ANDRÉIA COSTA VIEIRA

**O DIÁLOGO SUSTENTÁVEL ENTRE
O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL
E O DIREITO À ÁGUA**

Tese de Doutorado

Orientador Prof. Dr. Alberto do Amaral Junior

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo

São Paulo

2013

ANDRÉIA COSTA VIEIRA

**O DIÁLOGO SUSTENTÁVEL ENTRE
O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL
E O DIREITO À ÁGUA**

Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de Doutora em Direito,
sob orientação do Prof. Dr. Alberto do Amaral Junior
Área de Concentração: Direito Internacional

Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo

São Paulo

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Vieira, Andréia Costa.
V713d O diálogo sustentável entre o direito do comércio internacional e o direito à água / Andréia Costa Vieira. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.
308 f.
Orientador: Prof. Dr. Alberto do Amaral Junior.
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Comércio Internacional. 2. Direito das Águas. 3. Água Doce. 4. Abastecimento de Água. 5. Recursos Hídricos. 6. Direito Comercial Internacional. 7. Desenvolvimento Sustentável. I. Amaral Júnior, Alberto. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

VIEIRA, Andreia Costa

Título: O Diálogo Sustentável entre o Direito do Comércio Internacional e o Direito à
Água

Tese apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
para a obtenção do título de Doutora em Direito.
Área de Concentração: Direito Internacional

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alberto do Amaral Junior (presidente da banca/orientador)

Instituição: Faculdade de Direito.

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A presente tese é um ponto de chegada de um longo caminho percorrido em um período de quatro anos. Nesse caminho, muitos incentivaram a trajetória, outros forneceram instrumentos para facilitá-la ou para torná-la mais significativa e houve aqueles que, de formas diversas, deram o seu importante apoio em momentos específicos.

Ao Grande Pai do Céu, agradeço por todas as oportunidades concedidas e por todas as inspirações e força, principalmente nos momentos em que não era tão fácil escrever a linha seguinte.

Ao meu orientador, Alberto do Amaral Junior, grande mestre, professor, amigo e conselheiro, que, desde o início, acreditou nesse trabalho e me inspirou com sua seriedade e profissionalismo, me orientou com a indicação de textos, diálogos, correções e sugestões, me auxiliou no aprofundamento da área, e, principalmente, por ter me ajudado a ver a vida e o magistério do Direito Internacional com outros olhos.

À FAPESP, por ter me concedido todo o apoio financeiro para que esse trabalho ora apresentado pudesse ser verdadeiramente internacional, ousadamente original e divulgado nos muitos eventos nacionais e internacionais dos quais tive a feliz oportunidade de participar.

Aos professores das minhas disciplinas de doutorado, tanto da Faculdade de Direito da USP, como do Instituto de Relações Internacionais, que muito contribuíram para minha formação acadêmica: Professor Umberto Celli Junior, Professor Fernando Scarff, Professor André Carvalho Ramos, Professor Celso Lafer, Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, Professora Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux, Professor Wagner Menezes, Professora Elizabeth de Almeida Meirelles, Professor Calixto Salomão Filho, Professor Rafael Antônio Duarte Villa e Professora Rossana Rocha Reis.

Aos membros da banca de qualificação, Professor Umberto Celli Junior e Professora Ana Maria Nusdeo que, ao partilharem comigo suas opiniões e alguns materiais de pesquisa, me fizeram enxergar a necessidade de dar uma nova estrutura ao texto então apresentado e fazer um aprofundamento em alguns pontos específicos da pesquisa.

À minha ex-aluna, orientanda de monografia de conclusão de curso e atual colega de profissão, Ilma de Camargos Barcellos, que, em 2007, ao escolher seu tema de pesquisa para o TCC do Curso de Direito, na Universidade de Vila Velha – ES, despertou em mim o interesse pela temática de proteção da água doce.

A todos os meus demais alunos, em todos esses anos de docência, das distintas instituições em que lecionei, que comigo travaram debates e diálogos me incentivando, cada vez mais, ao aprofundamento do Direito Internacional.

Aos funcionários da FDUSP, em especial às secretárias do Departamento de Direito Internacional, sempre prontas a ajudar.

Aos meus colegas e amigos do doutorado da FDUSP, em especial à Pilar Carolina Villar, com quem tive a oportunidade de, entre um café e outro, compartilhar trabalhos acadêmicos, trocar muitas ideias, muitos textos e obter o apoio e o incentivo que precisava.

A todos os professores, amigos e colegas do Lauterpacht Research Centre for International Law, da University of Cambridge, que me incentivaram nos meus últimos meses de pesquisa e aprofundamento dessa tese e que, num e noutro “*11 am coffee break*”, discutiram comigo muitas das minhas ideias, tendo-me ajudado a refiná-las.

Aos meus pais e minhas irmãs, por todo o apoio dado, principalmente ao longo desses anos de doutoramento.

À minha tia Ana, por todo o apoio dado nesses meus quatro anos de São Paulo.

Aos amigos da Comunidade Nova Semente, da Rua Cubatão, n. 77, São Paulo, com os quais obtive apoio emocional e espiritual para esses quatro anos de percurso de doutoramento.

RESUMO

O Direito Internacional Contemporâneo é um sistema pluralista e tem se defrontado com temas os mais diversos na atual agenda internacional. Um dos temas que têm merecido a preocupação do Direito Internacional é a chamada “crise da água”, assim entendida como a escassez, a poluição, a crise de abastecimento, a sede do setor privado para entrar nesse mercado e os diversos conflitos internacionais em torno da água. A problemática da água envolve, principalmente, três áreas distintas do Direito Internacional, a saber: o Direito do Comércio Internacional, o Direito Internacional do Meio Ambiente e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para lidar com essa problemática e trazer soluções concretas à questão da água, a presente pesquisa sugere um diálogo entre essas distintas áreas do Direito. Parte do pressuposto do Direito Internacional como um sistema, apesar dos seus distintos regimes, identificando-o frente ao fenômeno da globalização e seu consequente fenômeno da governança global, emoldurado por distintos atores internacionais, distintas normas de direito e distintos fóruns de aplicação. Apresenta o Regime do Comércio Internacional e o Regime do Meio Ambiente Internacional, nos quais já se inserem as questões hídricas, e identifica possíveis diálogos entre esses regimes, moldados pela noção de desenvolvimento sustentável. Afirma a existência do Regime Internacional da Água Doce e suas duas bases de construção estrutural e desenvolvimento: o Direito Internacional da Água Doce para fins diversos da navegação e o Direito Humano à Água. Apresenta os elementos de cada uma dessas defesas e conclui pela existência e desenvolvimento desse regime, cuja consolidação deve ser feita através de um diálogo com o Regime do Comércio Internacional. Nesse proposto diálogo, apresenta dois tipos de interação entre regimes: a interação conflitual e a interação relacional. Como interação conflitual, faz dialogar as normas do GATT e do GATS com as normas do Regime Internacional da Água Doce. Como interação relacional, traz propostas concretas que harmonizam o comércio internacional e a proteção das águas doces, a saber: a criação de uma agência especializada, no âmbito da ONU, para assuntos hídricos; a criação de uma Convenção Quadro sobre recursos hídricos e a criação de um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a água e seu consequente mercado de *water certificates*. Após detalhar esse hibridismo das normas sobre recursos hídricos, conclui pela legitimidade dessa interação relacional e pelos ganhos que podem advir em favor de um desenvolvimento sustentável, através desse diálogo entre o Direito do Comércio Internacional e o Direito à Água.

Palavras-Chave: Direito à Água. Comércio de Água. Regimes no Direito Internacional. Diálogo das Fontes. Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a Água.

ABSTRACT

The contemporary International Law is a pluralistic system that has faced distinct issues in the contemporary international agenda. One of these issues is the so termed “water crisis”, which comprises scarcity, pollution, water supply matters, the eagerness of the private sector to dominate it and the different international water conflicts. Water issues have mainly evolved through three different subjects of International Law: International Trade Law, International Environmental Law and International Law of Human Rights. To deal with these issues and to bring about real solutions to the “water crisis”, this research suggests a dialogue between these three different law subjects. It starts with the conjecture that International Law is a system, despite its different regimes, and identifies it within the phenomenon of globalization and its consequent phenomenon of global governance - shaped by distinct international actors, distinct rules and distinct adjudication fora. It presents the International Trade Regime and the International Environmental Regime, within which the water issues can be found, and points out possible dialogues between these regimes, shaped by the notion of sustainable development. It affirms the existence of the International Freshwater Regime and its two structural and developmental bases: the International Law of Non-Navigational Uses of Watercourses and the Human Right to Water. It introduces each element of these two subsystems and it concludes for the existence and development of the International Freshwater Regime, whose consolidation should be built on a dialogue with the International Trade Regime. Within such a proposal of dialogue, it presents two kinds of regime interaction: a conflict interaction and a relational interaction. As a conflict interaction, it brings about a dialogue between the GATT and the GATS rules and the International Freshwater Regime rules. As a relational interaction, it points out real instruments to harmonize international trade law and freshwater protection: the creation of a specialized agency under the United Nations auspices; the creation of an umbrella-convention on water resources; and the creation of a clean development mechanism and its consequent water certificates market. After explaining the hybridism of the water resources rules, it concludes for the legitimacy of this relational interaction and the gains it may have towards a sustainable development through a dialogue between International Trade Law and the Right to Water.

Key-Words: Right to water. Trade of water. International Law Regimes. Dialogue of sources. Water Clean Development Mechanism.

“Thousands have lived without love, not one without water”.

W. H. Auden

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

AB	Appellate Body
ABS	Access and Benefit Sharing
ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
ANA	Agência Nacional de Águas (Brasil)
ASA	Acordo sobre Agricultura
ASMC	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
BIRD	Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
BM&F	Bolsa de Mercadorias e Futuro
BOT	Build, Operate and Transport
CDB	Convenção sobre Diversidade Biológica
CDI	Comissão de Direito Internacional
CEDAM	Conselho Europeu de Direito Ambiental
CEDHA	Centro de Direitos Humanos e Meio Ambiente
CMC	Convenção sobre Mudança Climática
CPC	Central Product Classification
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CITES	Convention on International Trade of Endangered Species
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CTE	Committee on Trade and Environment
DDT	Diclorodifeniltricloroetano
DES	Direito Especial de Saque
DIVERSITAS	International Programme of Biodiversity Science
DS	Dispute Settlement
ECOSOC	Conselho Econômico e Social
ECEL	European Council on Environmental Law
EMOS	Empresa Metropolitana de Obras Sanitárias (Chile)
EMIT	Environmental Measures and International Trade Group
EPPs	Environmental Preferable Products
ESC	Entendimento sobre Solução de Controvérsias
ESSP	Earth System Science Partnership
ETOSS	Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (Argentina)
E.U.	European Union
EUA	Estados Unidos da América
EUROSTAT	European Statistics Database
EUWI	European Union Water Institute
FAO	Food and Agriculture Organization
FMI	Fundo Monetário Internacional
GA	General Assembly
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade in Services
GEF	Global Environmental Fund
GEM	Goods for Environmental Management
GWP	Global Water Partnership
GWSP	Global Water System Project
H.S.	Harmonized Commodity Code System
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development

ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IDA	International Development Association
IFC	International Finance Corporation
IGBP	International Geosphere-Biosphere Programme
IGO	International Governmental Organization
IHDP	International Human Dimensions Programme
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILI	International Law Institute
INBO	International Network of Basins Organisation
IOMC	International Organization for the Sound Management of Chemicals
ISO	International Standards Organization
IWA	International Water Association
IWRA	International Water Resources Association
IWMI	International Water Management Institute
JMP	Joint Monitoring Programme
LCSS	Lista de Classificação Setorial de Serviços
MDL	Mecanismo de Desenvolvimento Limpo
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MFN	Most Favored Nation
MIGA	Multilateral Investment Guarantees Agency
NAFTA	North America Free Trade Area
NGO	Non-Governmental Organization
NY	New York
OCDE	Organization for Economic Cooperation and Development
ODM	Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
OEA	Organização dos Estados Americanos
OFWAT	The Water Services Regulation Authority (UK)
OG	Organização Governamental
O.I.	Organização Internacional
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OPEP	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
OTCA	Organização do Tratado de Cooperação Amazônica
PDCP	Pacto de Direitos Cíveis e Políticos
PDESC	Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PEDs	Países em Desenvolvimento
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PNUMA	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
POPs	Poluentes Orgânicos Persistentes
PPPs	Parcerias Público Privadas
RCE	Reduções Certificadas de Emissões
REsp	Recurso Especial
RIOB	Reséau International des Organismes de Bassin

RIOC	Red Internacional de Organismos de Cuenca
SABESP	Empresa de Abastecimento e Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SBA	Stand-By Agreement
SDL	Sustainable Development Law
SNIS	Sistema Nacional de Informação e Saneamento
SPS	Sanitary and Phytosanitary Agreement
ST-Annex	Special Treatment Annex
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
SUS	Sistema Único de Saúde (Brasil)
TBT	Technical Barriers to Trade Agreement
TED	Trade and Environment Database
TFDD	Transboundary Freshwater Dispute Database
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UE	União Europeia
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Seas
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	United Nations Education, Science and Culture Organization
UNESCO-IHE	Institute for Hydraulic and Environmental Engineering
UNICEF	United Nations Children's Fund
UN-Water	United Nations Water
UNWRA	United Nations Water Resources Agency
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
U.S.	United States
WC	Water Certificate
WCRP	World Climate Research Programme
WFN	Water Footprint Network
WHO	World Health Organization
WTO	World Trade Organization
WWC	World Water Council
WWPI	World's Water Pacific Institute

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 - O ESTADO DA ARTE - INVENTÁRIO ACERCA DA CRISE DA ÁGUA E SEU RESPECTIVO COMÉRCIO INTERNACIONAL	21
1.1 Introdução	21
1.2 A crise do abastecimento de água no mundo e os conflitos internacionais.....	22
1.2.1 A crise do abastecimento de água	22
1.2.2 Os conflitos internacionais em torno da água	27
1.3 A política de privatização dos serviços de água	35
1.3.1 França	40
1.3.2 Reino Unido	42
1.3.3 Argentina	44
1.3.4 Bolívia	47
1.3.5 Uruguai	47
1.3.6 Chile	48
1.3.7 Filipinas e Tailândia	49
1.3.8 África subsaariana	50
1.3.9 Estados Unidos e Canadá	51
1.3.10 Brasil	52
1.4 O comércio e transporte internacional de água – um processo de comoditização	55
1.4.1 O comércio e transporte internacional de <i>bulk water</i> e de água engarrafada	56
1.4.2 O comércio internacional de água virtual	62
1.5 Conclusão	64
2 - DIREITO INTERNACIONAL, GOVERNANÇA GLOBAL E INTERAÇÃO ENTRE REGIMES	67
2.1 Introdução	67
2.2 Direito Internacional, Globalização e Governança Global	67
2.3 A teoria dos regimes internacionais	74
2.4 O sistema do direito internacional, o processo de fragmentação e a interação entre seus distintos regimes	77
2.5 A teoria do diálogo das fontes	88
2.5.1 O diálogo sistemático de coerência	91
2.5.2 O diálogo sistemático de coordenação e adaptação	91
2.5.3 O diálogo sistemático de complementaridade	93
2.6 Conclusão	94
3 - O REGIME DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O REGIME DO MEIO AMBIENTE: UMA INTERAÇÃO QUE SE CONSOLIDA ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	97
3.1 Introdução	97
3.2 O direito ao desenvolvimento e dois cenários liberais – o clássico e o contemporâneo	98

3.3 O Sistema de Bretton Woods e o Regime do Comércio Internacional	104
3.3.1 A OMC e os Acordos Multilaterais do Comércio Internacional	104
3.3.2 O Banco Mundial	106
3.3.3 O Fundo Monetário Internacional	108
3.4 O Regime do Meio Ambiente e o Princípio do Desenvolvimento Sustentável	110
3.5 O comércio internacional e a questão do desenvolvimento sustentável	120
3.5.1 Tratados ambientais com restrições comerciais	120
3.5.2 A incorporação do desenvolvimento sustentável em tratados comerciais	126
3.5.3 O GATT e as exceções ambientais do Artigo XX	127
3.5.3.1 Medidas necessárias à proteção da vida e da saúde	130
3.5.3.2 Recursos naturais exauríveis	133
3.5.3.3 A interpretação do caput do Artigo XX e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados	134
3.5.4 O GATT e bens ambientais	140
3.6 Outros tratados comerciais e o desenvolvimento sustentável	142
3.7 O GATS e o desenvolvimento sustentável	148
3.7.1 Regras gerais no GATS	148
3.7.2 Acomodação de policy space dos Estados no GATS	151
3.7.3 GATS e serviços ambientais	153
3.8 Conclusão	163

4 - O REGIME INTERNACIONAL DA ÁGUA DOCE E O DIREITO HUMANO À ÁGUA 166

4.1 Introdução	166
4.2 O Direito Internacional da Água Doce	167
4.2.1 As teorias da soberania dos Estados sobre seus recursos hídricos	167
4.2.2 O desenvolvimento do Direito Internacional da Água Doce	174
4.2.3 O Direito Internacional das Águas Subterrâneas	182
4.2.4 Organizações e Entidades Internacionais criadas para assuntos hídricos	184
4.2.5 Constatações sobre o Regime Internacional da Água Doce	188
4.3 O Direito Humano à Água	189
4.3.1 O direito humano à vida: três dimensões	190
4.3.2 A construção do Direito Humano à Água	192
4.4 O Direito Internacional e o Direito à Água	193
4.5 O Direito Internacional à Água propriamente dito	200
4.6 O Direito Internacional Regional e o Direito à Água	204
4.7 Tribunais e Comitês Internacionais e o Direito à Água	207
4.8 Relatórios do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ...	211
4.9 Conteúdo Normativo do Direito à Água	213
4.10 A eficácia do Direito à Água	220
4.11 O direito à água no Direito Comparado	225
4.12 O Direito à Água e a Política Brasileira de Recursos Hídricos e Saneamento Básico	232
4.12.1 A Política Nacional de Recursos Hídricos	233
4.12.2 A Política Nacional de Saneamento Básico	236
4.13 Conclusão	241

5 - O DIÁLOGO SUSTENTÁVEL ENTRE O REGIME INTERNACIONAL DA ÁGUA DOCE E O REGIME DO COMÉRCIO INTERNACIONAL 244

5.1 Introdução	244
5.2 Uma interação possível	244
5.3 Uma interação conflitual	246
5.3.1 O GATT e sua aplicação à água	246
5.3.2 – O GATS e a liberalização do comércio de serviços de água e saneamento Básico	253
5.4 – Uma interação relacional	256
5.4.1 – A proposta de uma Organização Internacional da Água	261
5.4.2 – A proposta de uma Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos	263
5.4.3 – A proposta de um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a Água	270
5.4.4 – A legitimidade dessa interação relacional	274
5.5 Conclusão	280
CONSIDERAÇÕES FINAIS	283
REFERÊNCIAS	294

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Contemporâneo é um sistema pluralista e tem se defrontado com temas os mais diversos na atual agenda internacional. Por pluralista, compreende-se sua subdivisão ou ramificação nas mais distintas áreas do saber, dentre elas a de direitos humanos, comércio internacional, meio ambiente, diplomacia, guerra e paz e tantas outras. A escassez, a poluição, a crise de abastecimento de água doce no mundo, a sede do setor privado para entrar no mercado da água e os diversos conflitos internacionais em torno da água são temas que têm sido destaque nessa agenda. A problemática da água envolve três áreas distintas do Direito Internacional, a saber: o Direito do Comércio Internacional, o Direito Internacional do Meio Ambiente e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para lidar com essa problemática e trazer soluções concretas à questão da água, torna-se necessário que essas distintas áreas do Direito dialoguem entre si e encontrem um denominador comum. Antes, porém, de partir para uma análise de Direito Internacional considerando essas distintas áreas, a presente pesquisa identifica o que tem sido denominado “crise da água”.

O primeiro capítulo traz um inventário acerca da “crise da água” e seu respectivo comércio internacional. Tem por título o “Estado da Arte”, uma vez que agrupa as pesquisas dos mais distintos *scholars* acerca da temática e identifica em que estágio se encontra a regulamentação dessa área. Identificam-se, nesse capítulo, questões de escassez, poluição, desperdício, gerenciamento hídrico inadequado, comercialização e exploração inadequadas desse recurso natural, além de alguns conflitos internacionais em torno da água. Na sequência, faz-se uma abordagem acerca do que tem sido chamado de comoditização da água. O fenômeno da comoditização se estende desde a polêmica questão da privatização dos serviços de água até a compra e venda de água propriamente dita.

A privatização dos serviços de água – política muito incentivada pelo FMI e pelo Banco Mundial, nos anos 1980 e 1990 – foi apontada como a solução do mercado para a “crise da água”, com a implantação de princípios neoliberais. Traz-se, exemplificativamente, a descrição da implantação dessa política de privatização em distintos países, bem como as consequências da mesma nestes, de maneira a identificar até que ponto *the invisible hand of the market* pode ser uma política empregada para os serviços de tratamento e distribuição da água.

Quanto à compra e venda de água propriamente dita, serão apresentados três tipos de comércio, a saber: o comércio de *bulk water*, o comércio de água engarrafada e o comércio do que tem sido denominado pelas ciências econômicas de “água virtual”. A apontada crise da água tem sido emoldurada por cada um desses três tipos de comércio da água. Quanto à *bulk water* (água vendida em grande quantidade para efeito de abastecimento, através de transporte marítimo ou através de tubulações), serão levantadas as preocupações em torno de uma “corrida pela água”, onde alguns países já têm se destacado como grandes vendedores e grandes compradores de água para abastecimento público e para abastecimento de suas indústrias. Quanto ao comércio de água engarrafada, serão identificadas as preocupações centrais e o crescimento desse setor, que já é apontado como um dos mais lucrativos no mundo, à revelia de preocupações ambientais e sociais. Quanto ao comércio de “água virtual”, serão levantadas algumas explicações de ordem econômica, constituintes da “crise da água”, que precisam ser enxergadas pelo Direito de maneira urgente.

A “crise da água” tem sido entendida, por alguns *scholars* que serão citados no decorrer dessa pesquisa, como uma crise de governança global. No segundo capítulo, o Direito Internacional será apontado como possível instrumento de solução para essa crise de governança global e, consequentemente, para a “crise da água”.

Para tanto, o Direito Internacional contemporâneo será analisado em meio ao contemporâneo fenômeno da globalização e seu consequente fenômeno da governança global, que tem tornado a agenda internacional bastante pluralista, com fortes consequências para o Direito. Uma das maiores consequências sentidas pelo Direito Internacional é a sua subdivisão em distintos regimes internacionais – a saber, o Regime do Comércio Internacional, o Regime Internacional do Meio Ambiente, o Regime Internacional dos Direitos Humanos, o Regime Internacional da Água Doce (cuja existência afirma-se na presente pesquisa) e tantos outros.

