *O Poder da Identidade*, in “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, vol. II Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999, p. 27..

⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Recursos Hídricos, Direito Brasileiro e Internacional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 111.

⁶³ KAMBU, *Alphonse*, Bridging formal and informal governance regimes for effective water management: The role of traditional knowledge, in *Traditional knowlegde in policy and practice: approaches to development and human well-being*, Suneetha M. Subramanian and

determinadas mulheres indígenas não conseguem mais prosseguir no desenvolvimento de sua cultura tradicional de um breve mergulho do recém nascido nas águas dos rios, porque estão poluídos.⁶⁴

Reconhecer o valor dos conhecimentos dos povos tradicionais significa dotá-los de uma personalidade moral de interesse público, inserindo-os no contexto de um Estado multinacional e multipluralista, que valoriza, preserva e estimula as transformações sociais, segundo suas especificidades enquanto povos, num Estado Democrático e Sociobiodiverso de Direito.

III) Estrutura institucional da gestão das águas e do acesso ao conhecimento tradicional – colegiados sem representação paritária e não participativo

O art. 10 da MP 2186-16/01 cria o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN, órgão colegiado de gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional, que deveria assumir uma feição democrática de representação paritária com participação de representantes da sociedade civil e em especial dos povos tradicionais, mas é composto praticamente só por representantes da Administração Pública e apenas em nível federal, sem nenhuma representação direta por povos tradicionais, a exceção da Fundação Palmares. Até o momento não foi alterada esta composição, que despreza o comando constitucional do art. 23, III e VI da CF/88, o qual estabelece a competência material comum aos entes federativos. A atual composição do CGEN não prestigia a participação de representantes dos demais entes federativos no exercício de políticas públicas descentralizadas.

Nota técnica foi produzida pelo Grupo de Trabalho (GT) Conhecimentos Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tendo por objeto o projeto de lei (PL) nº 7.735/2014, que tramita no Congresso Nacional em regime de urgência e traz um novo regramento sobre o acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais a ele associados. A atual composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) sempre foi objeto de críticas por parte dos provedores de conhecimento tradicional (bem como por diversos setores da sociedade, inclusive o MPF), tendo em vista a total ausência de representação destes interessados no referido Conselho, composto apenas por representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal. As comunidades tradicionais do Cerrado, na Carta de Mineiros de 2013 (*Declaração sobre os Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais do Cerrado Brasileiro*), defenderam publicamente que “*a fim de se legitimar enquanto órgão colegiado que deve proteger e garantir os direitos dos povos e comunidades tradicionais, deve o Estado brasileiro estudar formas de modificação da composição do CGEN, a fim de garantir maior representatividade dos povos e comunidades tradicionais*”.

No tocante ao assunto, hoje podem pairar dúvidas quanto a alterações na prática do licenciamento do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado. O inciso XXIII do art. 7º da Lei Complementar 140/2012 prevê como uma das ações administrativas da União a gestão do patrimônio genético e do acesso ao

Balakrishna Pisupati, Tokyo, United Nations University Press, 2010, p. 261.(tradução livre da autora)

⁶⁴ MORIAN, Edgar, Saberes Globais e Saberes Locais- o olhar transdisciplinar, Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

conhecimento tradicional associado, respeitadas as atribuições setoriais, de modo cooperativo entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para atingir os objetivos previstos no art. 3º da LC⁶⁵ e a garantia do desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais.

Outra impropriedade na MP 2186-16/2001 reside no fato de não ter observado o seu art. 10 o princípio da participação popular. Não há representação paritária no CGEN, com participação de setores da sociedade civil e de comunidades tradicionais, com direito a voto, quando o adequado seria a representatividade de comunidades indígenas, quilombolas e locais, além de entidades civis em matéria de acesso à sociobiodiversidade, aplicando-se aqui, por óbvio, a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos para composição de colegiados de gestão. Ademais, exige a Lei 9433/97 em diversos dispositivos legais a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental como diretriz geral (art. 3º, III) e regra de implementação aos Poderes Executivos Federal, Estadual, do DF e dos Municípios (art. 29, IV, art. 30, IV e art. 31).