Toda essa subdivisão do Direito Internacional faz com que cada um desses regimes desenvolva suas próprias normas, princípios e procedimentos de solução de controvérsias, parecendo se isolar um do outro cada vez mais. Esse fenômeno é identificado como fragmentação do Direito Internacional e tem sido apontado como evidência da inexistência de um sistema de Direito Internacional. A presente pesquisa apresenta essa subdivisão em regimes, trazendo, contudo, a defesa da unidade sistemática, por entender ser importante a consolidação do Regime Internacional da Água Doce, que será um dos principais

elementos da construção da presente tese, no âmbito de uma unidade do Direito Internacional, subordinada a uma coerência sistemática.

A existência de toda essa multiplicidade de regimes faz com que suas normas entrem em conflito muitas vezes, por defenderem valores diversos, ainda que inseridas num mesmo sistema. Para trazer solução a essa problemática conflitual, apontar-se-á um método denominado “interação entre regimes” e, neste, identificar-se-á um elemento da dogmática jurídica, conforme desenvolvido por *scholars*, no Brasil, denominado “diálogo das fontes”.

O terceiro capítulo apresenta um diálogo entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional do Meio Ambiente, uma vez que ambos englobam as questões hídricas, e conclui que uma interação entre esses dois regimes tem sido possível através da consolidação do desenvolvimento sustentável.

Primeiramente, esse capítulo apresentará o direito ao desenvolvimento e sua construção em dois cenários liberais distintos – o clássico e o contemporâneo, de maneira a apontar que o nascimento do chamado “Sistema Bretton Woods”, que engloba o FMI, o Banco Mundial e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT de 1947), teve em vista o desenvolvimento como um fim, sendo que o princípio liberal do livre comércio seria um instrumento utilizado para atingir esse fim.

Nesse capítulo, será apresentado o Regime do Comércio Internacional, que se iniciou com o Sistema Bretton Woods e tem se consolidado através da Organização Mundial do Comércio e seus distintos acordos multilaterais, dentre eles, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT de 1994) e o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), importantes instrumentos normativos do comércio internacional na temática da comercialização de água. Será apresentado, na sequência, o Regime Internacional do Meio Ambiente e a consolidação do princípio do desenvolvimento sustentável. Numa interação entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional do Meio Ambiente, serão identificados distintos tratados ambientais com restrições comerciais. Serão identificadas, ainda, as normas comerciais internacionais previstas no GATT e no GATS e suas denominadas “exceções ambientais ao livre comércio”, bem como a aplicação desses dois acordos ao comércio de bens ambientais e serviços ambientais, respectivamente, uma vez que a água tem sido considerada um “bem ambiental” para o comércio internacional e os seus serviços de tratamento e distribuição têm sido considerados “serviços ambientais”. Essa interação será apresentada como forma de afirmar a absorção do desenvolvimento sustentável tanto pelos tratados ambientais como pelos tratados comerciais e a

possibilidade de consolidação de um Regime Internacional da Água Doce pautado pelo desenvolvimento sustentável dos recursos hídricos.

O quarto capítulo tem como objetivo apresentar e afirmar a existência do Regime Internacional da Água Doce, que, conforme constatação da presente pesquisa, nasceu de duas defesas, a saber: a consolidação do Direito Internacional da Água Doce para fins não navegáveis e a defesa do direito humano à água. Identificar-se-ão, nesse capítulo, os elementos considerados necessários para a existência desse regime – normas e princípios, atores, regras e procedimentos próprios. Quanto à primeira defesa, sua contribuição para a consolidação do Regime Internacional da Água Doce é constatada ao abordar teorias sobre a soberania dos Estados sobre suas águas, questões transfronteiriças e o gerenciamento dos recursos hídricos. Quanto à segunda defesa, traz a sua contribuição para a consolidação do Regime Internacional da Água Doce com enfoques sociais, civis e ambientais. É através da consolidação do direito humano à água que, conforme constatado na presente pesquisa, o Regime Internacional da Água Doce tem se consolidado com maior força, tendo, nessa defesa, os seus principais documentos internacionais.

O quinto capítulo, por sua vez, traz a proposta central dessa tese, que é o diálogo entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional. Durante todo o desenvolvimento dessa pesquisa, apresenta-se um diálogo possível entre o Direito do Comércio Internacional e o Direito Internacional do Meio Ambiente, com consequências sobre o Direito à Água. Nesse capítulo, esse diálogo é apresentado de forma específica e interacional. Levantam-se, assim, duas formas de interação entre esses dois regimes - a interação conflitual e a interação relacional. Como uma interação conflitual, identifica-se a aplicação do GATT e do GATS à água, como bem e como serviço, respectivamente. Como uma interação relacional, são levantadas algumas propostas da presente tese como instrumentos de Direito Internacional para apontar soluções à “crise da água”. A primeira proposta dessa tese como solução para a crise da água é a formação de uma agência especializada da ONU para assuntos hídricos. A segunda proposta dessa tese é a construção de uma Convenção Quadro, no âmbito dessa agência, para lidar com as principais e mais urgentes questões sobre a água. A terceira proposta dessa tese, elemento da Convenção Quadro ora apresentada, é a criação de um mecanismo de desenvolvimento limpo para a água e seu consequente mercado de certificados da água.

Parte-se do pressuposto de que o Direito não é uma ciência meramente analítica. Trata-se de ciência voltada para apontar soluções ou traçar caminhos a serem seguidos. Por vezes, as soluções jurídicas se adequam a determinado período histórico e são válidas para

aquele momento. Por vezes, são soluções que perduram no tempo e se consolidam como um costume ou um princípio de direito. Em qualquer dos dois tipos de solução, não se descarta, na presente tese, o papel do Direito como um instrumento para se alcançar a Justiça. Também não se fecham os olhos para a sua limitação, no plano internacional, em relação à Política. O Direito Internacional tem sido, por vezes, instrumento para a Política Internacional e, por vezes, orientador desta, mas, muitas das vezes, num exercício de *balance of power*, tem sido ignorado pela Política Internacional. Na presente tese, entende-se que isso não diminui o seu valor. Pelo contrário. Vivencia-se um momento histórico de juridicização das Relações Internacionais. Frente à crise de governança global e à crise de governança da água, apresentam-se alguns dos instrumentos do Direito Internacional para orientar e regulamentar a Política Internacional em questões hídricas. Pretende-se ter, no presente texto, o ponto de partida para se pensar e repensar soluções jurídicas para a “crise da água”.

1 - O ESTADO DA ARTE - INVENTÁRIO ACERCA DA CRISE DA ÁGUA E SEU RESPECTIVO COMÉRCIO INTERNACIONAL

1.1. Introdução

Dois terços do planeta Terra são compostos por água. Durante gerações, essa certeza científica passou a errônea impressão de que esse recurso natural era inesgotável: bastava constatar a sua vasta imensidão. As preocupações em torno de sua escassez são recentes. Os esforços que se têm envidado para resolvê-la são ainda mais recentes.

A expressão “crise da água” tem sido utilizada pela geopolítica, pela economia, pela engenharia e pelo direito, com conotações as mais distintas. Em todas, as conclusões são as mesmas. Trata-se de uma crise de governança, avaliada por essa ou aquela área, de maneira distinta, de acordo com a sua extensão, profundidade, gerenciamento e impactos.

Nesse primeiro capítulo, o objeto de estudo será um inventário acerca dessa “crise da água” estabelecida no mundo, culminando com a introdução da mesma na área do comércio internacional, que tem sido ora apontado como instrumento do setor privado para a solução da crise, ora apontado como instrumento de catalisação da mesma.

Para tanto, apresentar-se-á o estado da arte desse tema, fazendo-se um apanhado das pesquisas já realizadas e publicadas, trazendo as opiniões dos diversos *scholars*.

Iniciar-se-á com uma abordagem sobre a crise de abastecimento no mundo e os conflitos internacionais em torno da água. Para muitos, o mercado é apontado como solução. Passar-se-á, então, a um panorama de implantação da política de privatização dos serviços de água em alguns países, apresentada como política neoliberal de solução pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional. Por fim, apresentarse-ão as pesquisas que discorrem sobre a moderna política de comoditização da água e as distintas maneiras de praticá-la, sob a forma de comércio e transporte internacional de água engarrafada, de *bulk water* e de água virtual.

1.2. A crise do abastecimento de água no mundo e os conflitos internacionais

O Direito Internacional tem sido usado como instrumento para lapidar as relações ou pacificar os diversos conflitos entre as nações. Essa instrumentalização do Direito Internacional não é algo novo. É verificada, de maneira formal, desde Grotius e, nos tempos atuais, é comprovada com o ofício das diversas comissões elaboradoras de tratados, com os trabalhos da Corte Internacional de Justiça e com os painéis da Organização Mundial do Comércio, dentre outros fóruns de debates das relações internacionais.

O século XXI desponta com um novo conflito a ser resolvido: a questão da crise do abastecimento no mundo e os prováveis e possíveis conflitos internacionais em torno da água. Nada há pacificado nesse tema. Há pouca regulamentação que, por si mesma, tem sido ineficaz, conforme será aqui apresentado.

1.2.1. A crise do abastecimento de água

Muito se tem debatido sobre a “crise da água”. Pesquisas são encomendadas e publicadas em torno da questão da poluição, da problemática da escassez, da imprudente ação do desperdício, da situação das fontes energéticas, das preocupantes condições de saúde pública em razão do saneamento básico e em torno das possíveis guerras pela propriedade e/ou posse da água.

Contudo, há quem conteste a própria expressão “crise da água”. Castro (2007, p. 99) levanta esse questionamento, apontando o relatório da ONU de 2003, no qual se faz reflexão sobre a existência ou não de uma “crise no setor de recursos hídricos”. Conforme observa, *writing ‘water crisis’ with inverted commas denotes that the very notion that there is a water crisis is a contested matter*¹. Enfatiza que, academicamente, o campo dos que aceitam a existência de uma crise global da água também se divide, quase irreconciliavelmente, em relação à sua dimensão, significado e extensão, bem como acerca de prováveis ações a serem tomadas para superar tal crise ou, pelo menos, minorar seus impactos negativos.

O Relatório da UNESCO (*The United Nations World Water Development*, 2009, p. 14), após apontar as várias preocupações ambientais nesse setor provocadas pelas ações antrópicas, esclarece que elas não são o fator central da crise. Em seu subcapítulo “A crise global da água”, o Relatório descreve como ponto central o aumento do consumo

¹ Escrever a expressão “crise da água”, entre aspas, demonstra que a própria noção de que existe uma crise é algo contestável (tradução livre).

desenfreado nas nações mais industrializadas e com maior renda *per capita*, combinado com a questão demográfica. Assim, ao contrário do que se poderia pensar, não são as nações densamente populosas que trazem maior preocupação, mas as altamente industrializadas, com crescente renda *per capita*, crescente taxa demográfica e crescente consumo.

Nesse mesmo ano de 2009, o *International Water Management Institute* (IWMI) apresentou um relatório de planejamento sobre o gerenciamento de recursos hídricos para os anos de 2010-2012, no qual se pontua a extensão da escassez de água no mundo, que afeta um terço da população mundial, identificando dois tipos de escassez nas bacias hidrográficas pesquisadas: a econômica (*economically water-scarce basins*), devido à falta de investimento em infra-estrutura, que ocasiona a distribuição desigual de água; e a física (*physically water-scarce basins*), quando os recursos hídricos não atendem à demanda da população². O IWMI, apesar de, nesse relatório, centralizar suas pesquisas em algumas áreas regionais (sul da Ásia, região central e sudeste da Ásia e a região africana subsaariana), tem apontado, continuamente em seus relatórios, a inter-relação entre a escassez de água e a mudança climática do planeta.

São centenas de milhões de pessoas em todo o mundo que já sofrem com o problema da escassez de água. Há estimativas de redução da quantidade de água em várias partes do globo, o que, segundo especialistas, tem aumentado o risco de guerras e outras disputas internacionais nessas regiões. Tudo isso faz com que a água se torne, contemporaneamente e em situação de emergência, uma questão internacional. Há cerca de 220 grandes reservas de água em regiões de fronteiras e 261 bacias hidrográficas nas divisas entre Estados diferentes, sem acordos internacionais que regulamentem o seu uso.

Têm-se traçado panoramas assustadores da crise de abastecimento no mundo. Descrevendo as várias regiões do mundo e seus problemas hídricos, alguns pesquisadores apontam os dados que são descritos, a seguir, dentro de suas respectivas subdivisões regionais.

Allan (1997, p. 3) afirma que a região do Oriente Médio já não tem mais água suficiente para o seu consumo desde 1970. Foi a primeira região do mundo a sofrer com escassez crônica de água, o que significa que há pouca água para satisfazer as necessidades básicas da população e indústria locais. Utiliza a expressão “*the region ran out of water*” e

² O IWMI é um instituto internacional de pesquisa sobre recursos hídricos e agricultura, mantido por mais de sessenta países, além de organismos privados, com sede em Sri Lanka. Disponível em: <http://www.iwmi.cgiar.org/Research_Impacts/Research_Themes/MTP/MTP2010-2012.pdf, p. 21> Acesso em 23 Fev 2010.

explica que essa notícia foi pouco divulgada porque não havia qualquer interesse político em fazê-lo, uma vez que os “custos políticos” de uma notícia como essa teriam consequências muito graves.

O abastecimento no Oriente Médio é feito, numa média de 75% do seu total, com a retirada de lençóis de água. Estima-se que, nessa proporção, nos próximos 50 anos, haverá um esvaziamento praticamente total dessas águas subterrâneas, sendo graves as situações do Irã, de Israel, da Palestina e da Jordânia (BARLOW; CLARKE, 2002).

No Irã, além da retirada desenfreada das águas subterrâneas, a crise da água tem se agravado em decorrência de secas constantes.

No Estado de Israel, cerca de 13% da água subterrânea tem sido contaminada por fertilizantes durante os processos de cultivo e irrigação do solo, tendo sido frequentes as demandas pela dessalinização da água para consumo direto pela população. A dessalinização poderia ser apontada como uma solução para essa crise no mundo não fossem negativas algumas de suas características. Trata-se de um processo que consome muita energia e, geralmente, é feito à base de queima de combustíveis fósseis e produção de gases tóxicos na atmosfera. É um processo caro e, até hoje, só países mais ricos têm podido realizar a dessalinização de águas marinhas. Além disso, é um produto de grande desperdício: para cada galão de água do mar processada, apenas um terço se torna água boa para consumo. É também um processo altamente poluente. Os dois terços restantes se tornam uma salmoura salina que, se retornada aos oceanos, constitui poluição, em razão da concentração e resíduos acumulados, podendo contribuir para a morte de muitas espécies marinhas (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 213).

Na região da Palestina, a água subterrânea está sofrendo um processo de salinização. Na Jordânia, após o desvio das águas do Rio Jordão pelo Estado de Israel para os projetos de irrigação, o nível de suas águas baixou consideravelmente, estando a população a fazer uso da água subterrânea, que já é utilizada cerca de 20% acima de sua capacidade de reabastecimento.

Em várias regiões da África, a situação não é diferente, mas se agrava, principalmente, nos territórios da Líbia, Egito, Sudão, Quênia e África do Sul (BARLOW; CLARKE, 2002). A Líbia, tendo esgotado suas fontes de água fluvial, está sendo abastecida com as águas subterrâneas do aquífero Nubian, que atravessa, além de seu território, partes do Chade, Egito e Sudão. Como parte de um projeto de abastecimento do Governo da Líbia, um aqueduto de 1.860 km está sendo construído para transportar água doce da bacia do Kufra, na região do deserto do Saara. Na capital do Quênia, Nairobi, em

razão da escassez da água, a população que reside em favelas perfurou as tubulações de esgoto para se abastecer. Enquanto isso, a África do Sul, o país mais rico do continente, tem cerca de 15 milhões de pessoas sem qualquer acesso direto à água.

A água doce tem sido um dos mais sérios assuntos na ordem do dia do Governo da China. Em relatório bienal preparado para o *Pacific Institute*, Gleick et al (2008, p. 79) enfatizam que a China é o país que enfrenta as maiores dificuldades no abastecimento de água. A situação nesse país tem se intensificado com as mudanças climáticas. A geleira que abastece grande parte da China (dentre outras nações asiáticas) está derretendo em ritmo desenfreado, sendo que alguns setores, tais como o da irrigação, têm sido prejudicados sem perspectiva de retorno a um *status quo*. A grande maioria dos rios asiáticos se originam no platô tibetano, dentre eles o Yangtze, o Mekong, o Ganges e o Brahmaputra.

Barlow e Clarke (2002) também veem a situação da China como digna de grande preocupação. Nesse país, que tem a maior população do globo (cerca de um bilhão de habitantes), apenas 6% de suas reservas são de água potável. Dado o crescimento industrial e populacional, suas bacias hidrográficas estão se esvaziando em ritmo assustador, sendo que mais da metade da população já sofre com a escassez.

Fica evidente, assim, que as preocupações de domínio da China sobre o Tibet não são puramente culturais ou históricas e que as preocupações de outras nações vizinhas, tais como Índia e Paquistão, não se resumem à política e religião.

Por sua vez, o país que tem se destacado pela maior exploração de água subterrânea do mundo é a Índia, onde muitos lençóis freáticos já secaram nas últimas décadas, estando cerca de 90% dos poços com um declínio considerável no nível de água. Por outro lado, conforme observam Barlow e Clarke (2002), em Bangladesh, alguns posseiros de terra pagam pela água 12 vezes mais do que a taxa pública normalmente cobrada, em razão das dificuldades de abastecimento em suas regiões.

Na Austrália, um período prolongado de seca já perdura por 12 anos, impossibilitando qualquer atividade agrícola na região da Bacia do Rio Murray-Darling, onde se verificam, anualmente, grandes incêndios (GLEICK et al., 2008).

Na Califórnia, Estados Unidos, tem-se verificado a pior seca regional da história desse país, onde os efeitos causados pelas mudanças climáticas têm atingido não só as grandes metrópoles do Estado, como também têm prejudicado consideravelmente a agricultura. O uso inadequado das águas do Rio Colorado, bem como a crescente demanda na região, que tem uma das maiores rendas *per capita* dos Estados Unidos, com

consequente alto consumo, são os motivos centrais dessa crise de abastecimento no país (Caubet, 2006, p. 178). Para resolver esse impasse, a água para as irrigações das lavouras da Califórnia tem sido comprada do Canadá. Não é nenhuma surpresa que o então governador da Califórnia afirmou, em manifestação oficial, que “a água é, hoje, mais preciosa do que o ouro” (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 94).

Na América Latina, a situação é também muito grave. Nas cidades fronteiriças do México com os Estados Unidos, há denúncias de que parte da população, em sua maioria, crianças e bebês, bebem Coca-Cola e Pepsi, em razão da escassez de água limpa e do alto custo de água engarrafada. Em Lima, capital do Peru, a classe mais pobre paga cerca de 3 dólares por 1 m³ de água e tem de buscá-la em baldes. Em Honduras, grande parte da água que abastece a população é fornecida por navios-tanque (BARLOW; CLARKE, 2002).

O Brasil tem uma das maiores reservas de água doce do planeta - cerca de 12% do total, conforme afirmam muitos estudos geográficos publicados. Há quem afirme, no entanto, que é uma proporção ainda maior quando consideradas todas as águas subterrâneas. Barlow e Clarke (2002) afirmam que o Brasil tem cerca de 20% dos reservatórios de água potável do mundo, os países da antiga URSS têm cerca de 10,6%, a China tem cerca de 5,7%, o Canadá tem cerca de 5,6%. Outro grande volume de água é encontrado nas chamadas águas glaciais do Ártico, Antártica, Alasca, Groenlândia e Sibéria. Contudo, apesar de todo esse potencial, o Brasil não está imune aos problemas de abastecimento de água, pois o acesso à água é bastante desigual.

Conforme estudos feitos por Tucci et al (2000), na região Norte, situa-se 68% da água doce do Brasil, mas apenas 7% da população brasileira. O Nordeste, com 29% da população nacional, possui 3% das reservas de água doce; enquanto o Sudeste, com apenas 6% das reservas de água abastece cerca de 43% da população brasileira.

Além das desigualdades proporcionais entre a água e a população, as regiões ainda enfrentam problemas, tais como a poluição dos rios, o desmatamento em regiões de nascentes, o crescimento desordenado dos centros urbanos e algumas outras questões de natureza política. Em razão dessa desigual distribuição dos recursos hídricos, ainda que o Brasil tenha grande quantidade de águas subterrâneas, muitos Estados brasileiros enfrentam problemas com a escassez de água, ora por falta de investimentos (razões econômicas), ora pelas limitações naturais (razões físicas).

Palaniappan e Gleick (2008, p. 3) denominam essa crise vivenciada pelo setor hídrico de “pico da água”, em analogia ao chamado “pico do petróleo”. Sugerem que não se estão, na verdade, esgotando as “reservas de água”, mas, sim, a capacidade do planeta

de sustentar sua demanda, uma vez que a água é um recurso renovável. Ou seja, após usada, ela retorna ao seu ciclo hidrológico (evaporação, condensação, absorção pelo solo, formação subterrânea ou formação exposta) para novamente repetir o mesmo processo, de maneira contínua. Em razão disso, não se está, literalmente, acabando com a água (salvo em alguns casos específicos), mas, em certas regiões do mundo, o uso da água tem sido consideravelmente maior que a capacidade natural de repô-la.

A Convenção de Nova York, de 1997, sobre o direito relativo ao uso das águas dos rios internacionais para fins diversos da navegação, preparada pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU, traz previsões acerca de uma obrigação internacional do uso equitativo dos rios, levando-se em consideração fatores geográficos, climáticos, econômicos, sociais, ambientais, dentre outros, visando uma política de boa vizinhança entre as regiões dos rios internacionais. Contudo, teve baixa adesão. Para entrar em vigor, deveria receber 35 ratificações, tendo recebido apenas 11. Dentre estas, encontram-se, em sua maioria, países em desvantagem geográfica em relação às fontes de água, tais como Iraque, Síria, Jordânia e Líbano. Seu texto e suas implicações serão abordados, em maiores detalhes, em outro capítulo.

Em razão desses e de outros fatores, há previsões nada otimistas de que a água poderá ser o motivo de futuras grandes guerras no mundo, assim como o petróleo tem sido. Barlow e Clarke (2002) têm previsto uma corrida em busca do “ouro azul”. Afinal, a água já tem atingido, no mercado, valor econômico e importância de objeto de tensões políticas internacionais.

1.2.2. Os conflitos internacionais em torno da água

As teorias clássicas das relações internacionais baseiam-se na disputa de poder e na manutenção deste. Com o despontar do século XXI, muitos conflitos internacionais têm tido como foco, direta ou indiretamente, o poder de controle da água.

Caubet (2006, p. 166) enfatiza que, em relação aos recursos hídricos, os estereótipos polêmicos das relações internacionais são enunciados da seguinte maneira:

- I – ‘em breve’, a água será um dos motivos essenciais das guerras internacionais;
- II – essas guerras são implicitamente apresentadas como guerras de conquista;
- III – terão lugar em regiões predestinadas e perfeitamente conhecidas, como as bacias fluviais do Oriente Médio, do Nilo ou do Indo.

Em seus comentários, Caubet compreende que a expressão “em breve”, comumente veiculada pela geopolítica, retira a responsabilidade de explicar o assunto e suas causas reais, remetendo o fato para um futuro incerto. Por sua vez, a expressão “guerras de conquista” é utilizada para marcar o necessário controle que deverá haver das fontes e rios ao longo de todo o seu percurso e capacidade de exploração. Entende que esse controle terá, sim, caráter militar, assim como já ocorre com o petróleo. Por fim, conclui pela obviedade do último estereótipo, uma vez que são, de fato, essas as regiões mais afetadas pela raridade da água.

Contudo, o controle da água não se limitará às regiões de escassez. O processo de globalização pelo qual passa, contemporaneamente, o mundo tem ditado novos tipos de conflitos – os “conflitos de mercado”, nos dizeres de Jeffrey Sachs (2008), conforme serão expostos mais adiante.

No Relatório Bial do *Pacific Institute, The World's Water 1998-1999*, Gleick et al. (2000) discorrem sobre os vários conflitos internacionais em torno da questão da água e chegam a verificar que muitas disputas envolvendo a água, de forma direta ou indireta, por razões políticas ou econômicas, foram e têm sido travadas.

Conforme menciona Caubet (2006), a água tem motivado operações militares, por razões táticas ou estratégicas, em várias partes do mundo. Dentre essas situações, podem-se mencionar os ataques às represas do Ruhr, durante a II Guerra Mundial, pelo Comando britânico; os ataques às represas do Vietnã, no período de 1967 a 1975; os ataques, durante as guerras da Iugoslávia (1991) e do Iraque (2003-2005), contra as instalações de captação, tratamento e distribuição de água e contra os diques, represas e canais que abasteciam populações civis.

Zhang et al. (2007) publicaram um estudo no qual analisam 899 conflitos armados ao longo do último milênio, concluindo que as mudanças climáticas e a consequente escassez de água desempenharam um papel catalisador muito mais forte do que se tinha publicado anteriormente. Essas pesquisas trazem um alerta quanto à necessidade de preparação para os futuros conflitos que terão como motivo principal a escassez de recursos hídricos, dentre outros fatores provocados pela mudança climática.

Swain (1997), da Universidade de Uppsala, da Suécia, publicou uma pesquisa na qual discute as disputas travadas em torno do Rio Nilo, envolvendo Etiópia, Sudão e Egito. A grande maioria das nascentes do Rio Nilo (cerca de 85% de seu volume) aflora na Etiópia. Esse País construiu barreiras que contêm o fluxo de águas que corriam para o Egito. Este, por sua vez, tem aumentado os investimentos em irrigação, estando a consumir

cerca de dois terços do fluxo do rio nesses projetos, o que tem gerado várias disputas entre esses dois países. Não há entre o Egito e a Etiópia nenhum acordo diplomático sobre o uso das águas do Rio Nilo. Na verdade, cerca de 261 grandes rios têm cursos em diferentes territórios sem acordos que disciplinem o uso de suas águas.

Em 1944, México e Estados Unidos assinaram um tratado internacional para a utilização das águas dos Rios Colorado, Tijuana e Rio Grande, garantindo ao México uma quantidade anual de águas dessas fontes, sem se ater à qualidade das mesmas. Os manejos agrícolas e industriais, então implantados nas áreas dessas bacias hidrográficas em território dos Estados Unidos, afetaram consideravelmente a qualidade das águas desses rios, levando o México a reclamações em face dos Estados Unidos. Em 1974, após várias negociações, chegaram a um acordo bilateral que interpretava o Acordo de 1944, garantindo ao México a mesma qualidade de água fornecida nos Estados Unidos, mediante, dentre outros mecanismos, um processo de dessalinização³.

O conflito entre Israel e Palestina pela Faixa de Gaza tem sido apontado como uma das grandes disputas hídricas do mundo. Após a ocupação indevida dos territórios palestinos, os israelitas passaram a receber cinco vezes mais água do que o povo palestino (MCCLIN, 2002)⁴.

Deve-se lembrar que, segundo os padrões do Direito Internacional, as águas dessa região são internacionais e a ocupação indevida desses territórios faz com que a arbitrariedade no manejo de seu uso seja considerada ilegal⁵. Numa análise da história do Estado de Israel, conclui-se que a política de ocupação indevida moveu o Estado de Israel para a conquista de terras que representassem o domínio sobre os recursos hídricos.

Caubet (2006, p. 170) comenta o Apêndice B do acordo interino israelo-palestino para a Cisjordânia e a Faixa de Gaza, de 1995, denominado “Oslo II”, pelo qual Israel reconhece os direitos dos Palestinos à água da Cisjordânia. Contudo, por razões político-

³ Trade and Environment Database Cases (TED), American University, Washington D. C. Disponível em: <<http://www.american.edu/TED/SUPER.HTM>> Acesso em 28 Fev. 2010.

⁴ Segundo Lein, apud Mccllin (2002), vários métodos foram usados para atingir esse objetivo: “First, Israel formalized the unequal division of the shared groundwater that was established prior to the occupation: capping Palestinian consumption, banning the digging of new wells, and putting quotas on how much water could be extracted from existing wells. Then it set about exploiting new water resources it didn't control before the 1967 War, such as the Eastern Aquifer in the West Bank and the Gaza Aquifer. These new water resources primarily benefit the Israeli settlements that are still being established in those areas -- even though those settlements are illegal. (Under international law, the West Bank and the Gaza Strip are defined as occupied territories and are therefore subject to the Geneva Conventions on the laws of war. The convention expressly prohibits moving people from the occupying county, i.e. Israel, into the occupied country, i.e. Palestine)”. In: MCCALLIN, J. Israel and Palestine struggle over water in an arid land. 28/Feb, 2002. Disponível em: <<http://www.grist.org/article>> Acesso em 1 Mar. 2010.

⁵ Ver decisão da CIJ no Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997).

militares, as negociações travadas durante o período interino sobre essas águas foram interrompidas. Assim, ficou determinado pelo Governo israelense que a água utilizada na Faixa de Gaza continua a ser provida pela companhia israelita de água Mekorot. Portanto, não é demais dizer que a “Guerra de Gaza” é também uma “guerra pela água”.

Em 1978, Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela assinaram o Tratado de Cooperação Amazônica. Em 1995, esses países signatários acordaram em criar a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA). Em 1998, a OTCA foi estabelecida com secretaria em Brasília. Dentre outros direitos, são definidos nesse tratado e fiscalizados pela OTCA a liberdade de navegação comercial no curso do Rio Amazonas e seus afluentes, o uso e aproveitamento dos recursos naturais da região como sendo direito inerente à soberania de cada Estado e a menção sobre esforços conjuntos com vistas à utilização racional dos recursos hídricos. O tratado não apresenta proposta concreta sobre a utilização das águas amazônicas e dificilmente poderia servir de base para a solução de conflitos em torno da água na região.

Em 2002, foi apresentado, na OTCA, o projeto “Gerenciamento Integrado e Sustentável dos Recursos Hídricos Transfronteiriços na Bacia do Rio Amazonas”, que pode ser o primeiro passo para resolver as lacunas deixadas pelo Tratado de Cooperação Amazônica. Com o apoio do Fundo para o Meio Ambiente Mundial (GEF), o projeto pretende agrupar capacitação institucional e humana, fortalecimento das instituições acadêmicas dos países envolvidos para o gerenciamento de recursos hídricos e monitoramento e previsão de impactos causados pelas mudanças climáticas.

Fenzl (2010), professor e pesquisador da Universidade Federal do Pará, nomeado coordenador desse projeto, elucida que, numa primeira fase, o trabalho de pesquisa levantará dados e identificará zonas consideradas mais críticas nos países-membros, tais como regiões atingidas por secas e inundações e sobre ecossistemas hídricos ameaçados.

Contudo, a Bacia Amazônica não é a única bacia brasileira de potencial conflito. Outra bacia também tem sido fonte de preocupação: a Bacia do Prata.

A Bacia do Prata é a segunda maior na América do Sul, percorrendo 5 países: Brasil, Bolívia, Argentina, Paraguai e Uruguai, englobando três principais rios: o Paraná, o Paraguai e o Uruguai. É considerada por estudiosos uma das dez bacias no mundo sofrendo diversos tipos de “riscos” (WONG et al., 2007, p. 14).

Em 1970, esses cinco países assinaram tratado de cooperação da Bacia do Prata e, desde então, questões políticas e administrativas têm sido regidas por esse acordo. Não há registros de confronto direto entre esses países em razão do uso de suas águas, mas na

medida em que a política na América do Sul segue rumos incertos, o uso, navegação e privatização de serviços de água na região podem gerar preocupações de ordem internacional, a exemplo do que tem ocorrido com a política na Bolívia.

O Tratado da Bacia do Prata não faz previsão quanto às águas do Aquífero Guarani. Trata-se de uma das maiores reservas subterrâneas de água doce do mundo, perfazendo uma área de 1,2 milhão de km², com um volume aproximado de 45 milhões de litros de água, que percorre as áreas subterrâneas da Bacia do Prata.

Sindico (informação verbal, 2010)⁶, em trabalho que desenvolve na Universidade de Surrey, Inglaterra, estuda o gerenciamento sustentável do Sistema do Aquífero Guarani (*Guarani Aquifer System – AGS*), com o objetivo de conscientizar a sociedade internacional acerca da importância das águas do aquífero, bem como de preparar documento internacional que regulamente seu uso (anexo ao Tratado da Bacia do Prata ou independente deste). Em seu trabalho, descreve as preocupações de conflito na região. Villar (2012) também apresenta consolidada pesquisa de doutorado acerca do aquífero, onde aponta as muitas dificuldades enfrentadas para o gerenciamento sustentável de suas águas. Expor-se-á um pouco mais de sua pesquisa em outro capítulo desse trabalho.

Há, contudo, estudiosos que contestam a cientificidade das pesquisas em torno dos conflitos hídricos e da chamada “crise da água” e que, por sua vez, traçam um panorama diferente do apresentado.

Castro (2007, p. 109) menciona que uma cooperação pacífica em torno das questões hídricas tem sido mais comum do que conflitos armados.

Em trabalho apoiado pela UNESCO, Wolf, Yoffe e Giordano (2003, p. 2) passaram oito anos recolhendo dados e sua pesquisa levou em consideração todas as bacias hidrográficas do mundo, remontando aos primeiros registros históricos de cada uma. Para chegar às conclusões sobre a era moderna, tomaram por base os anos de 1948-1999. Afirmam, assim, que nunca houve guerra sobre água nos tempos modernos. O único conflito realmente bélico travado em torno de questões hídricas que identificam ocorreu há 4.500 anos entre as cidades-estado de Lagah e Umma, sobre o Tigres e o Eufrates. Criticam as posições de Gleik, por entenderem que nunca foram empiricamente testadas. Por outro lado, certificam que a cooperação em torno das questões hídricas têm prevalecido sobre os conflitos, confirmando que, entre os anos 805 a 1984, mais de 3.600

⁶ Exposição feita pelo Prof. Francesco Sindico (University of Surrey, UK), na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 19 Ab. 2010.

tratados relacionados à água foram assinados entre os diversos países. Concluem que, havendo tratado, há cooperação e, consequentemente, risco de conflito muito menor.

Furthermore, once cooperative water regimes are established through treaties, they turn out to be impressively resilient over time, even when between otherwise hostile riparians, and even as conflict is waged over other issues. These patterns suggest that the more valuable lesson of international water may be as a resource whose characteristics tend to induce cooperation, and incite violence only in the exception.

(...)

To further assess the role of treaties as institutional mechanisms capable of mitigating conflict, we analyzed the impact of treaties on annual levels of conflict/cooperation for each country pair, dividing between country pairs that have treaties, and those that do not. Overall, basins without treaties were significantly more conflictive than basins with treaties. We also found that in the three-year period following treaty signature, average levels of conflict/cooperation were significantly higher than in “normal” years. Perhaps surprisingly, we found that in the three-year period preceding treaty signature, the average level of conflict/cooperation was no different than in “normal” years. Treaty years, naturally, were the most cooperative. Since only 55 of the world’s 263 international basins have treaties, these findings are significant⁷ (WOLF; YOFFE; GIORDANO, p. 2; 12).

Quando a cooperação é feita por meio de tratados, há uma possibilidade muito grande de perdurar. Contudo, conforme apontado pelos pesquisadores acima, das 263 bacias hidrográficas do mundo (há quem diga que são 261, ao todo, por consideram águas comuns algumas destas), apenas 55 têm tratados que as regulamentam.

Por outro lado, Caubet (2006, p 171) justifica uma aversão à expressão “guerra” sobre a água, por entender que, após a II Guerra, essa expressão “desapareceu” do vocabulário oficial do direito internacional público, sendo substituída pela expressão “conflito”. Por sua vez, as autoridades de direito internacional da ONU e de suas agências, bem como de outros organismos, têm evitado classificar disputas como conflitos internacionais.

⁷ Além disso, uma vez que regimes de cooperação sobre a água são estabelecidos através de tratados, eles parecem perdurar no tempo, mesmo entre Estados vizinhos hostis, e mesmo quando o conflito ocorre por outras razões. Esse padrão sugere que a lição mais valiosa sobre águas internacionais podem ser recursos que incentivem a cooperação, e apoiem a solução conflitual excepcionalmente. Para melhor avaliar o papel dos tratados como mecanismos capazes de mitigar conflitos, analisamos o impacto anual de tratados sobre os conflitos/cooperação para cada par de países considerados, dividindo-os entre países com tratados e países sem tratados. No geral, as bacias sem tratados são consideravelmente mais conflitivas que as bacias com tratados. Consideramos também que nos três anos subsequentes à assinatura dos tratados, a cooperação entre os Estados é significativamente maior que no período “normal”. Nos três anos antecedentes à assinatura do tratado, o nível de cooperação/conflito não era diferente do restante do período considerado “normal”. Certamente, o período com tratado em vigor foi aquele de maior cooperação entre os Estados. Uma vez que apenas 55 das 263 bacias têm tratado, esses dados são bastante significativos.

Deve-se ter, contudo, alguns cuidados com essas conclusões. Primeiro, ainda que se aceite o fato de ter havido “pouco” conflito armado cujo motivo central seja o controle de água, isso reflete o fato de nunca ter, de fato, “faltado” água. Segundo, nunca a população mundial atingiu os números de densidade demográfica atuais e sua crescente demanda de água potável, além do consumo *per capita* elevadíssimo nas regiões mais abastadas e industrializadas.

Conforme observado por Zhang (2007), a água pode não ter sido o fator principal de muitos desses conflitos. Foi, contudo, o fator catalisador de uma grande parte deles.

Castro (2007) ainda menciona que nem sempre o conflito é visualizado de maneira internacional. Por vezes, e na grande maioria das vezes, o conflito é interno, apesar de ter consequências externas.

This highly relevant debate on the potential for international water conflict and cooperation is far from being settled. However, there is a second dimension of water conflicts that continues to receive relatively less attention in the mainstream water policy literature: intra-national water conflicts. This characterization may be misleading, as in fact in many cases water conflicts have both an inter- and an intra-national dimension. Nevertheless, the focus here is particularly on social struggles over water that range from confrontations over the control of water bodies and water infrastructure to urban conflicts over the inequalities and inefficiencies in the access to essential water services. On this subject, there is solid historical evidence showing that the control of water and water systems has played a significant role in the emergence of social and political conflicts, and continue to do so. Thus, water control has been a major factor in the establishment and consolidation of asymmetrical power relations often leading to structural conditions of inequality and injustice in the access to water, not just in the classical “hydraulic civilizations” studied by Karl Wittfogel (WITTFOGEL, 1956, 1959) but also in recent centuries and to the present time⁸. (CASTRO, 2007, p. 109)

Um dos exemplos que comprovam essa conclusão é o da Turquia, que tem se aproveitado de sua situação de país a montante, em detrimento de seus países vizinhos que são países a jusantes, tais como Iraque e Síria, além da população curda situada no curso leste do Eufrates. Caubet (2006, p. 172) menciona que a Turquia, ao administrar o Grande

⁸ Esse altamente relevante debate sobre conflito e cooperação em torno de águas internacionais está longe de ser consolidado. Mas há uma segunda dimensão de conflitos hídricos que continua a receber relativamente pouca atenção na literatura específica sobre água: conflitos hídricos intranacionais. Essa caracterização pode parecer enganar, mas, de fato, os conflitos hídricos têm as suas dimensões inter e intranacionais. Apesar disso, o foco aqui é particularmente nas lutas sociais que vão desde os confrontos e conflitos sobre corpos de água e infraestrutura hídrica até conflitos urbanos em torno das desigualdades e ineficiências no acesso aos serviços de água ditos essenciais. Nesse tópico, há evidência histórica sólida de que o controle da água e dos sistemas de água tem tido um papel importante na emergência de conflitos sociais e políticos e continua a tê-lo. Assim, o controle da água tem sido um fato maior no estabelecimento e consolidação de relações de poder assimétricas, que geralmente levam a condições de desigualdade e injustiça no acesso à água, não apenas nas clássicas civilizações hídricas, estudadas por Karl Wittfogel, como também em séculos recentes e no tempo presente (tradução livre).

Projeto de Anatólia, organiza o espaço regional objetivando, primariamente, uma nova redistribuição forçada ou voluntária da população. No caso do Curdistão, é clara a relação entre a guerra civil e a água, ainda que não se possa afirmar que se trata de uma guerra sobre a água.

Além disso, quando se fala em “conflitos”, não necessariamente se está referindo a “conflitos armados” ou “guerras frias”. As questões hídricas foram relegadas a acordos políticos por milênios. Contudo, entra na ordem do dia uma nova implicação das questões hídricas, que é o seu valor econômico, como se trabalhará adiante. Essa tem sido, hoje, uma das maiores preocupações dos muitos estudiosos em torno das questões hídricas. A comoditização da água tem ganhado um espaço assustador e tem relegado políticas públicas de saneamento básico e abastecimento a objetos de políticas econômicas e financeiras internacionais. O mundo financeiro internacional, sua grande sede pelo lucro e sua consequente altíssima precificação, tem controlado, em muitas partes do globo, as políticas de abastecimento e saneamento básico. A água passou a ser o “novo petróleo” para grande parte dos investidores internacionais, que, em momento algum, preocupam-se com o fato de a água ser necessidade humana vital. Esgotem-se as fontes de petróleo do mundo e o ser humano continuará sobrevivendo. Esgotem-se as fontes de água do mundo e o ser humano não sobreviverá. Coloquem-se preços astronômicos para o barril do petróleo e a saúde ou sobrevivência do ser humano não serão ameaçadas. Fontes de energia alternativas serão usadas. Coloquem-se preços astronômicos para o litro de água e o consumo de água, para dessedentação e higiene, diminuirá consideravelmente. Não há substituto para a água, assim como não há substituto para o ar. A saúde e a vida humana serão afetadas potencialmente.

Vê-se, com esse panorama traçado, que o quadro mundial de escassez de água e os constantes conflitos internacionais em torno da gerência dos recursos hídricos do planeta reclamam uma ação eficaz.

Por muitos, essa ação tem sido apontada como a necessária privatização dos serviços de água e a mercantilização dos recursos hídricos. Passar-se-á, na sequência, a uma exposição do quadro mundial de implantação dessas ações.

1.3. A política de privatização dos serviços de água

Muitas pesquisas têm apontado que vários dos conflitos internacionais que hoje surgem em torno da questão dos recursos hídricos devem-se a uma crise de governança pela qual passa o mundo.

O Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, em seu Relatório de 2001, define “governança” como sendo o exercício das autoridades econômica, política e administrativa que gerenciam os negócios de um país em todos os seus aspectos, compreendendo os mecanismos, os processos e as instituições pelas quais os cidadãos e os grupos articulam os seus interesses, exercem os seus direitos e cumprem com suas obrigações⁹. Nessa fase da pesquisa, será utilizado esse conceito de governança. Mais adiante, será utilizado o conceito oferecido pelas Relações Internacionais acerca de “governança global”.

Baseando-se no Relatório do *Global Water Partnership*, de 2002, Rogers e Hall (2003, p. 7) entendem que a governança da água constitui um conjunto de sistemas de ordem econômica, política, administrativa e social que devem conjugar esforços para desenvolver e gerenciar os recursos hídricos, para os diferentes setores da sociedade.

Por sua vez, Castro (2007, p. 102) observa que, contemporaneamente, o conceito de governança da água não pode fugir do “pluralismo pragmático” que se tem instalado nas diversas esferas da sociedade e do conhecimento. Sob esse prisma, devem-se transcender as formas tradicionais de governança, pelas quais o gerenciamento dos recursos hídricos estaria nas mãos de um ator principal, que é o Estado. Por outro lado, essa construção contemporânea não defende a mera inclusão do setor privado. A eficiência da governança nos setores hídricos compreende, assim, a conjugação de esforços do setor público, do setor privado e da sociedade civil, que deve participar ativamente nesse processo.

Durante o século XIX, os serviços de abastecimento de água e saneamento já eram preocupação governamental nos EUA e na Europa. Os primeiros sistemas eram privados, mas restringiam-se ao fornecimento de água às classes abastadas. Reconhecendo que a situação era de saúde pública e desenvolvimento econômico, o setor público abraçou a causa, principalmente nos países europeus e, assim, a maior parte do século XX foi marcada pela administração pública do setor hídrico na grande maioria dos Estados europeus e nos Estados Unidos (BUDDS; MCGRANAHAN, 2003, p. 90).

⁹ Relatório disponível em:

<http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais> Acesso em 13 Jul. 2012.

O ano de 1980 iniciou o período que ficou conhecido como a “Década Internacional da Água Potável e do Saneamento Básico”, fomentada por agências da ONU, numa tentativa de despertar essa preocupação principalmente nos países em desenvolvimento¹⁰. Foram estabelecidas altas metas de abastecimento e saneamento básico que, ao final desse período, estavam longe de serem atingidas pela administração pública dos diversos países compromissados.

A ideologia neoliberal que se implantou principalmente nos EUA e na Europa, a partir da década de 70, trouxe grandes influências na forma de se repensar o setor hídrico dos países em desenvolvimento. A ineficiência do setor público para adequadamente prover água potável e saneamento básico sugeria a entrada do setor privado nessa esfera.

Em muitos países, tais como a Inglaterra, nos anos 1980, a administração pública estava com altos déficits públicos e precisavam rapidamente de dinheiro em mãos para saldá-los. Além disso, a manutenção de serviços públicos, tais como os serviços de abastecimento e saneamento básico, significavam altos custos para os cofres públicos, com as suas constantes demandas para reparação de equipamentos danificados e manutenção da qualidade da água fornecida, além das questões trabalhistas envolvidas. A possibilidade de privatização de muitos serviços públicos, inclusive os serviços de água, significava a solução financeira para esses problemas, uma vez que a coleta de impostos não estava sendo suficiente e o aumento dos mesmos traria a impopularidade do governo.