Os Comitês de Bacia Hidrográfica integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, consistindo no fórum político e administrativo de planejamento e decisões tomadas por colegiado de representatividade paritária de órgãos da União, Estados, DF e Municípios, usuários e organizações civis no âmbito da unidade territorial básica para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, que é a bacia hidrográfica. À luz do art. 37, da Lei 9.433/97, os CBH atuarão numa bacia hidrográfica, num grupo de bacias contíguas ou numa sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia ou de tributário desse tributário. Por suas atribuições normativas, deliberativas e consultivas no âmbito da respectiva bacia hidrográfica é este comitê conhecido como o “parlamento das águas”. Têm os Comitês a relevante atribuição, dentre outras, de aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia hidrográfica e acompanhar a sua execução.

A criação dos Comitês de Bacias Hidrográficas está regulamentada na Resolução 5 do CNRH, de 10/4/2000.

São os Comitês de Bacia Hidrográfica (CBH) compostos por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal, cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação; das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia (art. 39 da Lei 9.433/97). Os CBH serão dirigidos por um Presidente e um Secretário, eleitos dentre seus membros (art. 40). Adequado que o Presidente do Comitê de Bacia não fosse do Poder Público ou que no mínimo, não fossem ambos representantes do Poder Público, visando à necessária independência e

⁶⁵ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;

IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

efetiva representação paritária.

A Lei 9433/97 limita a representação dos Poderes Executivos da União, Estados Distrito Federal e Municípios à metade do total dos membros do Comitê (art. 39, par. 1º). É ainda mais exigente o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, em relação à necessidade de paridade na representação da sociedade civil nos colegiados de gestão, porquanto a Resolução n. 5/2000 do CNRH (artigo 8º, inciso) exige que os regimentos internos dos Comitês de Bacias Hidrográficas façam constar: o limite de 40% do total de votos dos representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; **pelo menos**, 20% do total de votos de representantes da sociedade civil e outros 40% do total de votos para os usuários. Com a expressão “pelo menos” busca-se evitar eventual burla ao artigo 39, par. 1º, da Lei 9433/1997 para uma efetiva paridade nas representações, para que representações do Poder Público de alguma forma não alcancem a bancada dos usuários outorgados. Isso, para a garantia de um mínimo de efetividade na governança hídrica, com controle social.

No tocante ainda à composição, o art. 39, § 4º da Lei 9.433/97 garante a participação da União nos Comitês estaduais de bacias acordo com o que for estabelecido nos respectivos regimentos.

O CGEN é um órgão colegiado vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – MMA, criado pela MP 2.186-16/01 (art. 10), cujo funcionamento é regido Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001. Este Conselho tem como objetivos principais: coordenar a implementação de políticas para a gestão do patrimônio genético, normatizar o tema, acompanhar as atividades de acesso, deliberar sobre as autorizações de acesso e remessa e cadastro de instituições como fiéis depositárias do material genético coletado, anuir em Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

No âmbito do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético as reuniões e sessões de apreciação de requerimentos de autorização de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional a ele associado têm ocorrido com a participação de alguns representantes da sociedade civil, como ouvintes, nos julgamentos de casos não sigilosos, embora de forma meramente nominal, já que desprovidos de direito a voto. O Ministério Público Federal, por sua 6ª Câmara de Coordenação e Revisão tem participado das reuniões no CGEN, na qualidade de observador convidado, e nessa condição, tem notado que tal colegiado na atual indevida e ilegal composição propicia decisões eivadas de nulidade por vícios formal de origem, já que emanadas de colegiados não democráticos, não descentralizados e não paritários em relação à gestão com participação do Poder Público, dos usuários, das comunidades tradicionais e da sociedade. A situação da atual composição do CGEN acaba também por gerar injustas decisões porque quase sempre favoráveis à prevalência dos interesses econômicos dos usuários, porquanto desprovido o colegiado da necessária independência e muito distante do princípio republicano da repartição de competências federativas, eis que composto apenas por representantes do Poder Público federal.

Além disso, o já citado art. 10 da MP 2186-16/2001 concentra diversas atribuições normativas apenas ao CGEN, numa hipertrofia também em relação à competência legislativa, contrária ao previsto no art. 24 da Constituição Federal de 1988, que atribui competência legislativa concorrente de todos os entes federativos. Deste modo, a legislação de regência do acesso à sociobiodiversidade acaba por excluir oportunidade e espaço para o Estado-membro avaliar a conveniência ou oportunidade

da bioprospecção em seu território, levando em conta seus interesses locais. Isso, na prática, pode levar a incongruências e até colidências na gestão do acesso à biodiversidade e ao conhecimento tradicional associado.