Ademais, as instituições financeiras internacionais que comandavam (e comandam) a onda de empréstimos e dívidas externas dos diversos países - principalmente o Banco Mundial e o FMI, eram as maiores pregadoras dessa política voltada para a iniciativa privada no setor hídrico (BUDDS; MCGRANAHAN, 2003, p. 91). Difundiam o pensamento neoliberal, segundo o qual deve haver intervenção mínima do Estado na economia e deve ser passado para o setor privado os serviços que o setor público não pode ou não consegue desenvolver de forma eficiente.

A Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, ocorrida em Dublin, em 1992, produziu a Declaração sobre os Princípios da Água. Dentre os vários princípios estabelecidos, encontra-se a polêmica declaração de que a água tem valor econômico (princípio n. 04), interpretado por muitos estudiosos como uma porta de entrada para o setor privado no gerenciamento dos recursos hídricos. Contudo, independente da interpretação que lhe é dada, o fato é que os agentes financiadores internacionais passaram

¹⁰ Resolução 35/18, documento disponível em:
<<http://www.un.org/documents/ga/res/35/a35r18e.pdf>> Acesso em 13 Ju. 2012.

a adotar a política de privatização de vários setores públicos nos países em desenvolvimento como forma de concessão de empréstimos e renegociação de dívidas.

Há, hoje, diferentes modelos de organização do setor hídrico, destacando-se três, dentre os demais: organização nacional, organização regional (estadual, provincial ou por bacia hidrográfica) e organização local ou municipal (FOSTER, 2005, p. 03).

Até 1990, uma grande maioria dos países na América Latina adotava o modelo de organização nacional, que foi sendo, aos poucos, modificado, com a introdução da política neoliberal e com a adoção de modelos descentralizados, por vezes públicos, por vezes privados.

A expressão “privatização” do setor hídrico tem sido usada para se referir a alguns modelos diferentes adotados pelos diversos países. Tomando o conceito oferecido por Budds e McGranaham (2003, p. 89), o processo de privatização inclui a participação de empresas privadas no setor de abastecimento de água e saneamento básico, assumindo riscos e fazendo investimentos, mas não necessariamente ocorrendo a transferência de propriedade para o setor privado.

Quanto aos modelos privados que foram sendo introduzidos no setor hídrico nos diversos países, há variantes contratuais, que vão desde contratos de serviços (de curta duração e com tarefa específica) e *BOT contracts (Build, Operate and Transport)* até contratos de concessão (com investimentos totalmente privados e riscos inteiramente assumidos pelo setor privado) e desinvestidura (com transferência total ou parcial de propriedade). Além destes, tem-se observado, também, a formação de *joint ventures* (formação de uma nova empresa com a junção de capital público e privado) e cooperativas (criados sob a forma de sociedades limitadas, onde há participação ativa do consumidor na nomeação dos dirigentes).

Em todos os modelos privados implantados na América Latina, houve pouca concorrência, havendo predomínio de três empresas multinacionais vencedoras: a *Suez*, com sede na França, a *Águas de Barcelona*, com sede na Espanha, e a *Veolia/Vivendi*, com sede na França (FOSTER, 2005, p. 07). Em outras partes do mundo, a saber, África e Ásia/Oceania, além da *Suez*, houve domínio da *Veolia/Vivendi*, da *Thames Water*, com sede na Alemanha e da *Saur International*, com sede na França. Essas quatro últimas têm representado o domínio de 80% de privatização dos serviços de água no mundo (BUDDS; MCGRANAHAM, 2003, p. 104).

Além disso, o modelo latino-americano de gerenciamento dos recursos hídricos tem sido considerado uma forma híbrida do modelo britânico com o modelo francês. Foster

(2005, p. 23) explica esse hibridismo pontuando que a tradição de formar agências reguladoras e de se basear em instrumentos reguladores de incentivo vêm do sistema britânico, mas há rejeição quanto a uma total privatização do setor hídrico, que é uma das características daquele sistema. Por outro lado, o sistema latino-americano adota o modelo descentralizador francês em esferas regionais, municipais ou por bacias hidrográficas e tem como base os contratos de concessão, rejeitando, porém, o controle municipal desses contratos sugerido pela experiência francesa.

Mister que se destaque a natureza de “monopólio natural” do serviço de abastecimento de água e saneamento básico (GONZÁLEZ-GOMEZ; GARCÍA-RUBIO, 2008, p. 41). Não haveria como introduzir competição intra-regional nesse setor, por razões bastante óbvias: os custos de instalação. O consumidor ficaria extremamente vulnerável se mais de uma empresa, com distintas técnicas, passassem a oferecer o serviço. Toda vez que houvesse mudança de fornecedor, haveria também novas instalações dos equipamentos necessários para o recebimento de água e o escoamento de esgoto, o que tornaria o sistema inviável como um todo. A concorrência, quando permitida, acaba existindo de maneira inter-regional, conforme o modelo inglês, como se explanará adiante.

Muitos defendem a privatização dos serviços hídricos porque alegam que o setor privado pode garantir melhor tais serviços para as camadas de mais baixa renda da população. Budds e Mcgranaham fazem a seguinte observação:

A number of multinational water companies have asserted that low income populations do not represent an attractive market because they are too poor to be profitable and represent too great a financial risk. The chief executive of Saur said that there was little scope for users in the South to be able to pay prices that represent the levels of investment needed, that the goal of connections for all users was “unrealistic”, and that public sector subsidies and soft loans were essential for meeting these needs. Representatives of Veolia stated that profits depend on “sufficient and assured revenues from the users of the service”, which are unlikely to include poor groups. Biwater’s general manager, referring to Zimbabwe, also claimed that: “From a social point of view these kinds of projects are viable but, unfortunately, from a private sector point of view they are not¹¹. (BUDDS; MCGRANAHAM, 2003, p. 109).

¹¹ Um bom número de empresas multinacionais da água têm entendido que populações de baixa renda não representam um mercado atraente porque é muito pobre para ser lucrativo e representam um risco financeiro muito alto. O diretor da Saur disse que havia pouca expectativa para usuários do Sul por serem incapazes de pagar preços que representem o nível de investimento necessário e que o objetivo das conexões para usuários era irreal, sendo que o setor público o subsidiava e havia necessidade de empréstimos a longo prazo para atingir as necessidades. Representantes da Veolia que os lucros do setor dependem de rendas certas e suficientes dos usuários do setor, o que torna improvável a inclusão dos mais pobres. O diretor geral da Biwater, referindo-se ao Zimbábue, também comentou que, sob o ponto de vista social, esses projetos são viáveis, mas não o são sob o ponto de vista do setor privado (tradução livre).

É esclarecedora a apresentação desses pontos de vista. Realmente, deixar para o setor privado a preocupação com questões sociais é uma visão equivocada, se analisada sob o prisma teórico ou acadêmico, e muito oportunista, se analisada sob o prisma do setor privado.

González-Gomez e García-Rubio (2008) desenvolveram importante trabalho, onde fizeram um levantamento acerca de quatro décadas de pesquisa sobre o gerenciamento dos recursos hídricos no mundo. Em seus estudos, concluíram que a eficiência do setor não pode ser atribuída à natureza, pública ou privada, do gerenciamento. Esclarecem que o setor privado só entra e permanece no negócio para obter lucro, o que nem sempre se harmoniza com uma preocupação com os interesses públicos. O Estado, mesmo nos países onde o setor foi quase totalmente privatizado, ainda tem tido de tomar as rédeas para garantir, dentre outros direitos, uma proteção ambiental e uma qualidade para o consumidor.

Corroborando com esse posicionamento, Rogers e Hall (2003) entendem que

There is a growing perception that the governance of water resources and water services functions more effectively with an open social structure which enables broader participation by civil society, private enterprises and the media, all networking to support and influence government. Moreover, examining the role of networks or distributed governance helps to overcome the sterile debate about private versus public water service delivery and the role of the community. (...) There is no single model of effective water governance; indeed to be effective governance systems must fit the social, economic and cultural particularities of each country. Nevertheless, there are some basic principles or attributes that are considered essential for effective water governance¹² (ROGERS; HALL, p. 26).

Trata-se de reafirmar os princípios contemporâneos de governança da água, enfatizando a participação da sociedade civil e do setor privado, bem como de outros agentes de preponderante influência, tais como a mídia.

Rogers e Hall (2003, p. 32), observam, ainda, que mais de 90% de todo o serviço de abastecimento de água e tratamento de esgoto no mundo é feito pelo setor público e é bem provável que essa situação assim permaneça, ainda que o setor público tenha sido acusado

¹² Há uma crescente percepção de que a governança dos recursos de água e dos serviços de água funcionam mais eficientemente com uma estrutura social aberta que permita a participação da sociedade civil, de empresas privadas e da própria imprensa, todos se relacionando para apoiar e influenciar o governo. Além disso, examinando o papel desses arranjos para a distribuição da governança ajuda a superar o estéril debate sobre serviços de água públicos ou privados e o papel da comunidade (...). Não há um único modelo a ser considerado o eficiente na governança da água. Para serem eficientes, os sistemas de governança devem ser capazes de conjugar as particularidades sociais, econômicas e culturais de cada país. Mas, apesar disso, há alguns princípios básicos ou atributos a serem considerados para uma eficiente governança da água (tradução livre).

de não ter os recursos necessários para fazer os investimentos devidos. Entendem, no entanto, que mesmo que o setor privado não “se aproprie” dos recursos hídricos, o momento é de permitir que alguns recursos privados entrem nesse setor, sob a regulamentação do setor público, nos lugares onde este não conseguirá sozinho atender as demandas da população. Chamam atenção, contudo, para a necessidade de ampla e detalhada regulamentação, prevendo sempre a proteção do consumidor. Trata-se, pois, de uma questão de governabilidade.

A seguir, será feita uma abordagem sobre a implantação de políticas de privatização do setor hídrico em alguns países e sobre a tentativa de implantação dessa política em outros. Os países que serão aqui identificados têm se destacado como os maiores exemplos de discussão dessa política pelos diversos pesquisadores.

1.3.1. França

No século XIX, os serviços de abastecimento de água, na França, foram iniciados pelo setor privado, cuja preocupação era distribuir água para quem pudesse pagar. Esse modelo alastrou-se por boa parte da Europa. Com o aumento da demanda, verificou-se uma dificuldade para o capital privado financiar uma expansão do serviço.

Assim, o modelo inglês de gestão hídrica municipal começou a parecer o mais adequado no início do século XX, quando a Inglaterra era aclamada pelos economistas políticos como o berço do “socialismo municipal”. Esse modelo, ainda que de maneira modificada, foi exportado para diversos países europeus, mas não conseguiu prevalecer na França, mesmo com as dificuldades do setor privado.

Barraqué (1995, p. 427) explica que o sucesso do modelo privado dos serviços hídricos na França, com todos os seus problemas, se deve à incapacidade de os municípios franceses (as comunas) adotarem o modelo público municipal. A implantação do Estado liberal na França já tinha deixado as comunas numa precária situação de recursos públicos, não havendo, portanto, como investir numa publicização dos serviços de abastecimento de água. Tudo continuou, então, nas mãos do setor privado.

Isso explica a grande especialização na área de recursos hídricos do setor privado francês. Duas empresas francesas – a Vivendi e a Suez – são consideradas as maiores “indústrias da água” do planeta e, no Global Fortune 5000, do ano 2000, figuraram, respectivamente, como os números 91º e 118º das fortunas empresarias do mundo, sendo que, atualmente distribuem serviços de água para mais de 100 milhões de pessoas, distribuídas em mais de 130 países (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 85).

Ademais, a defesa dos Direitos Humanos na França, tendo como ponto de partida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, é fortemente respaldada pelo respeito à propriedade privada. Assim, não há dificuldade, na França, em afirmar a propriedade privada da água. Trata-se de conquista histórica. A água, na França, sempre foi mercadoria de consumo, bem de apropriação privada.

Essa visão começou a ser mitigada, na França, com a defesa do meio ambiente e a introdução, na política francesa, do princípio do poluidor-pagador (BARRAQUÉ, 1995, p. 441). Assim, na segunda metade do século XX, formaram-se os comitês de bacias hidrográficas e, a partir de então, iniciou-se uma política de agências reguladoras de cada bacia e/ou região.

As agências reguladoras francesas, funcionando sob um sistema altamente descentralizado, não afastaram a administração privada dos recursos hídricos (DORE et al., 2004, p. 41). Cuidam da fiscalização e compromisso do setor privado com o abastecimento de qualidade e o respeito a critérios ambientais. Têm autonomia financeira (parte dos tributos regionais lhes são destinados) e autonomia administrativa local. Porém, como observa Barraqué (1995, p. 444), falta-lhes poder de polícia e capacidade de gerenciamento próprio dos recursos hídricos, o que lhes dificulta na representação política dos interesses locais.

Contudo, há um movimento recente da sociedade civil da França que, em razão do contínuo aumento das tarifas públicas pela prestação dos serviços de abastecimento, tem reclamado a água como bem público – principalmente em Paris e em outras grandes cidades do país.

Os primeiros reclames se deram na cidade de Grenoble, onde os cidadãos foram para as ruas reclamar do preço e qualidade dos serviços de água. Após muitas disputas judiciais, que se iniciaram em 1995, os cidadãos de Grenoble ganharam, na justiça francesa, em 2000, o direito de rescisão contratual contra a Lyonnaise des Eaux (subsidiária da Suez), que estava no controle dos serviços de abastecimento e saneamento da cidade desde 1989 (BARLOW; CLARKE, p. 189).

Em Paris, os serviços de distribuição de água potável passaram para as mãos públicas (*Eau de Paris*), desde janeiro de 2010, quando o serviço foi municipalizado¹³. Antes disso, duas operadoras privadas conduziam a distribuição dos serviços de água na

¹³ Disponível em:

<http://www.paris.fr/politiques/les-politiques-parisiennes/l-eau/rub_9706_stand_82999_port_24008> Acesso em 4 Jul. 2013.

capital da França – uma operando do lado esquerdo do rio e a outra operando do lado direito. Essa decisão de tomar a gestão do serviço de distribuição de água para as mãos públicas, em Paris, baseou-se numa campanha que tinha como bandeira a água como bem comum, cuja administração deveria ser plenamente pública. A redução no preço das tarifas, em Paris, ocorreu em razão da diminuição dos lucros da empresa pública *Eau de Paris* com os serviços de distribuição. Com a diminuição do preço e a divulgada transparência pública acerca da qualidade da água distribuída, muitos parisienses deixaram de comprar água engarrafada para beber. Outro ganho para os parisienses foi a garantia de água potável para todos, com a instalação, pela *Eau de Paris*, de 953 pontos de fontes públicas de água potável na capital, espalhadas por parques, cemitérios e outros locais públicos.

Num estudo de comparação dos preços entre as empresas públicas e privadas de distribuição de água na França, Hall e Lobina (2008), concluem que os preços praticados pelas empresas privadas chegam a ser 29% mais altos que os preços operados pelas empresas públicas, com base em dados de 2004.

Assim, verifica-se que a participação do setor privado no gerenciamento dos recursos hídricos, na França, dá-se por razões históricas. Conforme se constata nos estudos apresentados, o modelo está longe de ser perfeito. Como observam Dore, Kushner e Zamer (2004), o modelo francês não pode ser usado como argumento para a eficiência do setor privado no gerenciamento de recursos hídricos, nem pode ser exportado como modelo a ser seguido, porque foi desenvolvido ao longo da história do país e tem íntima relação com esta. Ademais, os movimentos recentes em Paris e em outras grandes cidade da França, advogam a favor da tomada dos serviços de distribuição de água para as mãos públicas, principalmente em razão do preço, da diminuição do lucro das empresas operadoras dos serviços e da maior transparência em sua qualidade.

1.3.2. Reino Unido

Ao final do século XIX, os serviços de água foram assumidos pelas autoridades locais, no Reino Unido (Inglaterra e País de Gales), sobrevivendo poucas iniciativas privadas nesse setor.

Houve uma reorganização do setor em 1974, quando o Governo central tomou as rédeas, criando dez autoridades regionais de recursos hídricos, regionalizadas de acordo com as bacias hidrográficas do Reino Unido, mas cujos dirigentes eram nomeados pela autoridade central, retirando o poder administrativo das autoridades locais.

Em 1987, o governo Thatcher, de ideologia neoliberal, reestruturou o setor, iniciando um processo de privatização, com base nos argumentos de que o setor hídrico seria mais eficiente, de que as empresas privadas teriam melhores condições de financiar os altos investimentos necessários e de que a privatização criaria a competição necessária para o bom funcionamento do mercado (LOBINA; HALL, 2001, p. 6).

O *UK 1988 Water Act* transferiu a propriedade do gerenciamento do sistema hídrico para as empresas privadas que entravam no setor, formando-se, em 1989, dez, ao todo: *Anglian Water, Welsh Water, North West Water, Northumbrian Water, Severn Trent Water, Southern Water, South West Water, Thames Water, Wessex Water e Yourkshire Water*. Além disso, permitiu-lhes a concessão do sistema de abastecimento e saneamento básico por um período de 25 anos, protegidos de qualquer concorrência, criando, assim, um sistema de monopólios regionais. Criou também um sistema de subsídios para garantir a sobrevivência dessas novas empresas, custeando-o ora às custas do consumidor, ora às custas do contribuinte.

Com essas reformas, foi criada também a Autoridade Nacional regulamentadora dos serviços hídricos (*The Water Services Regulation Authority*, ou OFWAT), que é a autoridade responsável pela regulamentação econômica das empresas privadas do setor hídrico (GONZÁLEZ-GOMEZ; GARCÍA-RUBIO, 2008, p. 53).

Nos anos que se seguiram à privatização, a avaliação das novas empresas de água não era muito boa. Segundo Lobina e Hall (2001, p. 8), os serviços cobrados eram muito caros, a qualidade dos mesmos não era considerada satisfatória pela população, foram deflagrados lucros excessivos em seus balanços anuais, houve declínio na taxa de emprego no setor hídrico, o custo do sistema provocou exclusão social em muitas regiões (muitos cortes de água, em razão de não pagamento) e o acesso da população à água não tratada provocou aumento das doenças provocadas por água.

Além disso, as muitas críticas e os diversos movimentos de insatisfação da sociedade civil com o sistema hídrico, levaram o novo *Labour Government*, na segunda metade da década de 90, a adotar política contrária aos cortes de água. Isso fez com que as empresas criassem um novo sistema de controle – o chamado *pre-payment meters*. Por esse novo sistema, o consumidor abastecia-se através de “cartões de água”, comprados com tempo/quantidade de água pré-estabelecidos.

Grande insatisfação pública levou à publicação do *1998 Water Act*, que proibia os cortes de água, bem como os *pre-payment meters*.

Dore, Kushner e Zamer (2004, p. 41) tecem severas críticas ao modelo inglês, asseverando que os exemplos desses dois países [França e Reino Unido] não advogam a favor da eficiência do setor privado e suas vantagens na produção de água potável.

González-Gomez e García-Rubio (2008, p. 53) publicaram um estudo feito por Saal, em 2007, que abrange o setor hídrico no Reino Unido. De igual maneira, concluem que, apesar de a privatização ter provido um estímulo em termos de mudanças técnicas, não há evidência de que houve melhora no nível de eficiência do setor hídrico.

Hall e Lobina (2008) confirmam que a privatização dos serviços de água no Reino Unido foi responsável pelo aumento de 39% dos preços praticados e que esse aumento se deu, principalmente, pela manutenção das margens de lucro das empresas, muito acima da inflação dos anos considerados, desconsiderando totalmente a capacidade econômica dos consumidores do serviço. Além disso, a pregada eficiência do setor privado, medida pela produtividade, não se verificou nos serviços de distribuição de água no Reino Unido, sendo que, em algumas regiões, há dados que apontam para uma queda na produtividade.

A situação atual no Reino Unido continua com uma certa insatisfação por parte da população local quanto aos custos dos serviços hídricos, bem como quanto à qualidade ofertada dos mesmos. Os anos de 2007-2008 tiveram os maiores índices de reclamações relatadas ao serviço nacional de proteção ao consumidor no Reino Unido. Nos últimos anos, houve declínio dessas reclamações, em razão da atuação de entidades da sociedade civil junto ao governo e às empresas de distribuição de água. Contudo, o número de reclamações continuou alto em 2011, ainda que considerado um terço dos números de 2007-2008¹⁴.

1.3.3. Argentina

Na década de 90, a Argentina descentralizou muitos dos seus principais serviços públicos, adotando a política neoliberal recomendada pelo FMI e pelo Banco Mundial, segunda a qual, tratava-se da política necessária para pagamento da dívida externa.

Dentre os vários serviços públicos, foram descentralizados os serviços de água, passando o controle, de forma individual, para suas vinte e três províncias, adotando, portanto, o modelo de organização regionalizado.

¹⁴ Informações obtidas no Relatório publicado pelo Consumer Council for Water – Complaint Handling in the Water Industry in England and Wales – April 2010-March 2011, Disponível em: <http://www.ccwater.org.uk/upload/pdf/Complaint_Handling_in_the_Water_Industry.pdf> Acesso em 9 Ju. 2013.

O setor de águas era considerado um serviço em potencial para a descentralização, uma vez que havia demanda constante e, por ser serviço imprescindível, qualquer eventual aumento nas tarifas não faria com que os consumidores abrissem mão do serviço (BRZEZINSKI, 2010, p. 123).

Nesse ínterim, grande parte das províncias decidiu privatizar as empresas públicas de abastecimento de água e saneamento básico. Atualmente, cerca de 65% de todas as empresas fornecedoras de água e gestoras de saneamento básico, na Argentina, são privadas (AZPIAZUD et al., 2005, p. 45).

Em Buenos Aires e arredores, o setor de águas foi aberto à licitação em 1993, tendo saído vencedor um consórcio denominado “Águas Argentinas”, liderado pela companhia francesa *Suez*. A proposta assumida pela companhia na campanha pela licitação foi de redução significativa das tarifas, além da melhora da qualidade dos serviços prestados. Foi criado um órgão regulador – o ETOSS (*Ente Tripartito de Obras y Servicios Santinários*), que comprometia-se a supervisionar os serviços prestados pela concessionária, bem como fazer a representação do consumidor portenho.

Após oito meses de vigência contratual, o ETOSS autorizou à concessionária o reajuste das tarifas, com base em cláusula contratual que previa o reajuste em decorrência da variação do dólar. Exigia, em contrapartida, maiores investimentos da concessionária em relação à distribuição de água e saneamento. Cerca de três anos mais tarde, foi constatado que os investimentos previstos eram consideravelmente inferiores aos contratados. O controle saiu, então, das mãos do ETOSS e foi para o Ministério dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Sustentável, que, consecutivamente, passou a permitir os reajustes em relação à variação cambial, além de remover as penalidades contratualmente estabelecidas pelo não cumprimento das obrigações de investimento e expansão dos serviços (CELLI JR. 2009, p. 219).