Com efeito, cite-se para ilustrar, a lei estadual nº 1235/97 do Acre (art. 10) que prevê uma autorização estadual para o acesso por parte da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, a ser referendada pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente e por uma comissão nomeada por este Conselho, integrada por representantes do governo estadual, dos governos municipais, de entidades estatais de pesquisa, da comunidade científica, do Ministério Público estadual, de entidades representativas das comunidades locais e populações indígenas.

A descentralização do gerenciamento participativo dos recursos hídricos e do acesso aos conhecimentos tradicionais no país dependerá da forma como atuam o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, o CGEN e os Comitês de Bacias, colegiados sem a independência necessária para discussões livres e deliberações democráticas. Mais se confundem com mais outro colegiado ou departamento da Administração Pública. Esse Conselho e Comitês precisam ter uma representação popular predominante, numa paridade e isonomia que respeite as forças desiguais dos mais vulneráveis, seja por falta de acesso a informações tempestivas, atuais, claras e verossímeis, seja por composições formais forjadoras de participação e controle social em planejamento, orçamento, políticas públicas, deliberações e prestação de contas ambientais.

Destarte, deve restar sempre assegurada a representatividade democrática e paritária nos Comitês de bacias e Conselhos, órgãos colegiados de gestão em matéria ambiental. A afronta ao artigo 39, § 1º da Lei 9.433/97, na hipótese do Poder Público possuir mais da metade da representatividade nos Comitês de Bacia Hidrográfica, é passível de ajuizamento de ação civil pública visando à observância da paridade na composição dos colegiados, sob pena de afronta à gestão democrática, participativa e ao controle social em matéria ambiental, ao arripio do princípio republicano e do princípio democrático. Com efeito o art. 216-A, § 1º, X, da CF/88, passou a prever como princípio do Sistema Nacional de Cultura, dentre outros, a “democratização dos processos decisórios com participação e controle social.

Em estudo de campo realizado em visitas e leituras de atas de reuniões plenárias e de suas Câmaras Técnicas, no período de 2002 a 2011, restou constatado de “Das 69 normas produzidas pelo CGEN no recorte temporal da pesquisa, 43 foram debatidas nas CTs antes de irem à Plenária do Conselho. Destas, 39% foram debatidas na CTPA⁶⁶, enquanto que apenas 9% delas passaram pela CTCTA⁶⁷. Isso significa que as empresas privadas e institutos de ciência, tecnologia e inovação tiveram uma influência 433,33% superior à dos representantes de comunidades tradicionais e povos indígenas nas normas do CGEN”⁶⁸.

IV) acesso a informações, transparência e controle social e necessários diálogos entre águas e saberes tradicionais

⁶⁶ Câmara Técnica de Procedimentos Administrativos

⁶⁷ Câmara Técnica sobre Conhecimentos Tradicionais associados à biodiversidade

⁶⁸ PINTO, Mônica da Costa e BONOLO, Monica Nazaré Picanço Dias, *in* Verdade e Exclusão, Práticas Discursivas na Produção de Normas sobre as relações entre conhecimentos tradicionais e biotecnologia (no prelo)

O objetivo das políticas públicas não é outro senão a realização e efetividade dos direitos fundamentais, que admitem restrições ou sopesamento diante de situações de aparente colidência. O próprio ordenamento permite que algumas políticas públicas sejam privilegiadas em detrimento de outras, de forma criteriosa. Esta análise essencial sobre os limites das restrições a direitos configura o próprio parâmetro para o controle da adequação e eficiência de uma política pública.

O princípio da eficiência opera para que o Administrador Público possa escolher os melhores meios para a consecução de um determinado resultado pretendido, tendo como fundamento os princípios do art. 1º da Constituição Federal e de modo condizente com os objetivos previstos no comando constitucional do artigo 3º e com os direitos fundamentais consagrados no rol do artigo 5º e em especial aqueles destacados no art. 3º da Constituição.