Todas as tarifas de serviços públicos foram congeladas em 2002, no ápice da crise econômica da Argentina. A concessionária *Águas Argentinas* trouxe reclamação perante o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), argumentando violação contratual, o que fez com que o FMI e o Banco Mundial enviassem negociadores a Buenos Aires.

Com o governo Kirchner, houve rescisão do contrato com a concessionária *Águas Argentinas*, por acusado descumprimento de contrato e inadequação com a necessidade pública.

Celli Jr. (2009, p. 220) chega a mencionar que, numa região ao sul de Buenos Aires, a água fornecida chegava a ter um nível de nitrato cerca de 44% superior ao permitido, tornando a água inadequada para consumo, principalmente, de mulheres grávidas e crianças.

Azpiazu et al. (2005) detalham, de forma regionalizada, essa crise no setor hídrico da Argentina, destacando as experiências individuais com as principais empresas privadas do setor:

Algunas de estas iniciativas derivaron en fracasos por parte de la gestión privada y en la posterior rescisión de los respectivos contratos de concesión luego de agudos conflictos sociales y políticos. Se destacan, en este sentido, las experiencias de Aguas del Aconquija S.A. (controlada por la francesa Vivendi, en Tucumán); la de Azurix S.A. (en manos de la estadounidense Enron, en la provincia de Buenos Aires) y la de Aguas del Valle S.A. (perteneciente al grupo español FCC, en la provincia de Catamarca). En estos casos, a los rasgos mencionados se añadieron notables imprevisiones de control de calidad del servicio por parte de las prestatarias e inadecuadas o inexistentes medidas preventivas acerca de las condiciones infraestructurales, tecnológicas o medioambientales directamente vinculadas al área de concesión (AZPIAZU et al., 2005, p. 47).

Dessa forma, o que se observa atualmente, na Argentina, é que o alcance da privatização dos serviços de água e saneamento básico conjugam tipos de gestões bastante heterogêneas - privadas ou públicas e com regulamentações bastante distintas de província para província. Em todas, contudo, constata-se que o custo dos serviços foi totalmente repassado ao consumidor (BUDDS; MCGRANAHAM, 2003, p. 100).

Foster (2005, p. 15) explica que as agências reguladoras da Argentina têm servido, na verdade, como realocação de empregos de funcionários públicos que perderam seus cargos em razão da privatização.

Verifica-se, em aspectos gerais, que o Governo argentino tem sido extremamente falho na sua capacidade de regulamentação e controle do sistema privado de abastecimento e saneamento que se implantou. Tem cedido continuamente aos reclames de aumentos de tarifas, aos pedidos de postergação dos investimentos em infraestrutura necessários, bem como tem feito “vistas grossas” para descumprimento de normas ambientais pelas empresas privadas.

Além disso, como observam Azpiazu et al. (2005), tem havido uma ausência quase absoluta de participação do usuário/consumidor no processo de gerenciamento do setor, transformando-o num mero “cliente”. Tem havido, também, uma dependência muito grande de transações políticas. Por outro lado, tem-se verificado uma conformação muito

grande por parte da população, principalmente da população mais carente, que tem se dobrado às influências políticas.

Assim, da maneira como foi implantada a privatização do setor na Argentina, o consumidor argentino deixou de ter um direito ao serviço público de abastecimento e saneamento prestado para ter um dever de pagar pelo mesmo, sem ter garantida a qualidade do serviço e sem ter a segurança de um preço mais justo pela prestação deste.

1.3.4. Bolívia

A experiência de privatização dos serviços hídricos na Bolívia teve início no final da década de 90, quando o governo boliviano sofreu pressão do FMI e do Banco Mundial para iniciar processos de privatização de alguns serviços públicos, repassando-os às mãos de investidores estrangeiros, como forma de garantir o pagamento da dívida externa e dos novos empréstimos feitos (CELLI JR., 2009, p. 217).

Em 1999, um contrato de concessão foi firmado com um consórcio internacional liderado pela *International Water Ltd.*, denominado *Águas del Tunari*. Tendo a concessionária herdado grande dívida pública, repassou-a para o consumidor através de reajustes tarifários, que atingiram um patamar de até 200%, impedindo o acesso de água potável a grande parte da população boliviana.

Em 2001, a população civil de Cochabamba, na Bolívia, organizou manifestação por estar sendo privada, por lei, de usar a água dos poços da região, devendo aderir aos contratos feitos com a concessionária para o fornecimento de água. A população foi para as ruas de Cochabamba e houve greve geral, com oito mortes no conflito direto com a polícia armada, fora as muitas prisões de cidadãos e ativistas (CAUBET, 2006, p. 173).

Após as muitas greves e protestos dos grupos de direitos humanos, a lei de privatização de água da Bolívia foi revogada e o contrato de concessão foi rescindido pelo governo com a concessionária *Águas del Tunari*, em 2000. A concessionária apresentou reclamação junto ao ICSID.

Desde então, o setor hídrico na Bolívia voltou-se totalmente para as mãos públicas, sendo criada agência reguladora interministerial para administrar o setor.

1.3.5. Uruguai

Em 1992, a população do Uruguai, em referendo, votou contra a privatização dos serviços públicos. Apesar disso, numa adequação às políticas do FMI e do Banco Mundial, no ano 2000, houve a privatização dos serviços de água nesse país, tendo saído vencedora,

na licitação pública do Governo uruguaio, a empresa Águas de Barcelona. Essa empresa assinou um contrato de 30 anos de concessão para a administração dos serviços de abastecimento e saneamento básico em Montevideo e outras cidades. Uma subsidiária da Suez também conseguiu permissão para explorar as águas subterrâneas do Uruguai (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 189).

O preço dos serviços ofertados nas regiões privatizadas subiu consideravelmente, não tendo havido melhora na qualidade do serviço ofertado. Alguns danos ambientais provocados pelas empresas que assumiram o setor foram também identificados pela Comissão Nacional de Defesa da Água e da Vida, membro da sociedade civil no Uruguai.

Em 2004, a população do Uruguai votou, em outro referendo, contra a privatização dos serviços de água (HALL et al., 2004). Nesse ato político democrático, a água foi considerada um direito humano e foi determinado que a administração de seus serviços deveria ser totalmente retomada pelas mãos públicas. Foi votada uma emenda constitucional que garante o direito humano à água. Esse referendo tornou-se histórico, não só para o Uruguai. O Uruguai se tornou o primeiro país no mundo a considerar ilegal a privatização dos serviços de água, por democracia direta, e o primeiro país da América a garantir o direito humano à água em sua Constituição. Os contratos de concessão foram considerados, a partir de então, inconstitucionais e foram rescindidos.

Contudo, com todos os protestos do FMI e das empresas concessionárias, foi formada uma “parceria público-privada” para dar seguimento à oferta dos serviços de água no Uruguai. Para muitos, isso ainda é considerado um ato inconstitucional, nos termos da lei uruguaia. Não deixa de ser, contudo, em nossa opinião, uma retomada das rédeas pelo poder público, ainda que se permita o uso de recursos privados para a oferta do serviço.

1.3.6. Chile

No final da década de 90, a Empresa Metropolitana de Obras Sanitárias (EMOS), do Chile, foi privatizada, tendo sido criada uma agência reguladora para fiscalizá-la. Ficou estabelecido que o regime tarifário seria reajustado a cada cinco anos, tendo a função de cobrir os custos de investimentos, havendo, assim, compromisso do governo de não adotar política confiscatória do capital privado, que ocorreria se houvesse imposição de tarifas muito baixas.

Para controlar abusos do monopólio, essa empresa-modelo foi desenhada de maneira que não pudesse haver manipulação de informação, funcionando o regime tarifário como modo de incentivo à empresa. Assim, se a EMOS fosse mais eficiente que o modelo

estabelecido pelo governo, poderia obter lucros adicionais, criando condições ideais de eficiência (CELLI, 2009, p. 220).

A demanda de água passou a ser atendida. O aumento de tarifas foi compensado com uma política de subsídios diretos ao consumidor, que passou a cobrir cerca de 60% a 80% do valor da conta de água das residências cadastradas e habilitadas (percentual que variava de acordo com a região).

A experiência do Chile tem sido considerada uma experiência bem sucedida, principalmente em razão das políticas públicas adotadas para a adequação à nova realidade da entrada do setor privado no gerenciamento dos recursos hídricos.

Foster (2005, p. 21) chama a agência reguladora chilena de “empresa modelo” e descreve sua atuação como sendo um ganho da população chilena, em termos de acesso e qualidade da água.

Contudo, Barlow e Clarke (2002, p. 73) tecem severas críticas ao formato de privatização adotado pelo Chile, mencionando que foram dados às empresas exploradoras dos recursos hídricos nesse país direitos abrangentes sobre esses recursos, sem qualquer exigência de contrapartida ambiental ou social. As empresas privadas que têm controlado o mercado da água no Chile - a despeito de uma constatação na melhora da qualidade da água ofertada e da ampla acessibilidade geográfica da mesma, em comparação com os anos em que esse setor era totalmente público - têm levado a aumentos constantes dos preços dos serviços de abastecimento e saneamento básico em períodos de seca no país.

Ademais, não se deve olvidar que um sistema baseado em subsídios altos é um sistema frágil, que pode ruir com um declínio econômico do país ou com uma mudança na política econômica regional ou mundial, dada a dependência do investimento internacional. Num momento de declínio econômico no Chile, a população chilena poderá ter de pagar muito caro pela privatização dos seus serviços de água, como já ocorreu em várias partes do mundo, uma vez que as empresas privadas não quererão reduzir suas margens de lucro. Por isso, é extremamente perigoso tomar a experiência chilena como modelo padrão de privatização.

1.3.7. Filipinas e Tailândia

Em 1997, o serviço de abastecimento de água da população filipina foi concedido à *Suez*. A empresa ganhou a concorrência no processo licitatório com a promessa de uma tarifa que representava metade do valor estabelecido pelo concorrente, o que era, segundo Budds e McGranaham (2003, p. 99) impossível de ser cumprido.

O contrato de concessão era de 25 anos, sendo que, no período de 1997 a 2003, o aumento das tarifas já tinha sido efetuado em cerca de 500%, representando 10% do rendimento das famílias consumidoras (BRZEKINSKI, 2010, p. 125).

Em 2003, em razão da resistência das autoridades governamentais em autorizar novo aumento, a concessionária resolveu rescindir o contrato.

Por sua vez, na Tailândia, o processo de privatização iniciou-se em 1998, dando voz aos reclames neoliberais da política em curso. As discussões colocadas em pauta eram acesso, qualidade e preço.

Zaque e Amim (2009, p. 2301) concluem que, analisando as distintas comunidades e o poder de aquisição da população local, a privatização do setor hídrico na Tailândia demonstra uma melhora considerável no acesso e na qualidade da água encanada ofertada. Por outro lado, houve, também, aumento muito grande do custo de instalação para a população, bem como aumento significativo das tarifas cobradas.

1.3.8. África subsaariana

Quatorze países da África subsaariana passaram por um processo de privatização dos serviços hídricos: Burkina Faso, Cabo Verde, República Central Africana, Chade, Costa do Marfim, Gabão, Guiné, Mali, Moçambique, Nigéria, República do Congo, Senegal, África do Sul e Uganda.

Na maior parte dos casos, a privatização ocorreu por influência do FMI e do Banco Mundial na renegociação das dívidas e na concessão de empréstimos (BUDDS; MCGRANAHAM, 2003, p. 106).

A situação de imensa pobreza nas áreas urbanas de implantação das políticas privadas de abastecimento de água e saneamento básico, combinadas com a alta densidade demográfica, têm feito com que o descumprimento dos contratos diversos entre setor privado e setor público seja uma constante. A região só se torna atrativa, segundo Budds e Mcgranaham (2003, p. 106), porque os contratos são de curta duração, não envolvem altos investimentos administrativos por parte do setor privado, são cotados em dólar americano para proteger as empresas e, geralmente, estão atrelados à produção de eletricidade também.

Nessa região, a situação diferenciada é a da África do Sul, cuja grande maioria de contratos é de concessões, tendo uma população com renda *per capita* bem maior que os

demais países, comportando mais investimentos, mais envolvimento de capital público e, em contrapartida, mais lucro para as empresas envolvidas no setor.

Em outubro de 2000, em razão de uma epidemia de cólera que se alastrou pela África do Sul, foi assinada a Declaração da Água Sul-Africana – *Lifeline Free Water Declaration*, garantindo 25 litros de água por pessoa, por dia. Essa declaração foi uma resposta à política descompromissada que o governo tinha assumido em seus contratos de concessão, repassando os custos de investimento ao consumidor, o que fez com que grande parte da população não conseguisse pagar sequer a taxa de instalação do material básico para abastecimento, permitindo uma propagação devastadora da doença.

Segundo Budds e Mcgranaham (2003, p. 106), não tem sido fácil manter essa política, uma vez que as empresas concessionárias continuam realizando o corte de abastecimento de água aos que não pagam as contas, mesmo com o direito humano à água sendo reconhecido pela Constituição do país, conforme se comentará em outro capítulo dessa pesquisa, mais adiante. A alegação é de que o contrato de concessão não traz qualquer previsão acerca de abastecimento gratuito.

1.3.9. Estados Unidos e Canadá

Os Estados Unidos têm a grande maioria dos seus serviços de água sob o controle público. De acordo com pesquisa publicada pelo *U.S. National Research Council* (2002), há, em algumas regiões dos Estados Unidos, a formação de parcerias público-privadas para a oferta dos serviços de abastecimento e/ou saneamento básico. Estima-se que há cerca de duas mil PPPs formadas nos Estados Unidos para a prestação dos serviços de água, o que, para muitos, é considerado um tipo de privatização dos serviços. Não há, nos Estados Unidos, lei federal que regulamente os serviços de água ou os processos de privatização. A legislação, quando existente, se dá em âmbito estadual ou municipal, dado o caráter de federação e grande autonomia que têm os Estados federados.

Craig (2009) toma por base o ano de 2009 e afirma que cerca de três quartos das municipalidades dos Estados Unidos ofertam o serviço inteiramente público. Tem havido, contudo, um forte apelo para a privatização em muitas regiões e, ao mesmo tempo, tem havido forte resistência por parte das comunidades locais. Em 1998, a cidade de Atlanta privatizou seus serviços de água. Retomou-os, contudo, para as mãos públicas em 2002, em razão de má administração e má qualidade dos serviços prestados.

Barlow e Clarke (2002, p. 190) também mencionam a retomada para as mãos públicas dos serviços de água da cidade de Pekin, Estado de Illinois, em 1999, e a cidade

de Dayton, Estado de Ohio, em 1995. Houve campanha contra as ofertas de privatização nas cidades de Birmingham, Estado do Alabama, Nashville, Estado do Tennessee, e Orange County, Estado da Califórnia, em 1998.

No Canadá, todos os serviços de água são inteiramente públicos. A população canadense tem combatido as tentativas de privatização do setor com manifestações públicas. Em 2001, houve manifestações em Vancouver contra ofertas feitas pela Vivendi e pela Bechtel. Em Kamloops, província de British Columbia, houve manifestação contra a tentativa do governo local de formar uma PPP para os serviços de tratamento da água (BARLOW; CLARKE, 2002).

1.3.10. Brasil

O Brasil tem predominância de serviços públicos de abastecimento e saneamento básico. Há, contudo, em muitas regiões e cidades específicas, altos investimentos privados no setor, desde 1996, segundo a Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto¹⁵. Esses investimentos têm sido feitos na base de contratos de concessão e, hoje, estima-se que cerca de 4% da população urbana do Brasil é servida por serviços privados de abastecimento e saneamento básico.

Os contratos preveem a manutenção da propriedade pública das infraestruturas do serviço, com operação privada do setor. Nos termos da Constituição Federal brasileira, Arts. 20 e 26, a água é um bem público – da União ou dos Estados, o que não impede que os serviços de abastecimento e saneamento sejam privatizados. Houve a assinatura de 65 contratos de concessão em cidades/regiões dos Estados de São Paulo (São Carlos e Ribeirão Preto), Rio de Janeiro (Búzios, Cabo Frio, São Pedro da Aldeia, Iguaba, Petrópolis e outros 90 municípios), Espírito Santo (Cachoeiro do Itapemirim), Mato Grosso do Sul (Campo Grande), Mato Grosso (alguns municípios do interior), Santa Catarina (alguns municípios do interior), Minas Gerais (alguns municípios do interior), Paraná (todo o Estado), Pará (alguns municípios do interior) e Amazonas (Manaus).

Um exemplo que tem preocupado pesquisadores é a privatização dos serviços de água de Manaus, cuja concessão foi cedida a uma subsidiária da Suez, por um período de 30 anos, a partir do ano 2000. Há dados que mostram uma queda no consumo de água na cidade de Manaus em razão do considerável aumento nos preços do serviço (OLIVIER, 2006).

¹⁵ Disponível em: <<http://www.abcon.com.br/>> Acesso em 10 Jul. 2013.

No Estado do Paraná, há pesquisas que mostram a exclusão hídrica por parte da camada mais pobre, desde que o contrato de concessão foi assinado com uma subsidiária da Vivendi e os preços subiram de forma considerável (LOBINA; HALL, 2003).

É fato que, no Brasil, o setor de saneamento e abastecimento é bastante complexo. Dada a natureza do serviço, há monopólio regional, via contratos de concessão. Esses monopolistas regionais operam tanto numa esfera pública como privada. Por vezes, são empresas estatais servindo determinado número de municípios (a exemplo da SABESP); por vezes, são empresas municipais atendendo um município ou um grupo de municípios. Neste último caso, há tanto gerenciamento municipal como gerenciamento privado do serviço (FERRAZ, 2010).

O Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), no Brasil, indica que, em 2011, havia 23 companhias estaduais prestadoras de serviços regionais, 95 prestadores de serviços locais (em geral, municipais) e 27 prestadores de serviços privados¹⁶. O diagnóstico do SNIS publicado em 2011, mas relativo ao ano de 2009¹⁷, apresenta a análise de alguns aspectos importantes da prestação dos serviços e apresenta as tabelas com informações e indicadores em nível agregado, que correspondem aos valores globais dos prestadores regionais e microrregionais, além daqueles referentes aos prestadores locais. Esse diagnóstico de 2009 apresenta, dentre outros, um quadro onde se relata o nível de atendimento com água e esgotos dos prestadores de serviços participantes do SNIS em 2009, segundo tipo de prestação e segundo região geográfica do Brasil. Nesse quadro, verifica-se que os prestadores regionais conseguiram atender com abastecimento de água cerca de 77,8% da população de sua área respectiva, tendo sido atendidos cerca de 92,7% do total da população urbana. Os prestadores microrregionais atenderam cerca de 92,6% de sua população regional, tendo sido atendidos 98,7% de sua população urbana. Os prestadores locais de direito público atenderam cerca de 86,9%, tendo atendido cerca de 94,8% da população urbana. Os prestadores locais de direito privado atenderam cerca de 98,2% de sua população regional, tendo atendido cerca de 99,9% da população urbana. Os prestadores locais que configuram empresa privada atenderam cerca de 93,2% de sua população regional, tendo atendido cerca de 98,1% da população urbana¹⁸.

É bem verdade que esse quadro é bastante generalizado e não traduz a distribuição

¹⁶ Disponível no site do SNIS, em <<http://www.snis.gov.br/>> Acesso em 20 Mai. 2012.

¹⁷ Disponível em:

<<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=89>> Acesso em 20 Mai.2012.

¹⁸ Quadro disponível em

<<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=89>> Acesso em 20 Mai. 2012.

do serviço em razão das regiões geográficas do país, o que é modificado quando se analisa essa subdivisão. A região Norte do Brasil, tem tido cerca de 58,5% de sua população atendida com os serviços de abastecimento de água, sendo que 73,5% de sua população urbana tem recebido o serviço. A região Nordeste tem tido cerca de 69,7% de sua população atendida, sendo que 91,4% de sua população urbana tem recebido o serviço. A região Sudeste tem tido cerca de 90,6% de sua população total atendida, sendo que cerca de 97,7% de sua população urbana tem recebido o serviço. A região Sul tem tido cerca de 85,9% de sua população total atendida, sendo que 97% de sua população urbana tem recebido o serviço. A região Centro-Oeste tem tido cerca de 89% de sua população total atendida, sendo que 96,7% de sua população urbana tem recebido o serviço. No Brasil, como um todo, cerca de 81% da população tem sido atendida com o serviço de abastecimento de água, sendo que 95,2% da população urbana tem recebido esse serviço¹⁹.

Os estudos das políticas de privatização do setor hídrico adotadas nos diferentes países demonstram a preocupação que se instala quanto à governança da água no século XXI. Se por um lado, é indiscutível a existência de diversos tipos de conflitos, por outro, é ainda incerta a maneira mais adequada de se lidar com eles.

As experiências bem-sucedidas de privatização da França e do Chile não podem ser adotadas como modelo para os demais países. Na França, as razões históricas para esse sucesso são preponderantes e, mesmo assim, vê-se uma tomada de rédeas do controle do setor hídrico pelo poder público em várias cidades francesas, a exemplo do que ocorreu, em 2010, em Paris. No Chile, o momento político conjugado com a boa regulamentação efetivada pelo setor público são explicações do sucesso. Contudo, neste, a política de subsídios e de preços altos deixa uma incerteza quanto ao futuro da governabilidade desse setor.

De fato, as pesquisas em torno da governança da água (ROGERS; HALL, 2003; CASTRO, 2007; RIBEIRO, 2008)) parecem fornecer dicas sobre o que realmente importa nessa questão. Não traçam modelos padrão a serem seguidos pelos diversos países. Pelo contrário, recomendam que se desconfie daqueles que ditam tais modelos. Discutem o momento em que se verifica uma crise de governança da água. Categoricamente afirmam que a governabilidade da água está atrelada à história e às necessidades contemporâneas de cada país. Em todas as situações que analisam, apontam a importância e a necessidade de

¹⁹ Quadro disponível no mesmo site, p. 11 do Diagnóstico 2009.

regulamentação concentrada nas mãos do setor público, mesmo nos casos em que o setor privado desponta há mais de século como garantidor do fornecimento de água e saneamento básico, como é o caso da França.

Outro aspecto que não pode ser olvidado quando se aborda a governança da água é relacionado ao comércio internacional desse mineral, que tem se voltado para uma política que considera a água um bem de valor econômico, em potencial. Tendo-se em vista esse valor econômico que tem recebido a água, será identificada, a seguir, a problemática que surge em torno da questão de seu comércio e transporte internacional.

1.4. O comércio e transporte internacional de água - um processo de comoditização

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas, havida em Dublin, foram estabelecidos os Princípios sobre a Água²⁰. Dentre eles, encontra-se o princípio de que a água tem valor econômico e deve ser reconhecida como um bem econômico, tendo sido recepcionado em várias partes do mundo, tornando-se parte das legislações de muitos países.

Mas, o que significa dizer que a água tem “valor econômico”?

Gleik et al. (2002) enfrentaram esse questionamento na preparação do Relatório Bienal sobre Recursos Hídricos do *Pacific Institute*, de 2002-2003, chegando à conclusão que, dentre outras implicações, esse princípio traz consigo a consequência de dar à água um valor competitivo de mercado. Em outras palavras, a água seria empregada de maneira tal que o seu valor seria maximizado para a sociedade. Essa maximização refere-se não só ao preço que possa atingir, como também à consciência de valor e de importância que deve adquirir social, política e economicamente.

Além da privatização dos serviços de água, conforme retro apontado, outras preocupações derivativas desse princípio giram em torno do comércio de água engarrafada, do comércio e transporte de água potável *in bulk*, bem como da exportação do que tem sido denominado “água virtual”. Esse novo aspecto econômico dado aos recursos hídricos tem sido chamado de “comoditização”. A água tem assumido aspectos de *commodity*, ou seja, de mercadoria padronizada para a venda e consumo. Numa crítica a essa situação, Barlow e Clarke (2002, p. xii) comentam que se vive uma era na qual se verifica a

²⁰ Documento disponível em <<http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>> Acesso em 13 Jul. 2012.

commodification of the commons. Tudo está à venda, até mesmo aquelas áreas da vida, tais como serviços sociais e recursos naturais, que já foram considerados, em outros tempos, bem comum da humanidade.

1.4.1. O comércio e transporte internacional de *bulk water* e de água engarrafada

Um dos fenômenos que explicam esse novo tratamento de *commodity* dado à água é o da globalização, num momento em que as empresas tornam-se multinacionais, atravessando fronteiras facilmente e fazendo circular ora livremente seus produtos nos mercados de integração regional, ora sob a forma de produtos nacionalizados nos países onde têm se instalado.

Esse processo de globalização cria uma interdependência entre as economias dos diferentes países. Assim, o que se passa dentro de um determinado território não pode ser ignorado pelo resto do mundo. A situação não é diferente para o atual comércio de água, independente da forma que assuma.

O ciclo hidrológico da água faz com que seja esse mineral considerado um recurso renovável. Contudo, há algumas fontes de água que são muito lentamente renováveis e há quem afirme a impossibilidade de sua renovação em certas circunstâncias. Dentre elas, estão as águas subterrâneas. A extração e uso inadequado dessas águas, acima de sua capacidade de renovação, podem ser comparados à extração de petróleo, ou seja, com data certa para que se esgote ou torne-se inapropriada para o uso humano.

Por essa razão, Gleick *et al.* (2002, p. 39) sugerem que as discussões em torno do comércio internacional de água não podem tratar todas as águas de maneira igual, já que têm capacidade de renovação distinta. Ademais, há sérias implicações na possibilidade de lidar com a água como propriedade privada, como acontece em muitos países.

Na Califórnia, o comércio da “propriedade da água” está se tornando um grande negócio. Em 1992, o Congresso publicou uma lei que permite fazendeiros, pela primeira vez na história dos Estados Unidos, a vender os seus “direitos sobre suas águas” (as águas contidas em suas propriedades). Em 1997, o então Secretário do Interior dos Estados Unidos anunciaram planos para abrir um grande mercado para as águas do Rio Colorado, permitindo a “venda interestadual” das águas dos rios entre os Estados do Arizona, Nevada e Califórnia. Barlow e Clarke (2002, p. 73) trazem comentário de que essa foi a maior desregulamentação de um recurso natural desde o *Homestead Act*, de 1862 (que concedeu a propriedade de muitas terras aos “sem-terra” dos Estados Unidos) e que a única coisa que poderia parecer “mais” do que isso seria a privatização das “terras públicas” dos Estados

Unidos. Por mais que essa seja uma discussão de política doméstica nos Estados Unidos, esse pensamento tem atravessado fronteiras na América do Norte.

Em razão do crescimento populacional no mundo, das mudanças climáticas e de alguns outros fatores, várias empresas têm se engajado no “negócio da água”, vislumbrando as diversas possibilidades de comercializar água engarrafada, de canalizar água potável de uma região abundante para uma região carente, de transportar água através de grandes navios ou de bolsas de água que são carregadas por estes oceano afora, ou mesmo de remoção e transporte de *icebergs*.

Gleick et al. (2002, p. 42) mencionam que, recentemente, as regiões abundantes em água doce do Canadá, dos Estados Unidos (Alasca), da Malásia, da Islândia e da Turquia têm sido alvo de negociações do transporte marítimo internacional de água, na categoria *bulk transport* (mercadoria bruta em grande quantidade), à semelhança do transporte de petróleo. Grande parte desse transporte é feito por navios cargueiros ou por bolsas d’água, que em muito excedem o tamanho dos navios, movidas oceano afora por embarcações marítimas. Outra forma de comércio e transporte de *bulk water* é a sua tubulação, o que já tem acontecido, à semelhança do gás, em muitas partes do mundo. Essas negociações têm produzido preocupações de natureza social e ambiental nas populações locais e órgãos de defesa do meio ambiente, que consideram um grande risco para essas regiões o fato de suas águas passarem a abastecer regiões carentes do mundo, em detrimento dos impactos ambientais e sociais que possam ser causados localmente. Mas essa parece não ter sido a preocupação de alguns governantes, tais como os do Canadá, nos anos 1990 e 2000.

Em 1999, alguns jornais canadenses publicaram a previsão de que haveria, em 2010, uma “OPEP” da água, à semelhança da organização do petróleo, e que o Canadá seria o seu principal negociador e líder (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 130). As previsões eram de que o Canadá seria o maior exportador de *bulk water*, não só para os Estados Unidos, como também para diversas outras regiões do mundo. Prevvia-se, também, a criação de um “cartel da água”, formado pelos países com maior quantidade de água no mundo (Brasil, Canadá, Estados Unidos-Alasca, Noruega, Rússia, Áustria, Malásia e outros), liderado pelo Canadá, sendo que os preços da água seriam definidos por esse cartel, assim como ocorre com o petróleo. Dentro desse “novo grande negócio”, haveria um controle sobre a oferta da água, de maneira que seu fornecimento seria feito para aqueles que pudessem pagar o mais alto preço pelo bem, dentro de uma margem de lucro bastante satisfatória. Felizmente, as previsões não foram frutíferas no sentido da criação desse cartel. Contudo, a água, bem já comoditizado, tem sido transportada em grandes

cargueiros e bolsas d'água pelo mundo inteiro, partindo, principalmente de países como o Canadá para regiões do mundo carentes em água, tais como o países do Oriente Médio, Estados Unidos (Califórnia), México, China, Singapura, os países da África do Norte, dentre outros.

Em 1999, sob o âmbito do NAFTA, a empresa *Sun Belt*, da Califórnia, Estados Unidos, deu entrada a um pedido de arbitragem internacional em face do governo do Canadá, por ter sido impedida de importar a água que havia pretendido, do Estado de British Columbia, Canadá, tendo vencido um processo licitatório nesse Estado.²¹ *Sun Belt* é uma empresa que foi formada, em 1990, para lidar com questões de escassez de água no sudoeste dos Estados Unidos. O transporte marítimo da água seria feito por navios-tanque. Contudo, conforme a *Sun Belt* argumentou em seu pedido perante o NAFTA, havia preferência do Governo canadense, nesse processo licitatório, pela outra empresa rival. Uma vez que sua empresa preferida não venceu a licitação, o Governo canadense resolveu intervir e proibiu toda exportação de *bulk water* por transporte marítimo, permanecendo permitidos os demais tipos de transporte, alegando questões de emergência. Essa proibição se deu quatro dias após a comunicação formal da vitória da licitação pela *Sun Belt*, que já tinha, nesse período, assinado contratos com recipientes nos Estados Unidos. O pedido levantado no âmbito do NAFTA não foi levado adiante e o conflito foi decidido de outra maneira não informada pela *Sun Belt*.

É conhecida a crise de abastecimento pela qual tem passado o Estado da Califórnia. Sua alternativa tem sido a compra de água da região de Ottawa, Canadá. Barlow e Clarke (2002, p. 138) trazem o comentário de que a questão relacionada ao fornecimento de água pode ser uma das mais críticas entre o governo do Canadá e o governo dos Estados Unidos e poderá assim permanecer pelos próximos 100 anos, o que dependerá dos grandes períodos de seca dos Estados Unidos.

No Reino Unido, água tem sido transportada da Escócia para a Inglaterra e País de Gales. Para algumas regiões, há tubulação própria para esse transporte de água; para outras, o transporte é feito por navios.

Há alguns países que têm se aproveitado de sua situação estratégica e de montante para entrar nesse negócio da água. É o caso da Turquia, que tem administrado o Grande Projeto de Anatólia, exercendo um controle total das vazões da região, podendo reter e não devolver a água, como tem feito com a represa Ataturk. A água é consumida em irrigações

²¹ Disponível em: <http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sunbelt.htm> Acesso em 9 Jul. 2013.

e chega à Síria e ao Iraque com vazões bastante reduzidas, sem qualquer preocupação do governo turco com sua “política de boa vizinhança”, deixando a região em constante “alerta”. Por sua vez, o excedente da água não consumida na própria Turquia tem sido vendida a Israel, prevendo o acordo entre esses dois países a compra anual de 40.500 pés cúbicos de água, retirados do rio Manavgat, sendo o transporte feito por bolsas de água rebocadas até a costa israelense. O pagamento é feito, parcialmente, com o fornecimento de armas (Caubet, 2006, p. 173).

Há, contemporaneamente, várias outras situações de negociações internacionais em torno de *bulk water*. Em 1960, navios-tanque levaram água do Houston River (EUA) para Hong Kong, para uso em suas refinarias. Na década de 1980, houve compra internacional de *bulk water* para abastecimento entre Gibraltar (comprador) e o Reino Unido (vendedor), Aruba (comprador) e Dominica (vendedor), Nauru (comprador) e Austrália, Nova Zelândia e Fiji (vendedores). Em 1994, em razão de graves secas, o Japão teve de importar água do Alasca, Vietnã, Hong Kong, Coreia do Sul e China. Também na década de 1990, Maiorca importou *bulk water* da Espanha, enquanto construía uma infra-estrutura local de dessalinização da água marinha. Em 2000, Israel e Turquia iniciaram negociações para a importação de *bulk water* do Rio Manavgat, na Turquia, objetivando abastecer várias regiões em Israel, como alternativa para os processos de dessalinização ou modificação no uso da água para a agricultura. Nesse mesmo ano, a Espanha entrou em negociações com a França para a compra de *bulk water*, que abasteceria a cidade de Barcelona, através de um aqueduto de mais de 320 km, que ligaria esta cidade a Montpellier, na França (GLEICK et al., 2002, p. 44).

Barlow e Clarke (2002, p. 214) fazem uma distinção entre o comércio de *bulk water* e o seu compartilhamento. Numa situação de extrema escassez ou de seca prolongada, o compartilhamento de água poderia ser mais eficiente do que a venda de água. Na venda de água, as pessoas mais necessitadas poderiam ser excluídas do processo de distribuição, uma vez que a água vendida seria adquirida pelos que mais pudessem pagar por ela. Por outro lado, o compartilhamento de água entre Estados, através de contratos diretos ou tratados bilaterais ou mesmo plurilaterais, para suprir situações de emergência, poderia ser feito dentro de período previamente estipulado, para lidar com a situação específica da seca ou da escassez. Apontam que, talvez, o mais forte argumento contra a venda de água *in bulk* seria o fato de perpetuar a causa da crise da água em si – a presunção de que as crescentes necessidades consumeristas das pessoas podem ser supridas sempre com o aumento no fornecimento de água.

Apesar das implicações ambientais, não é o comércio de *bulk water* que mais tem preocupado. As mercadorias podem ser vendidas como matéria-prima ou como produtos de valor agregado (*value-added product*). O maior comércio internacional de água é o comércio de *value-added water*, melhor representado pelas águas engarrafadas.

As águas engarrafadas são erroneamente chamadas de “água mineral”. Nem sempre o engarrafamento feito é de água mineral. Por vezes, trata-se do engarrafamento de água potável, o que tem sido muito confundido.

Petrella (2009) explica que a água mineral não é uma água potável *strictu sensu*, uma vez que potável é a água tratada para o consumo humano. A água mineral não pode ser tratada, devendo ser engarrafada *in natura* ou, no máximo, com a adição de nitrato carbônico. Petrella esclarece que tem sido feita uma campanha publicitária para conduzir a opinião pública em várias partes do mundo acerca do consumo da água mineral engarrafada. Essa campanha tem alegado serem as águas minerais mais saudáveis, o que é mero fator de publicidade e estratégia de marketing, mas não condiz com a realidade. As empresas engarrafadoras de água transformaram a água mineral engarrafada e, por vezes, a água potável engarrafada, em um mercado internacional bastante lucrativo.

Gleick et al. (2002, p. 43) apontam que o comércio internacional de água engarrafada tem crescido numa média de 10% ao ano desde a década de 1970. Entre 1990-1995 (período tomado para análise), o comércio internacional de água excedeu o montante de 50 bilhões de litros engarrafados. Em 1999, só a indústria da água engarrafada nos Estados Unidos negociou mais de 17 bilhões de litros de água, gerando um lucro de US\$ 5 bilhões de dólares. Desse total de água engarrafada comercializada nos Estados Unidos em 1999, cerca de 8% eram importações das mais diferentes regiões do mundo, destacando-se as importações do Canadá (grande maioria), da França e da Itália.

A Nestlé é a líder do comércio internacional de água engarrafada, operando 68 marcas diferentes, dentre elas a Perrier, a Vittel e a San Pellegrino. Tem tomado dois tipos de mercado: o mercado de luxo que exige a água mineral engarrafada e o mercado de países onde não é seguro beber água que sai da torneira ou que vem de poços. Nestes, a água engarrafada vendida é, geralmente, água comum tratada e com adição de minerais. A Nestlé Pure Life é uma das marcas comercializadas dessas “águas tratadas” e tem sido vendida, principalmente, no Paquistão e no Brasil. Nesse mercado, também têm entrado a Coca Cola, com suas marcas de água tratada *Bon Acqua* e *Dasani*, e a PepsiCo, com a sua água tratada *Aquafina*, que dominam o mercado de água engarrafada nos Estados Unidos. Em geral, a água tratada lhes custa apenas uma fração de um cento por litro e é vendida,

após purificada, a um dólar por litro. O *U.S. Natural Resources Defence Council* publicou pesquisa, em 1999, que constata que essa água engarrafada, além de produzir milhões de garrafas plásticas descartadas todos os anos, está longe de ser mais “segura” ou mais “pura” do que a água das torneiras de muitos desses países que as compram (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 143).

Além disso, essas empresas engarrafadoras não pagam qualquer imposto pela água explorada, na grande maioria dos países. Em alguns deles, como no Canadá, explorar a água faz parte de seu direito de propriedade; em outros, como no Brasil, submetem-se, apenas, a licenciamentos para exploração e engarrafamento da água, pagando taxas mínimas para tanto.

Tem surgido no mercado internacional uma nova categoria denominada de *water hunters* (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 93). Esses caçadores de água têm explorado as regiões abundantes em água do mundo para entrarem no negócio ou expandirem seu negócio de água engarrafada. São, principalmente, as grandes corporações transnacionais as responsáveis pela globalização da economia. Contudo, o mercado também é gerido por especulação e, uma vez que o negócio da água entra em um processo de comoditização, traz-se toda a preocupação do mundo especulativo para esse setor. Os investimentos no setor podem ser colocados ou retirados com a digitação de uma tecla nas bolsas de valores internacionais, controlando, assim, o preço de muitas commodities e, inclusive o preço da água. Com o aumento do poder das companhias de água, muito dinheiro especulativo têm sido depositado em suas ações, o que traz grandes preocupações.

Apesar de todas essas negociações em torno da água, há pouca regulamentação comercial internacional do setor. Em âmbito global, tem-se o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que prevê, em sua Tabela Padronizada de Tarifas (*Harmonized Tariff Schedule*), Seção 2201.90.0000, que a água é uma *commodity* em potencial, incluindo-se águas minerais naturais ou artificiais e gasosas (sem adição de açúcar, adoçantes ou sabores), gelo e neve, excluindo a água do mar.

Isso significa que a importação e exportação de água engarrafada são regidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), conforme os princípios estabelecidos no GATT e em outros acordos seus, com as consequências relativas à eliminação de barreiras ao livre comércio e suas exceções aceitáveis, conforme serão discutidas em outro capítulo. Isso é um fator preocupante, porque ainda pairam dúvidas sobre a natureza mercantil da água, ainda que sob a forma de *value-added water*. Se assumida como *commodity*, não se

trata de uma mercadoria comum, conforme análise que será feita em outro capítulo dessa pesquisa.

Por outro lado, o comércio de *bulk water* não é especificamente regulamentado, tendo sido deixado para as negociações políticas entre os Estados, na grande maioria das vezes, o que tem gerado ainda maiores preocupações. Um dos campos de ponderação, nessa área, é até que ponto o GATT também pode ser aplicado a *bulk water*, conforme será discutido mais adiante.

Há um outro tipo de comércio internacional da água que também tem preocupado pesquisadores do mundo inteiro – é o chamado comércio de água virtual, conforme será identificado a seguir.

1.4.2. O comércio internacional de água virtual

Ao se falar em comércio internacional de água, não se pode deixar de lado o maior escoamento internacional de água existente, que ocorre através da produção das diversas mercadorias exportadas, sendo denominado comércio de “água virtual”.

Por água virtual compreende-se, segundo conceito desenvolvido pelas ciências econômicas, o volume de água necessária para produzir uma *commodity*, virtualmente, portanto, incorporada a esta. Assim, os países carentes em água deixarão de produzir as mercadorias que demandam muita água em sua produção, como por exemplo, os produtos agrícolas. Para suprir a demanda, passarão a importar esses produtos de países cuja abundância de recursos hídricos lhes permitem ser grandes exportadores de água virtual, ou seja, de produtos que demandam grande volume de água em sua produção. Assim, a água virtual passa a ser uma “fonte alternativa” de água.

Segundo Allan (1997, p. 4), o maior indicador de que um país se encontra numa situação de escassez de água é a quantidade de produtos que importa. Contudo, essa afirmativa deve ser relativizada, conforme se aborda adiante.

Outra expressão utilizada pelas ciências econômicas é *water footprint* (pegada da água) para também significar a quantidade de água utilizada no processo produtivo de uma dada mercadoria. Essa expressão foi desenvolvida, em 2002, por Hoekstra (2011) e tem sido divulgada pela *Water Footprint Network* (WFN)²², que entende ser o conceito de *water footprint* mais amplo que o conceito de *virtual water*, incorporando, por exemplo, o

²² Disponível em <<http://www.waterfootprint.org/?page=files/home>> acesso em 5 Jul.2013.

uso da água pelo consumidor – *the consumer's water footprint* (medido pelas mercadorias e serviços por ele consumidas), o uso da água pelo produtor – *the producer's water footprint* (negócios, manufatura, provisão de serviços) e, também, a quantidade de água usada para produzir uma dada mercadoria ou serviço – *the good's or service's footprint*, que, neste caso, coincide com o conceito de água virtual.

O chamado *Global Water Footprint Standard* foi desenvolvido por um esforço conjunto da WFN, seus parceiros e cientistas da Universidade de Twente, na Holanda, e publicado, em 2011, em um manual para servir de orientação no planejamento de políticas públicas e para questões mercadológicas (HOEKSTRA et al., 2011)²³. Desde então, tem ganhado aceitação pública, não só pela academia como também por parte das empresas, governos de distintos Estados e cientistas de várias partes do mundo, levando-se em consideração que se trata de um passo importante para lidar com os crescentes problemas hídricos globais. Dentro desse manual, são propostos três conceitos importantes: *blue water footprint*, que significa o consumo de “águas azuis”, assim consideradas as águas de superfície e as águas subterrâneas; *green water footprint*, que significa o consumo de água da chuva; *grey water footprint*, que se refere à poluição e é definido como o volume de água natural que é requisitado para absorver a quantidade de poluentes recebida pelo fluxo de água em análise. Em geral, esses conceitos servem para analisar como as atividades humanas ou produtos específicos se relacionam com a escassez e poluição das águas e para identificar como essas atividades e produtos podem se tornar mais sustentáveis, sob uma perspectiva hídrica.

A econometria criou uma fórmula para calcular a quantidade de água virtual exportada (CHAPAGAIN; HOEKSTRA, 2008, p. 20). Em regra geral, a equação compreende a quantidade de escoamento internacional da *commodity* multiplicada pela quantidade de água que foi utilizada em sua produção²⁴.

Com o uso da equação apresentada, Chapagain e Hoekstra (2008) concluem que 61% de toda a água virtual negociada são representados pela exportação de mercadorias agrícolas, 17% são representados pela exportação de produtos de origem animal e 22% são representados por produtos industriais.

²³Disponível em: <<http://www.waterfootprint.org/downloads/TheWaterFootprintAssessmentManual.pdf>> Acesso em 5 Jul. 2013.

²⁴ $VWF[ne, ni, c] = CT[ne, ni, c] \cdot VWC_{ne, c}$

Sendo que:

VWF = Virtual Water Flow; ne = exporting country; ni = importing country; c= commodity; CT = commodity Trade; VWC= Virtual Water Content

Os maiores exportadores de água virtual são Estados Unidos, Canadá, França, Austrália, China, Alemanha, Brasil, Holanda e Argentina. Os maiores importadores de água virtual são Estados Unidos, Alemanha, Japão, Itália, França, Holanda, Reino Unido e China (CHAPAGAIN; HOEKSTRA, 2008, p. 22).

Essa abordagem acerca da água virtual comprova a interdependência econômica dos países no mundo, sendo medida de acordo com o consumo virtual de água. Muitos países que possuem poucos mananciais estão entre os maiores importadores de água virtual. Outros, porém, que se destacam dentre os maiores importadores, têm grandes mananciais, como é o caso dos Estados Unidos, mas tem uma população com alta densidade demográfica e alta renda *per capita*, significando um alto consumo de produtos que demandam muita água em sua produção, quer sejam de origem agrícola ou industrial. Há também aqueles países que têm recursos hídricos escassos, mas preferem ser quase auto-suficientes em sua produção agrícola, como é o caso do Egito, que utiliza as águas do Nilo em sua capacidade máxima.

Chapagain e Hoekstra (2008) concluem que cerca de 16% de toda a água usada na produção de mercadorias no mundo não se destina a consumo doméstico, mas, sim, à exportação.