Certamente para além da verificação da adequação e legalidade de uma gestão hídrica e dos conhecimentos tradicionais, o êxito das políticas públicas nessas áreas dependerá da transparência das informações e do devido controle social.

Paulo Affonso Leme Machado, por sua vez, anota que “Inequivocamente, a não informação, ou o sigilo indevido, representa lesão consumada a um direito ou uma ameaça ao seu exercício, que merecem ser apreciadas pelo Poder Judiciário. A harmonia entre os Poderes da República está ligada indissolavelmente à independência dos mesmos Poderes (art. 2º), para que os objetivos nacionais de liberdade, de justiça e de solidariedade, como bem de todos, sejam alcançados (art. 3º)”.⁶⁹ Com efeito, a Constituição Federal de 1988 redimensionou o conceito de cidadania para além daquela ultrapassada concepção segundo a qual cidadão era o titular de direitos políticos. Ao conferir direitos fundamentais ao cidadão, numa conformação imutável, pétreia, a Constituição Federal invoca a participação social junto às ações dos poderes públicos.

A transparência no poder público pressupõe uma “comunicação contínua, imparcial, plena e verossímil”⁷⁰, sob pena de se engessar a conscientização pública e o eficiente uso das informações acessadas.

A novel Lei 12527/2011 de acesso a informações estabelece o princípio da preponderância da publicidade e a hipótese de sigilo somente em situações de exceção. Nesse passo, consoante observa Fernando Moura Linhares⁷¹, estas exceções só devem existir quando enquadradas em um conjunto de situações predefinidas, sob pena de perda da efetividade. Relevante é trazer aqui outras inovações veiculadas pela Lei 12527/2011 anotadas por este mesmo autor:

“Outra pedra angular da lei trata da divulgação proativa de informações produzidas pelos entes públicos sem a necessidade de solicitação pela população. A priorização desta alternativa prevê a redução do número de solicitações em nível administrativo, já que as informações estariam disponíveis antecipadamente. Há orientação, ainda, para utilização dos recursos da tecnologia da informação na disponibilização de acesso aos

⁶⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito à Informação e Meio Ambiente*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.248.

⁷⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *idem*, p. 64.

⁷¹ LINHARES, Fernando Moura, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza/CE.

documentos públicos permitindo um contato mais direto e menos burocrático. Existe também a proposta de desenvolvimento de uma cultura de transparência na administração pública que deve gerar a demanda por capacitação dos servidores públicos e de mudanças de procedimentos e até da forma como se entende a atuação estatal. Por último, há um direcionamento para permitir um maior controle social da administração pública, não somente dos gastos, mas também das decisões políticas e do seu enquadramento para atingir os objetivos desejados e permite prever que estas exceções só devem existir quando enquadradas em um conjunto de situações predefinidas sob pena de perda da efetividade.”

A lei 12527/2011 apresenta inovações favoráveis ao acesso aos documentos e dados públicos, com dispositivos que prestigiam a gestão transparente de dados e documentos pelos órgãos e entidades do poder público (art. 6º) e o amplo acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art.21), sendo que o Estado deve garantir o acesso à informação por meio de procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º).

Para o acesso facilitado às informações de interesse público (art. 8º), o poder público há de disponibilizar as informações públicas atualizadas, inclusive dos documentos classificados como sigilosos, lembrando que os dados é que são passíveis de sigilo e não o documento que os veiculam. Também devem ser disponibilizados os dados que deixaram de ser sigilosos por força da lei em sítios eletrônicos oficiais e criar o serviço de informações ao cidadão e também realizar audiências ou consultas públicas, com o incentivo à participação popular (art. 9º e art. 30).

Importante destacar que o Decreto 7724/2012, que regulamentou a Lei 12527/2012, expressamente prevê no art. 41 que as informações sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de classificação em qualquer grau de sigilo nem ter seu acesso negado (art. 41), assim como tampouco pode ser negado acesso às informações necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 42).

Portanto, é inegável que tais regras aplicam-se tanto à gestão das águas quanto à gestão do acesso aos conhecimentos tradicionais, considerando as suas naturezas de direitos humanos fundamentais. A Resolução n. 64/292 de 28.08.2010, da Organização das Nações Unidas prescreve o acesso à água e ao saneamento básico como um direito humano fundamental.