Consequentemente, pode-se dizer que grande parte do problema enfrentado pelo gerenciamento de recursos hídricos no mundo se deve ao aumento do comércio internacional de água virtual. Nesse caso, os custos do uso da água não são, em regra, repassados aos produtos. O consumidor final não paga e não tem consciência desses custos. Toma-se como exemplo os produtos agrícolas, exportados *in natura*, com preços que desconsideram o montante do volume de água gasto em sua produção. Assim, os efeitos indiretos do aumento do consumo desses produtos são externalizados para os países que são grandes exportadores de água virtual.

1.5. Conclusão

As pesquisas têm apontado a atual crise de abastecimento que se instalou no mundo, sendo bastante crítica em algumas regiões, tendo recebido a denominação de “pico da água”.

Essa crise tem sido fator principal ou secundário de diversos conflitos internacionais, entendendo-se como “conflitos” as várias disputas havidas entre os países, não necessariamente de natureza bélica.

Apesar de algumas pesquisas apontarem para a inexistência real de conflitos, a história contemporânea de diversos países comprova o contrário. Mesmo naqueles países onde o direito internacional foi utilizado como instrumento para a construção de regulamentação das águas internacionais, não foi esse instrumento suficiente para evitar algumas disputas, por serem, na verdade, insuficientes para o número de bacias hidrográficas de natureza internacional. Além disso, os poucos tratados existentes são bastante vagos e, por vezes, cedem às questões de natureza política.

Para solucionar parte dessa crise de abastecimento, bem como para prevenir possíveis disputas internacionais, a política neoliberal divulgada pelo Banco Mundial e pelo FMI sugeriu a privatização dos serviços de água. Essa prática de privatização já tinha sido implantada na França, por razões históricas, e houve tentativa de exportá-la para outros países. Numa análise da implantação dessa política em alguns países tomados pelos diversos *scholars*, apresentados como tema de estudo, conclui-se ora pela repulsa em relação à entrada do setor privado no gerenciamento dos recursos hídricos, ora pela incerteza quanto à sua eficiência. Em todas as pesquisas, contudo, há conclusões quanto à necessidade de abrangente regulamentação da área pelo setor público, mesmo para os países onde o setor privado já gerencia os recursos hídricos há mais de século. O setor privado busca o lucro e, sozinho, não tendencia a privilegiar a proteção do meio ambiente, do consumidor e a inclusão social.

Contemporaneamente, a água tem ganhado aspectos de *commodity*, estando estampado em vários documentos internacionais o seu valor econômico. Uma das consequências dessa nova natureza que lhe é dada é o crescente número de empresas que têm se engajado no “negócio da água”, participando do comércio de água engarrafada, de canalização de água potável, de transporte de água através de grandes navios ou de bolsas de água que são carregadas por estes entre os países, ou mesmo de remoção e transporte de *icebergs*. As pesquisas apontam a falta de regulamentação desse comércio, em âmbito interno, nos diversos países, e internacional. No âmbito da OMC, uma tabela anexa ao GATT prevê que a água engarrafada é uma mercadoria e, como tal, deve ser tratada como qualquer outra no tocante ao respeito às regras de livre comércio adotadas pelos diversos países.

Por fim, traz-se uma abordagem sobre o maior fluxo de água existente que é o comércio de água virtual, compreendendo, assim, a água utilizada na produção das diversas mercadorias. A grande preocupação, nesse ponto, se dá em torno da regionalização dos impactos ambientais sofridos pelos países que são considerados grandes exportadores de água virtual, sem que haja consequente internalização desses custos ambientais nos países que são grandes compradores.

De todo o exposto, verifica-se que a “crise da água” é uma crise de governança global. Não se trata apenas de uma conclusão meramente retórica. A governança global de diversos recursos naturais tem sido uma das grandes polêmicas contemporâneas e não poderia ser diferente com os recursos hídricos. Trazer a problemática da governança global para dentro do Direito Internacional é usar este como instrumento para guiar a política internacional que permeia os recursos hídricos do planeta. Como a temática da água estende-se desde uma defesa ambiental até uma defesa econômica e de direitos humanos, conforme se verá adiante, trata-se de fazer interagir todas essas subáreas do Direito Internacional, que têm sido chamadas pelas Relações Internacionais de regimes. A “crise da água” é uma crise de governança global, que, conforme é sugerido nessa pesquisa, pode ser administrada através de uma boa interação entre regimes.

Na sequência, passar-se-á a uma abordagem acerca do Direito Internacional, da governança global e da teoria dos regimes internacionais e sua possível e desejada interação.

2 - DIREITO INTERNACIONAL, GOVERNANÇA GLOBAL E INTERAÇÃO ENTRE REGIMES

2.1. Introdução

Conforme identificou-se no primeiro capítulo, a crise da água é uma crise de governança global. Não se trata de mera retórica administrativa. Trata-se de identificar que essa é uma área de hibridismo em matéria de regimes internacionais, pois tanto a problemática como as possíveis soluções para a mesma, englobam o Regime do Comércio Internacional, o Regime do Meio Ambiente e o Regime dos Direitos Humanos e todos os seus distintos atores.

O Direito Internacional tem sido apontado como instrumento para a solução dessa crise. Contemporaneamente, o Direito Internacional tem tido de levar em consideração alguns fenômenos que lhe têm provocado mudanças estruturais. Nesse capítulo, será apresentado o fenômeno da globalização, catalizador da crise da água, e o seu consequente fenômeno da governança global. Identificar-se-á a teoria dos regimes internacionais, como elemento dessa governança global e será apresentada, na sequência, a possibilidade de interação entre os distintos regimes e sua relevância para o Direito Internacional e as soluções que aponta. Nesse ínterim, os regimes internacionais serão identificados como fragmentos, mas partes de um todo que é o sistema do Direito Internacional. A unidade sistemática do Direito Internacional torna-se importante para a construção do Regime Internacional da Água Doce, como será colocado em capítulo posterior.

Como proposta de interação entre regimes, será apresentada a teoria do diálogo das fontes aplicada ao Direito Internacional Público e serão identificadas três formas de diálogo, que têm sido sugeridas por *scholars*, no Brasil, como formas de interação conflitual entre regimes. Para a apresentação dessas formas de diálogo, tomar-se-á, por base, o diálogo entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime do Meio Ambiente.

2.2. Direito Internacional, Globalização e Governança Global

O mundo tem observado um processo cumulativo de expansão comercial e de produção, transformando mercadorias diversas em *commodities* e aumentando os dividendos do mercado financeiro. O desenvolvimento espantoso dos meios de transporte e

dos meios de comunicação, com seus “transportes eletrônicos” de compra e venda de serviços e mercadorias, de informações e de conhecimento tem desencadeado uma espécie de “cultura tecnológica global”. Tem sido muito grande a velocidade com que a tecnologia da informação produz novos instrumentos e a indústria do marketing os transforma em produtos de primeira necessidade.

Como consequência de toda essa necessidade de enriquecimento de mercados, enriquecimento de indústrias, enriquecimento financeiro, melhora em transportes e tecnologias diversas, o mundo tem observado também uma desenfreada degradação ambiental, com consequências ainda em processo investigativo. O mercado internacional da água, com seus conflitos diversos e seus impactos ambientais, também tem sido fruto de todas essas modificações, também tem sido atingido por essas transformações tecnológicas e a água tem sido, sob o discurso neoliberal, comoditizada. Na verdade, verifica-se, em todas as áreas, inclusive no setor hídrico, uma interdependência global entre os Estados, entre seus órgãos, entre as organizações internacionais, entre os organismos não estatais, entre as empresas multinacionais e entre os indivíduos. Essa é a nossa contemporânea sociedade internacional, moldada pelo processo da globalização.

Em *The World is Flat*, Thomas Friedman (2005) descreve um processo de globalização que transformou o mundo numa pista plana. Ele menciona que houve, na verdade, três processos de globalização no mundo. A Globalização de 1492 a 1800 (chamada por ele de *Globalization 1.0*), que fez com que o mundo passasse de um tamanho G para um tamanho M, quando os Estados estavam competindo pela conquista imperialista e por recursos naturais. A Globalização do ano 1800 ao ano 2000 (chamada por ele de *Globalization 2.0*) transformou o mundo de tamanho M para um tamanho P, quando empresas saíram numa corrida desenfreada pela conquista de mercados e competição de suas mercadorias, sendo ajudadas por teorias de livre comércio. Entramos numa era de *Globalization 3.0*, segundo Friedman, que começou por volta do ano 2000 e que tem transformado o mundo de tamanho P em tamanho PP e tem transformado sua geometria, antes arredondada, num campo plano de fácil acesso. Esse estágio de *Globalization 3.0* tem tido como marcos a queda do muro de Berlin, a publicização da Netscape (com o oferecimento da internet) e, posteriormente, a interconectividade entre aplicativos e programas de computador (a revolução da indústria da informação). Em *Globalization 1.0*, eram os Estados que “globalizavam”. Em *Globalization 2.0*, eram as empresas que “globalizavam”. Em *Globalization 3.0*, são os indivíduos e pequenos grupos que “globalizam”.

Há muitos debates sobre o que significa, de fato, esse processo de globalização. O conceito de globalização é bastante complexo e, sob a perspectiva da presente pesquisa, não abrange apenas a esfera econômica, sendo esta apenas uma de suas facetas. Globalização não deixa de ser a transformação do mundo numa visão cosmopolita, que cria uma enorme interdependência entre Estados, organizações internacionais, empresas e indivíduos.

Jürgen Habermas oferece um conceito de globalização nada abstrato; ao contrário, bastante inclusivo:

(...) By globalization is meant the cumulative process of a worldwide expansion of trade and production, commodity and financial markets, fashions, the media and computer programs, news and communications networks, transportation systems and flows of migration, the risks generated by large scale technology, environmental damage and epidemics, as well as organized crime and terrorism. These processes enmesh nation-states in the dependencies of an increasingly interconnected world society whose functional differentiation effortlessly bypasses territorial boundaries (2006, p. 175)²⁵.

A despeito de toda essa interconectividade e interdependência entre os Estados provocada pela globalização, não há um governo central no mundo. Na ausência de um poder mundial, as relações internacionais e o direito internacional têm sido moldados por um novo fenômeno: o da governança global, que muitos têm defendido como uma “nova forma de governo”.

Governança global é uma expressão em construção desde os anos 1990. Diferencia-se, contudo, da expressão “governo”. Governo identifica-se com a existência de Estados soberanos, refere-se, de forma específica, à legitimidade de governar, às instituições e representantes estatais e interestatais.

James N. Rosenau (2003, p. 4) sugere que a expressão “governo” compreende atividades sustentadas por uma autoridade formal, por poderes políticos que asseguram a implementação de políticas devidamente constituídas. Por outro lado, “governança” não compreende uma “instituição”, mas refere-se a atividades sustentadas por objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades prescritas de maneira jurídica e formal e não necessariamente sustentam-se em poderes políticos para superar seus desafios e alcançar o cumprimento de suas metas. Governança é um sistema de regras, de regimes,

²⁵ Por globalização, entende-se o processo cumulativo de uma expansão mundial de comércio e produção, commodity e mercados financeiros, moda, imprensa e programas de computação, redes de notícias e de comunicação, sistemas de transporte e fluxos migratórios, os riscos gerados pela tecnologia de larga escala, os danos ambientais e as epidemias, assim como o crime organizado e o terrorismo. Esses processos envolvem os Estados em dependências de uma sociedade internacional enormemente interconectada, cuja diferenciação funcional ultrapassa, sem esforço, as fronteiras territoriais.

que só funciona se aceito ou se apoiado pela maioria e essa “maioria” pode significar “aqueles que detêm o poder”.

Andrew Hurrell (2007, p. 95) oferece, ainda, algumas definições de governança. Trata-se da grande variedade de processos pelos quais os sistemas sociais são coordenados e através dos quais atores independentes, mas interdependentes, são capazes de tomar decisões e implementar políticas. Trata-se, ainda, da soma de várias maneiras pelas quais indivíduos e instituições, públicas ou privadas, gerenciam seus negócios comuns. É também o processo contínuo pelo qual conflitos e interesses diversos podem ser acomodados e ações de cooperação podem tomar lugar. Governança compreende, ainda, o processo pelo qual instituições, formais e informais, guiam e limitam as ações coletivas de um grupo. Segundo ele, essas noções modernas refletem o poder do liberalismo global e o impacto da globalização liberal das últimas duas décadas do século XX. Só não podem ser consideradas totalmente modernas porque trazem consigo elementos da cultura ocidental liberal que enfatizam as trocas de mercado, mutualidade e solidariedade.

Assim, sob a expressão “governança”, conjugam-se tanto organismos estatais ou interestatais, como instituições privadas, formalizadas ou não, como também organismos não governamentais e conjuntos de regras/normas que identificam alguma área específica. A governança pressupõe, pois, pluralidade de atores, pluralidade de normas, pluralidade de instituições, pluralidade de intenções, pluralidade de ações. Não há poder concentrado, como no caso do Estado. Pelo contrário, o poder é descentralizado e difuso. É tendo em vista esse conceito complexo que entendemos a governança global da água – pluralidade de atores envolvidos (estatais e não estatais) pluralidade de normas (comerciais, ambientais, direitos humanos), pluralidade de instituições e pluralidade de intenções.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento trabalha com a expressão “boa governança”, que quer significar normas relacionadas à transparência, responsabilidade, participação pela população e consideração de suas necessidades²⁶. Esse conceito de boa governança expressa exatamente o que se pretende com a governança de diversas políticas públicas, dentre elas as relacionadas ao setor hídrico.

Tendo em vista a governança global e a boa governança, Philip M. Defarges (2008, p. 142) apresenta-se cético e menciona que tudo isso se trata de um horizonte, um objetivo para o qual a sociedade humana parece se movimentar. Entretanto, como qualquer processo histórico, governança global emerge de uma dinâmica que pode, a qualquer momento,

²⁶ Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/progareas/governance.shtml>> Acesso em 10 Jun. 2013.

entrar em colapso, ser deformada ou produzir efeitos imprevisíveis. A linha entre horizonte e miragem, segundo ele, é tênue e imprevisível.

O fenômeno da governança não se vincula ao Estado como ente soberano, mas suas muitas facetas utilizam, na grande maioria das vezes, instituições governamentais para alcançar os seus objetivos. Por outro lado, governo não depende diretamente de governança. Contudo, no mundo atualmente globalizado e comandado pela tecnologia da informação, pela rapidez e eficiência dos meios de transporte e de comunicação, pelas normas internacionais que viabilizam a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, em pontos regionalizados ou em escala mais ampla, não há como os governos ignorarem o fenômeno da governança. Na verdade, os governos em países com estágios de desenvolvimento em ascensão, têm se utilizado da governança para manter a governabilidade, em muitas áreas da esfera pública, sendo o setor hídrico uma delas.

O quanto antes os Estados aprenderem a direcionar os seus interesses para os diversos canais de *governance without government*, mais cedo serão capazes de substituir as formas tradicionais de pressão diplomática e força militar pelo exercício do chamado *soft power* (HABERMAS, 2006, p. 176).). *Soft power* foi uma expressão desenvolvida por Joseph S. Nye, em 1990, para compreender o tipo de poder que tem a habilidade e capacidade de atrair e convencer, sem o uso de meios de coação ou força (NYE, 1990).

O mundo tem passado por um processo de interdependência, envolvendo todas as áreas - desde mercadorias e serviços até política e religião. Toda essa interdependência provoca a necessidade de novos arranjos contratuais entre os atores internacionais – *a network world order*, como diria Anne Marie Slaughter (2004), que desafia o próprio conceito clássico de soberania e ordem internacional.

Rosenau (2003, p. 5) sugere, ainda, que governança é *order plus intentionality*. Os arranjos internacionais que compõem a governança global são intencionais, para atingir os objetivos almejados, dentro de algum tipo de ordem internacional. Contudo, tem-se que vislumbrar que essa chamada “ordem internacional” opera em um mundo sem governo central - para Rosenau, *governance without government* – e, portanto, esse conceito de “ordem” deve ser relativizado. Para ele (ROSENAU, 2003, p. 11), qualquer momento histórico pode ser considerado uma “ordem internacional”. Isso é o que ele chama de *empirical order*. Contudo, os analistas que preferem ver ordem no seu sentido positivo entendem que deve haver um mínimo de estabilidade e coerência – a chamada *normative order*. Isso não significa, contudo, que uma ordem internacional empírica funcione sem uma ordem internacional normativa. Na verdade, as mudanças podem ocorrer na ordem

empírica e influenciar a ordem normativa e vice versa.

A característica central da ordem internacional contemporânea é o grau de conexão entre os atores que compõem o sistema (ROSENAU, 2003, p. 13). Em áreas da economia, direitos humanos, meio ambiente, diplomacia e outras, há cada vez mais forte conexão entre os atores que compartilham temas semelhantes ou mesmo entre atores de temáticas distintas, porém interdependentes.

Hedley Bull (2002, p. 83) fala de uma sociedade internacional anárquica e reconhece que a formação dessa sociedade se dá não só por Estados, mas também por outros atores internacionais. Haveria um tipo de ordem internacional, ainda que rudimentar, ainda que anárquica. A expressão “anárquica”, em sua obra, refere-se a uma ordem internacional desprovida de governo central. Pondera que, mesmo sendo anárquica, essa ordem internacional pode ser considerada a preparadora de um caminho para se usufruir direitos os mais distintos no plano internacional.

Rosenau (2003, p. 7) questiona que, para alguns analistas das Relações Internacionais, anarquia implica a falta de regras-padrão, uma tendência para que os distintos atores andem em seus próprios e separados caminhos sem se preocuparem com princípios comuns, normas, regras e procedimentos. Em suas palavras:

Such an implication seems highly questionable. As one observer puts it, noting the authority that is attached to many treaties, international legal precedents, and international organizations, the international system (in spite of its lack of an overarching regime or world government) is several steps beyond anarchy (ROSENAU, 2003, p. 7)²⁷.

Contudo, essa velha sociedade anárquica não reflete mais a forma como as relações internacionais têm se modificado e não mais provê uma estrutura adequada para a ordem política internacional. Hurrell (2007, p. 95) sugere que é exatamente esse o momento para se prestar mais atenção no desenvolvimento de uma governança global.

Em síntese, a ordem global é concebida como um único combinado de “arranjos internacionais”, ainda que estes não estejam todos ligados a um conjunto padronizado.

Tendo em vista esse conceito contemporâneo de ordem que agrega a ordem internacional, a governança global molda a natureza da atual ordem internacional, ou, nos dizeres de Rosenau (2003, p. 8), *governance obviously shapes the nature of the prevailing global order*.

²⁷ Tal implicação parece altamente questionável. Como um observador o coloca, notando a autoridade que é anexada a muitos tratados internacionais, precedentes legais internacionais e organizações internacionais, o sistema internacional, apesar de sua falta de um regime dominante ou de um governo central está bem distante de ser anárquico (tradução livre).

Não poderia fazê-lo, contudo, se os padrões que constituem essa ordem não facilitassem a governança. Uma vez que ordem é, ao mesmo tempo, uma pré-condição e uma consequência de governo, não pode haver governança sem ordem e, atualmente, não pode haver ordem sem governança.

Contudo, Desfarges (2008, p. 147) bem lembra que a governança global não elimina os bons velhos jogos de *power and balance*, mas os força a serem conduzidos com menor intensidade, quando instrumentos de negociações e sanções no plano internacional tomam o lugar de “armas”. Questiona, ainda, a legitimidade da governança global, que, segundo ele, reside no maior consenso possível entre os Estados. No entanto, como bem lembra, como não há só atores estatais, os demais componentes da governança global (empresas, Organizações Internacionais, ONGs, indivíduos e outros), porque têm legitimidade espontânea, temporária e instável, não podem ser ignorados. Os próprios Estados têm sido o suporte desses atores, por vezes considerados mais “fracos” no cenário da governança global, muitas vezes incluindo-os nas mesas de negociações e tomadas de decisões, na esfera doméstica ou internacional.

Nesse contexto de governança global, consolida-se um direito internacional contemporâneo, que tem sido denominado a *welfarist international law* (JOUANNET, 2012, p. 260). Essa nova faceta do direito internacional, inscrita na própria Carta das Nações Unidas (Art. 1), que reclama a criação de melhores condições de vida e a criação de um Conselho Econômico e Social (ECOSOC), tem se desenvolvido com a ajuda de diferentes atores – desde minorias, indivíduos e comunidades até associações, uniões comerciais, ONGs, Organizações Internacionais, além dos próprios Estados e seus distintos agentes e instituições. Conforme bem observa Emmanuelle Jouannet:

The idea of an ever more invasive bureaucracy is partly countered nowadays by the concomitant phenomena of regulation, networks and world governance that also go along with the development of a welfarist law: public international regulation is now accompanied by a polycentric and negotiated regulation that increasingly escapes from the control of bureaucratic apparatus of international institutions and states (JOUANNET, 2012, p. 263)²⁸.

Muito se tem discutido se os Estados soberanos estariam entrando em colapso e dando lugar a novas formas de arranjos regionais ou locais. A soberania estatal tem sido

²⁸ A ideia de uma burocracia cada vez mais invasiva é parcialmente contada pelos fenômenos concomitantes da regulação, dos networks e da governança global que caminham junto com o desenvolvimento de um direito social: a regulação internacional pública é agora acompanhada pela regulação policêntrica e negociada que crescentemente escapa do controle burocrático dos aparatos de instituições internacionais e de Estados (tradução livre).

questionada e relativizada (SLAUGHTER, 2004).

Segundo Mark Zacher (2003, p. 64)), o templo Westphaliano²⁹ não está, de fato, em colapso absoluto, uma vez que os Estados continuam sendo os atores centrais do sistema internacional. Porém, não são mais os únicos. A questão não é exatamente até que ponto a presente transformação internacional está menosprezando a centralização estatal, mas, ao contrário, essa transformação que tem havido implica em um envolvimento dos Estados num *network* de regimes internacionais, implícitos ou explícitos, e toda essa interdependência tem constrangido a autonomia plena dos Estados. Não significa, de fato, um desprezo pelos Estados como atores centrais do sistema internacional, mas a aceitação deles próprios de que devem trabalhar no controle de toda essa variedade de interdependência. Os Estados estão enormemente envolvidos num *network* de colaboração através dos regimes internacionais e de outras formas de arranjos, o que cria uma política internacional distinta da havida nos séculos XVII, XIX e parte do século XX.

Dessa forma, apesar das diferenças apontadas por Rosenau (2003, p. 8) entre os conceitos de governança global e regimes internacionais - por estarem estes atrelados a uma área específica enquanto aquela tem amplitude geral, pode-se afirmar que governança é um conceito mais amplo, dentro do qual estão incluídos os regimes internacionais. Na inter-relação entre governança global e direito internacional, a temática central é a discussão da interação entre os regimes internacionais. O diálogo que se pretende apontar, na presente pesquisa, entre o direito do comércio internacional e o direito à água é uma questão de interação entre regimes e, ao mesmo, tempo uma questão de governança global. Portanto, é importante que se compreenda, nessa fase da pesquisa, o conceito de regimes internacionais e suas variantes de diálogos, melhor entendidas na expressão “interação entre regimes”.