O respeito aos direitos e garantias dos povos tradicionais, no âmbito internacional está expresso na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, por resolução editada em 1986⁷². Com efeito, logo em seu artigo 1º, nos itens 1 e 2 está prescrito que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e implica na plena realização do direito dos povos à autodeterminação, nele considerado o direito de soberania sobre as suas riquezas e recursos naturais. Significa dizer que o desenvolvimento pressupõe a necessária proteção dos direitos dos povos tradicionais e da sociedade que devem ser previamente consultados sobre os usos dos conhecimentos tradicionais e da água, para uma imprescindível equidade social, em que

⁷² Adotada pela Revolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

a vulnerabilidade de certos grupos sociais, não deve militar em pioria da qualidade de vida.

V) Conclusão

Portanto, impedir o desenvolvimento realmente sustentável, seja negando a garantia do consentimento prévio informado ou da consulta prévia aos povos tradicionais, seja impedindo o exercício do direito de praticarem os povos tradicionais seus conhecimentos ancestrais associados aos recursos da natureza, em especial em relação às águas no recorte focado neste estudo, seja ainda impedindo a sociedade e os povos tradicionais de participação porque não informados adequadamente ou por impossibilitada participação, por composições maquiadas de alguma paridade, nos colegiados de Conselhos de gestão e Comitês de Bacias Hidrográficas, acaba por configurar conduta lesiva a direitos humanos fundamentais.

O CGEN não tem, em sua composição votante, qualquer representante dos povos indígenas e de comunidades tradicionais. Essa estrutura antidemocrática de segregação de representação e do discurso nesses colegiados de gestão espelha um palco ornamental apenas dos padrões globais em nossa sociedade, onde os interesses econômicos predominam sobre os dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, numa defeituosa leitura de desenvolvimento sustentável, que deveria ter como único pilar a natureza, cuja primazia sustenta a sociedade e a economia.

A lei de política nacional de recursos hídricos assim como as normas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos aplicam-se analogicamente a todos os colegiados de gestão ambiental, em especial ao CGEN, que merece dispor de composição digna de promoção real da gestão sobre o acesso à biodiversidade e ao conhecimento tradicional, com representação votante paritária e voltada ao primado da sustentabilidade, democrática e com controle social, com justas repartições de benefícios.

Enxergar e ouvir o outro, envolver a sociedade civil e os povos tradicionais em discursos e diálogos sobre águas, biodiversidade e conhecimentos tradicionais, conhecer métodos tradicionais de despoluição hídrica, de previsão de chuvas, de preservação e de reuso e de resiliência ambiental conforma a *capacity building* necessária a novas formas de governança em estruturas conceituais novas de desenvolvimento sustentável em que a natureza é a base e tem reconhecida sua primazia.

Para além das audiências e consultas públicas necessárias suas participações ativamente nos órgãos colegiados de gestão (Comitês de Bacias Hidrográficas e Conselho de Gestão do Patrimônio Genético) para a governança da sociedade e dos povos tradicionais nas políticas públicas e gestão de recursos hídricos e da biodiversidade, tornando efetivas suas participações em nível de planos, estudos, orçamentos, ações, execução e prestação de contas. Sem essa participação, o sucesso de qualquer programa, projeto ou política pública restará comprometido e facilmente vêm os conflitos, porque alheios a pactos sociais previamente desenvolvidos.

Afinal, conforme concebe Enrique Leff: “A complexidade ambiental se constrói e se aprende em um processo dialógico, no intercâmbio de saberes, na hibridação da ciência, a tecnologia e os saberes populares. É o reconhecimento da outricidade e de sentidos culturais diferenciados, não somente como uma ética, mas como uma ontologia do ser, plural e diverso”.⁷³

⁷³ Leff, Enrique, A Complexidade Ambiental, Cortez Editora, 2010, p. 60.

Da efetividade do direito à informação pública e da garantia da participação e do controle social, consagrados constitucionalmente, na confluência dos diálogos entre águas e saberes tradicionais restam reforçados os princípios republicano e democrático, a justiça socioambiental e o Estado Democrático e Ecológico de Direito.

Referências bibliográficas:

ALENCAR, Gisela S. de, Biopolítica, Biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica/1992: Evolução e Desafio para Implementação, in BENJAMIN, Antônio Herman V. e MILARÉ, Édis (Coord.), *Revista de Direito Ambiental*, ano 1., nº 3, São Paulo: Editora RT, 1996.

ARNT, Ricardo, *Tesouro Verde*, reportagem de capa da Revista Exame, edição 739, ano 35, nº 9, São Paulo: Editora Abril, 2 de maio de 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Edição Histórica, 4ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

CASTELLS, Manoel. *O Poder da Identidade*, in “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, vol. II Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CUSTÓDIO, Helita Barreira, *Direito à Saúde e Problemática dos Agrotóxicos*, *Revista de Direito Sanitário*, vol. 2, n.3, São Paulo: Editora LTR, novembro de 2001, p. 22.

DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 17.

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo, *Água Juridicamente Sustentável*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

IANNI, Octavio, *Teorias da Globalização*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KAMBU, *Alphonse*, Bridging formal and informal governance regimes for effective water management: The role of traditional knowledge, in *Traditional knowledge in policy and practice: approaches to development and human well-being*, Suneetha M. Subramanian and Balakrishna Pisupati, Tokyo, United Nations University Press, 2010.(tradução livre da autora)

KISHI, Sandra Akemi Shimada, Proteção da Biodiversidade: um direito humano fundamental, in KISHI, Sandra Akemi Shimada, SILVA, Solange Teles e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org), *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Kishi, Sandra Akemi Shimada, *Tutela Jurídica do Acesso à Biodiversidade e ao Conhecimento Tradicional no Brasil*, dissertação aprovada para a obtenção de título de mestre em direito, sob a orientação de Paulo Affonso Leme Machado, UNIMEP, 2003.

KISHI, Sandra Akemi Shimada, *Acervo Digital de Conhecimentos Tradicionais, Sítio Cultural de Memória Tradicional, Acesso a Conhecimentos Tradicionais de Publicações e outras questões atuais*, in CUREAU, Sandra, Kishi, Sandra Akemi Shimada, SOARES, Inês Virgínia

Prado e LAGE, Claudia Marcia Freire (coord), *Olhar Multidisciplinar sobre a Efetividade da Proteção do Patrimônio Cultural*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LEFF, Enrique, *A Complexidade Ambiental*, Cortez Editora, 2010.

LEFF, Enrique, *Discursos Sustentáveis*, São Paulo: Cortez Editora, 2010.

LEITE, José Rubens Morato, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LINHARES, Fernando Moura, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza/CE.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 23ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Estudos de Direito Ambiental*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito à Informação e Meio Ambiente*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Recursos Hídricos, Direito Brasileiro e Internacional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, *Ação Civil Pública e Reparação do dano ao Meio Ambiente*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

MORIN, Edgar, *Saberes Globais e Saberes Locais- o olhar transdisciplinar*, Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

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

PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2000.

PINTO, Mônica da Costa e BONOLO, Monica Nazaré Picanço Dias, *in Verdade e Exclusão, Práticas Discursivas na Produção de Normas sobre as relações entre conhecimentos tradicionais e biotecnologia (no prelo)*

PUREZA, José Manuel, *O Estatuto do Ambiente na Encruzilhada de Três Rupturas*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 102, dez, 1997.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha, *Proteção dos Recursos Hídricos*, in BENJAMIN, Antonio Herman V. E MILARÉ, Édis (coord.) *Revista de Direito Ambiental*, n. 32, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez. 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

SILVA, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Gabriela Coelho de *et al.* *Conhecimentos tradicionais: aspectos do debate brasileiro sobre a quarta dimensão da biodiversidade*. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; KLEBA, John Bernhard (Coord.). *Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais: direito, política e sociedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STEINER, George. Extraterritorial. A literatura e a revolução da linguagem. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, 2ª edição, 2000, Brasília: Edições Humanidades.

VARELLA, Marcelo Dias, *Viabilização de mecanismos de troca: biodiversidade x desenvolvimento*. Dissertação de mestrado apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de mestre em direito. Florianópolis, 1998.

WINTER, Gerd, *in* Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Europeia, MACHADO, Paulo Affonso Leme e KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org), Campinas/SP: Millennium Editora, 2009.

WOLF, Maria Thereza, *A Biodiversidade na Propriedade Intelectual*, *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, n. 18, set/out 1995.