2.3. A teoria dos regimes internacionais

O conceito de “regimes internacionais” foi desenvolvido por Stephen D. Krasner (1983) nas Relações Internacionais, no início da década de 1980, significando arranjos especializados que compreendem atividades bem definidas, fontes normativas ou áreas geográficas e que envolvem apenas parte dos membros da sociedade internacional. Em 1983, Krasner, consolidando o conceito, convidou vários teóricos das Relações

²⁹ Referência aos Tratados de Westfália, que, no século XVII, puseram fim à Guerra dos 30 anos, na Europa, e consolidaram o princípio da soberania dos Estados no cenário internacional.

Internacionais para rediscuti-lo em *essays* distintos e fez publicar uma obra conjunta intitulada *International Regimes* (KRASNER, 1983), servindo-se de editor além de autor de um desses *essays*. Em seu *essay* (KRASNER, 1983, p. 2), nessa obra, traz uma reelaboração de sua definição de regimes, compreendendo que *regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actor's expectations converge in a given area of international relations*³⁰.

Ao ofertar seu conceito de regimes, Krasner (1983, p. 3) fez distinção entre os seus elementos, esclarecendo que princípios e normas têm hierarquia diferente de regras e procedimentos³¹. Princípios e normas proveem a característica definidora básica de um regime, enquanto regras e procedimentos podem variar no tempo, dentro do mesmo regime, sem mudar-lhe a substância ou a identidade própria. Mudanças nas regras e nos procedimentos são mudanças dentro do próprio regime, contando que os princípios e as normas permaneçam inalterados. Assim, é a infusão de comportamento com princípios e normas que distingue uma atividade regida por um regime, no sistema internacional, de uma atividade mais convencional, guiada exclusivamente por estreitos cálculos de interesse. Normas e princípios são, pois, considerados endógenos aos regimes. No entanto, pode haver normas e princípios que influenciam um regime específico, sem, contudo serem pertencentes àquele regime, podendo ser considerados, por outro lado, prova de sua existência.

Krasner (1983, p. 7) sustenta, ainda que, num mundo de Estados soberanos, a função básica dos regimes é coordenar o comportamento estatal para atingir fins desejados em determinadas áreas específicas.

De forma adicional, Hasenclever et al. (2000, p. 3) compreendem que a função dos regimes é também mitigar o caráter de autoajuda das Relações Internacionais, apontando para os Estados a possibilidade de ganhos conjuntos com uma política internacional de cooperação.

Os regimes internacionais são estudados sob prismas distintos, a depender da teoria

³⁰ Regimes podem ser definidos como conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e decisões procedimentais em torno dos quais as expectativas de atores internacionais convergem dentro de uma determinada área das relações internacionais (tradução livre).

³¹ Para Krasner (1983, p. 2), *Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice* (Princípios são crenças de fato, causação e retidão. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições específicas ou proscições para uma ação. Procedimentos decisórios são práticas prevalecentes para fazer e implementar uma escolha coletiva – tradução livre).

das relações internacionais que os analisa. Na obra publicada por Krasner (1983), as opiniões se dividiam basicamente entre realistas e idealistas. Pode-se, contudo, indicar três escolas que têm feito, contemporaneamente, análises distintas dos regimes internacionais: os neoliberais, os neorrealistas e os cognitivistas (HASENCLEAVER et al., 2000, p. 7).

Para os neoliberais, os regimes são mecanismos de facilitação da cooperação interestatal, no sentido de permitirem que os distintos atores internacionais cooperem uns com os outros na realização de interesses comuns, uma vez que permitem uma maior transparência nas relações internacionais.

Para os neorrealistas, os regimes nada mais são do que criação de *hegemons* na promoção de “bens públicos internacionais”, de maneira a fazer com que os atores internacionais com menos poder se submetam aos que detêm mais poder. Nessa linha de raciocínio, Martti Koskeniemi (2012, p. 317,) sustenta que cada regime está engajado em suas estratégias de universalização, tentando fazer com que sua área específica pareça ser o conhecimento geral e o interesse geral – *a common place consciousness*.

Para os cognitivistas ou construtivistas, os regimes são vistos sob uma ótica sociológica, preocupando-se muito mais com o processo de aprendizado dos distintos atores internacionais em suas inter-relações, onde suas identidades são construídas socialmente, estando também suas preferências em contínua mutação.

Seriam, assim, considerados regimes organizações internacionais - tais como ONU e OEA, convenções internacionais - tais como a UNCLOS, sistemas - tais como o Sistema de Bretton Woods, blocos de integração regional - tais como União Europeia e Mercosul, temáticas - tais como a do comércio internacional, a dos direitos humanos, a do meio ambiente e, de forma ainda mais específica, como se quer defender no presente trabalho, a da água doce. Krasner (1983) não postulava pela autonomia desses regimes. Simplesmente identificava essa pluralidade objetiva e subjetiva nas Relações Internacionais.

Dada a grande diversidade de regimes e o processo de interdependência pelo qual passam, é de extrema importância identificar suas variadas formas de interação, dentro daquilo que se postula ser um sistema único – o do direito internacional, ou mesmo dentro do que se tem denominado fragmentação do Direito Internacional.

2.4 O sistema do direito internacional, o processo de fragmentação e a interação entre seus distintos regimes

Os regimes internacionais, conforme idealizados na década de 1980, não eram autossuficientes. Pertenciam a um todo, denominado “sistema internacional” e buscavam, no conjunto, a ordem no plano internacional.

Ernest B. Haas (1983, p. 26), em seu *essay* para a obra editada por Krasner, faz a diferenciação entre ordem, regime e sistema. Segundo Haas, regimes são instituições sociais para gerenciar conflitos dentro de um contexto de interdependência. Regimes são parte de um sistema. O sistema é o todo. A ordem refere-se, então, aos benefícios que um regime pode prover, enquanto o sistema refere-se ao todo dentro do qual há colaboração em favor da ordem.

Com o tempo, a expressão “regimes internacionais” foi sendo absorvida também pelo Direito Internacional para passar a noção de pluralidade. Muitos adeptos da fragmentação do Direito Internacional preferiram aplicar a expressão para advogar no sentido de não haver um sistema de direito internacional, de ser essa unidade uma artificialidade constitucionalista e de estar ela completamente desvinculada da realidade (KOSKENNIEMI, 2005). Desde então, essa expressão “regimes internacionais” tem sido usada para dar margem de defesa à ideia de fragmentação e inexistência de um sistema de direito internacional, o que se considera, na presente pesquisa, um equívoco.

Por fragmentação do Direito Internacional, tem-se compreendido a grande especialização e isolamento dos distintos regimes, cada qual sendo *self contained per si*. Isso implica que cada regime desenvolve suas próprias normas, princípios, seu próprio vocabulário, seus próprios procedimentos de solução de disputas, sem interconexões. Cada regime seria criado e consolidado de maneira completamente independente dos demais. Assim, suas normas não se preocupariam com situações de sobreposição e muito menos de hierarquia.

Koskenniemi (2005) ensina que os conflitos de normas internacionais são gritantes, as incoerências entre elas destacadas, cada área consiste num regime totalmente diferente um do outro – o regime do meio ambiente, o regime dos direitos humanos, o regime do comércio internacional e outros – e cada bloco de integração consiste um sistema autônomo em relação ao outro. Não há unidade. Há, ao contrário, fragmentação. Conclui, assim, que existem dois tipos de fragmentação: normativa e institucional.

Defender uma unidade sistemática do direito internacional, conforme se faz no

presente trabalho, não significa defender a constitucionalização do direito internacional, em termos kantianos. Mas fechar os olhos para o fato de que o processo de globalização e o fenômeno da governança global advogam a favor de princípios constitutivos de uma sociedade internacional é ficar de braços cruzados, sendo mero expectador passivo. No reconhecimento de um sistema internacional, as normas a serem criadas ou interpretadas devem levar em conta uma coerência e uma harmonia que se deseja para pleitear a justiça internacional. É sob essa perspectiva que se propõe, nesse trabalho, o diálogo entre o regime do comércio internacional e o regime da água. Sempre que entre eles houver interação, não se pode olvidar que a busca é por uma justiça social no plano internacional.

Immanuel Kant (2008) entendia a paz mundial como fruto de uma constitucionalização das relações internacionais, no seu sentido mais estrito. Entendia a necessidade de proibição da guerra como uma forma de se criar uma ordem constitucional de amplitude mundial. Aplicava a essa constitucionalização os mesmos princípios que emolduraram a constitucionalização de muitos Estados republicanos. Essa constituição cosmopolita traria direitos e deveres universais e iguais para todos, o que seria o princípio para se atingir a paz mundial. Haveria, de fato, uma “república universal”. Assim, o direito cosmopolita circunscrever-se-ia a uma “hospitalidade universal”, em termos kantianos.

Habermas (2006, p. 148) denomina Kant uma “criança de seu tempo”, uma vez que, desconsiderando diversidades culturais e religiosas, Kant, assim como a grande maioria dos pensadores de seu tempo, acreditava na superioridade da civilização europeia e foi a partir dessa concepção que criou a sua ordem constitucional cosmopolita. Aplicar essa mesma visão constitucionalista, hoje, seria “ingenuidade acadêmica” ou “malícia hegemônica”, a depender do prisma pelo qual se deseja olhar. Contudo, deixar de enxergar toda uma interdependência entre os Estados, uma cooperação entre os regimes, uma multiplicidade de normas internacionais que se complementam ou que apontam para um caminho comum, uma busca pela justiça social internacional que, nos termos de Habermas, seria um *halfway* a favor de uma “espécie de constitucionalismo”, seria aplicar, ao pé da letra a construção realista de Hans Morgenthau (2004), que também foi uma “criança de seu tempo”.

O Direito Internacional contemporâneo foi desenvolvido num contexto de crescimento dos poderes militares, de destruição maciça dos judeus na Europa e, posteriormente, do controle da Guerra Fria. O cenário mudou. Contudo, o Direito continua sendo ou um instrumento da política (e não se desconsidera essa possibilidade) ou um instrumento para se atingir a justiça social, a depender da ótica pela qual se pretende olhar.

James Crawford (2012, p. 18) pondera que é fácil ser cético em razão das discrepâncias do Direito Internacional em relação ao poder dos Estados mais poderosos, mas o ceticismo é também *facile* – ou seja, é petulante e superficial. Deve-se, sim, ser crítico e questionar muitos aspectos do Direito Internacional, ensina ele. Contudo, continua o fato de que muitas coisas só têm sido feitas pelo poder coletivo do Direito Internacional. Para mencionar algumas delas, como ele o faz, convém lembrar a redução de gases poluentes na atmosfera (que Estado se comprometeria com a redução se não tivesse havido uma ação coletiva, movida pelo Direito Internacional, para que todos optassem pela despoluição?), a descolonização que mudou o formato do mundo político (que não teria ocorrido tão rápido não fossem as articulações do Direito Internacional), a proteção das baleias (que, por obrigação internacional, muitos Estados entraram no projeto de defendê-las). O Direito Internacional, explica Crawford (2012, p. 19), provê um conjunto de técnicas para lidar com os grandes problemas coletivos que precisam de ação. Não há muitas alternativas disponíveis melhores do que o Direito Internacional para tanto.

Na presente pesquisa, pendese por acreditar na interdependência e cooperação nas Relações Internacionais e no Direito Internacional como um sistema e é, sob esse prisma, que se defende a existência de um Regime Internacional da Água Doce. Essa apontada cooperação entre os regimes internacionais tem sido denominada *regime interaction* (interação entre regimes) e tem sido criticada, positiva ou negativamente, por muitos.

Analisando uma proposta de *regime interaction*, Koskenniemi (2012, p. 305) descarta a possibilidade de coordenação e adaptação, uma vez que considera que essas soluções sempre penderiam por fazer um regime prevalecer sobre o outro. Um regime seria sempre favorecido em detrimento de outro – *hegemonic regime*.

Koskenniemi (2012, p. 16) cita uma discussão entre Pettersman, um *trade expert*, e Alston, um *human rights expert*, onde o primeiro defendia a ideia de trazer discussões de direitos humanos para dentro dos fóruns da OMC, uma vez que, para ele, apenas um sistema de comércio internacional global poderia garantir a verdadeira proteção dos direitos do homem. Para Alston, a heterogeneidade dessas duas áreas – direitos humanos e comércio – não permitiria essa incorporação de uma pela outra e, segundo ele, se direitos humanos fossem “sugados” pelos fóruns de comércio internacional, haveria o grande risco de se dar maior ênfase aos reclames dos juristas comerciais em detrimento dos juristas de direitos humanos.

Habermas (2006, p. 142) também levanta sua preocupação com a hegemonia. *Who is to say that the hegemonic law of the stronger is not entrenched, in turn, behind the*

*façade of the world organization itself?*³². Contudo, na continuidade de suas análises (2006, p. 176), compreende a necessidade de não se ignorar o Direito Internacional e de identificar a sua função, principalmente nos processos de globalização, governança e interdependência contemporaneamente constatados. Os Estados não podem escapar à necessidade de regulação e coordenação dentro de um horizonte em expansão da sociedade internacional contemporânea, que é enormemente *self programming*, mesmo no nível cultural.

Simplesmente temer a hegemonia e cruzar os braços, ou partir apenas para sua crítica, não gera qualquer forma de construção de uma justiça social, quer em âmbito doméstico ou em âmbito internacional.

Conforme pondera Habermas:

(...) These trends, which are currently capturing attention under the heading of globalization, do not only run counter to the Kantian Project of a cosmopolitan order; they also meet it halfway. Globalization also provides a supportive context for the aspiration to a cosmopolitan condition, one that mitigates the initial appearance of invincibility of the forces opposed to a political constitution for global society (2006, p. 173)³³.

Uma das formas para se entender essa complexa coleção de organizações internacionais interconectadas está na emergência de uma sociedade internacional contemporânea, resultado de toda essa globalização de mercados, meios de comunicação e tecnologia da informação. A globalização da economia e da sociedade prepara o contexto para o que o próprio Kant previa como uma sociedade cosmopolita, ainda que sob um formato diferenciado de sua pré-condição de constitucionalismo internacional, ainda que, para evitar preconceitos kantianos, se passe a denominá-la, com uma aceitação mais geral, de sociedade globalizada.

O Direito Internacional deve ser visto, dentro dessa polêmica, não sob o seu aspecto constitucional, mas sob o seu aspecto sistêmico, porque, assim, vai ao encontro do processo de globalização, não apenas como mero expectador, mas como possível instrumento de guia para esse processo. Nesse mesmo pensamento, o Regime Internacional da Água Doce, cuja existência faz parte da proposta dessa pesquisa, não deve ser

³² Quem foi que disse que o direito hegemônico do mais forte não está estabelecido, por sua vez, por trás dessa fachada de organização internacional? (tradução livre)

³³ Essas tendências, que estão atualmente chamando a atenção sob a denominação de globalização, não somente pesam contra o projeto kantiano de uma ordem cosmopolita. Elas também somam a favor de um “meio caminho” para esse projeto. A globalização provê um contexto de apoio para a aspiração de uma condição cosmopolita, que mitiga a aparência inicial de invencibilidade das forças que se opõem à constituição política para a sociedade mundial (tradução livre).

construído de maneira *self contained*. Se o fosse, estaria nascendo com necessidade de atualização. A presente pesquisa pretende mostrá-lo concretizado e fazendo parte do sistema do direito internacional, uma vez que, inevitavelmente, faz parte do processo de globalização e é produto do fenômeno da governança global. O Regime Internacional da Água Doce é um fragmento do Direito Internacional, assim como o é o Regime do Comércio Internacional. Mas são fragmentos dependentes do todo e interconectados com outros fragmentos do sistema, através dos quais se pretende identificar uma coerência sistemática.

Em 2006, a Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) produziu um relatório com a proposta de apresentar um estudo consolidado acerca da especialização, da regionalização e dessa fragmentação do Direito Internacional (doravante denominado “o Relatório”)³⁴.

No Relatório, duas questões centrais foram estudadas: 1) há coerência no Direito Internacional?; 2) a fragmentação é um desenvolvimento natural do Direito Internacional?

O Relatório toma por base uma noção ampla de conflito, que sugere haver a discordância toda vez que duas normas apontam soluções diferentes para o mesmo problema. A identificação e a busca da solução de conflitos são, portanto, o objeto do raciocínio jurídico. Para responder os questionamentos propostos, faz-se uma abordagem acerca da existência de uma hierarquia informal entre as fontes do direito internacional, reconhecendo a falta de hierarquia formal. Uma parte da doutrina sugere que tratados tenham prioridade sobre costumes e tratados especiais tenham prioridade sobre tratados gerais. Da mesma forma, costumes locais prevalecem sobre costumes gerais e normas costumeiras prevalecem sobre os princípios gerais do direito. Essas são conclusões que decorrem de uma racionalidade jurídica: tribunais e juristas basear-se-ão, primeiramente, em tratados; após, em costumes e, por fim, em princípios gerais de direito, na busca pela solução de uma questão jurídica.

Na solução das antinomias, o Relatório aponta para o critério de preferência da lei especial em detrimento da lei geral, fazendo uma análise dos *self contained regimes*. Contudo, o Relatório chega à conclusão de que a máxima “lei especial derroga lei geral” não é absoluta e dependerá de interpretações normativas, tais como: a análise do contexto; a identificação das aspirações dos Estados envolvidos, dentre outras. E, por fim, o Relatório apresenta a necessidade de se retornar ao Direito Internacional geral sempre que

³⁴ Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf> Acesso em 10 Aug. 2011.

não se conseguir resolver a questão com base no critério da lei especial, tomando por base o conteúdo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

De uma observação do desenvolvido no Relatório, levantam-se algumas conclusões: 1) deve-se aplicar o critério da especialidade a esses subsistemas – de especialização ou de blocos regionais, pois são mais eficientes na análise das matérias que regulam, adequando-se melhor às suas particularidades; 2) tratando-se de *jus cogens*³⁵, não é permitida derrogação; 3) não há, de fato, *self contained regimes*, pois o Direito Internacional geral sempre servirá de base normativa e orientação e auxiliará na solução de conflitos, tanto em questões substantivas quanto procedimentais; 4) existe um erro em si na expressão *self contained regimes*, nos termos dos Arts. 31 (3) (c) e 43 da CVDT, pois estes trazem uma noção do Direito Internacional como um sistema.

Muitos desses regimes foram criados por um *hegemon* - a exemplo do de Bretton Woods criado pelos Estados Unidos - que lhes deu um momento histórico adequado para sua existência nas relações internacionais. Outros, tais como o movimento ambientalista, surgiram singularmente de reclames de organismos não governamentais, tais como o *Greenpeace*. Independente da forma como foram criados, contudo, cada qual tem desenvolvido normas próprias e, por vezes, díspares em relação aos demais.

Tomando-se como ponto de partida toda essa “fragmentação”, ou “pluralismo normativo e institucional”, a grande problemática ocorre quando há sobreposição de normas e regras ou quando há conflito entre elas. Tendo-se em vista não meramente uma discussão teórica, mas casos concretos que têm tido de lidar com essa conflituosidade, discute-se como resolver essa questão frente a regimes considerados “autônomos” ou simplesmente “completamente distintos”.

Essa discussão foi levada para o campo do comércio internacional, onde, por muitas vezes, numa advocacia pró-autonomia plena, defesas ambientalistas ou de direitos humanos foram descartadas dentro dos fóruns de solução de controvérsias da OMC, pois a temática, como defendiam muitos, era comercial e a liberalização comercial era o alvo a ser atingido. Algumas dessas discussões são identificadas no próximo capítulo.

Da mesma forma, muitos documentos ambientais ou de defesa dos direitos humanos ignoravam as normas comerciais e, por vezes, nessa marginalização e extrema especialização, entravam em choque com aquelas, conforme será apresentado adiante.

Muitos dos documentos que serão discutidos nessa pesquisa mostram, contudo, que

³⁵ Assim compreendido como as normas imperativas e superiores do direito internacional geral e que não admitem derrogação, salvo por norma de mesmo nível hierárquico, nos termos da CVDT, art. 53.

houve tentativas bem sucedidas de diálogo entre essas duas áreas. Muitos documentos de natureza comercial absorveram defesas ambientais e de direitos humanos e muitos documentos de natureza ambiental trouxeram restrições comerciais. Nem sempre, contudo, num momento de solução de controvérsias, essa intersecção normativa foi sustentada pelos órgãos decisórios competentes.

O que frequentemente se olvida nesses debates sobre regimes e fragmentação é que, por trás de tudo isso, não há só política ou interesses políticos. Em alguns casos, há verdadeira preocupação com a sobrevivência humana ou com a dignidade da pessoa humana, por mais que essas preocupações sejam, por vezes, levantadas também por bandeiras políticas. Há casos concretos e há seres humanos cujas vidas dependem de soluções, não de meramente discursos, críticas teóricas, percepções históricas e debates acerca de uma não submissão à hegemonia deste ou daquele regime. Há muito mais do que simplesmente compreender que, em fóruns internacionais, privilegia-se o debate político. Há muito mais do que simplesmente apontar que o Direito Internacional é mero instrumento de dominação. Quando se pleiteia uma “fórmula de solução de conflitos” previamente definida, há muito mais do que uma mera vontade hegemônica; há, por vezes, uma verdadeira preocupação com a segurança jurídica, uma vez que o Direito continua sendo uma das únicas formas de acesso das minorias, das comunidades e daqueles realmente bem intencionados às várias formas de justiça, ainda que seja, por vezes, usado de maneira diversa.

Não se pode apagar toda uma construção histórica do chamado *rule of law* e da defesa do devido processo legal. E essa defesa não deve se limitar aos fóruns internos deste ou daquele regime ou deste ou daquele território estatal, sob pena de, num momento de globalização e de crescente governança global, tornar-se ineficaz. Essa é uma defesa universal e de aplicação internacional também. Um pessimismo exacerbado acerca de uma interação entre regimes não levará a nenhuma solução concreta quando surgirem reais conflitos normativos nos meios de solução de controvérsias existentes. O Direito precisa apontar soluções. É essa a sua função. Ainda que essas soluções sejam temporárias e valham apenas para o momento histórico considerado.

Nessa pesquisa, não será utilizada a expressão “fragmentação” no sentido da existência de *self contained regimes*, por compreender-se que se trata de um equívoco que deve ser afastado na consolidação do Regime Internacional da Água Doce. Não se quer, em nome da segurança jurídica e de princípios superiores, enxergar o Direito Internacional como vários direitos sem conexão. Não há, de fato, um direito fragmentado nesse sentido;

há um pluralismo normativo, coexistindo vários subsistemas que se interconectam pelos princípios gerais do sistema maior que é o Direito Internacional. Se esse formulado não for compreendido meramente por uma questão de coerência, que seja compreendido principalmente por uma razão de justiça social internacional. Portanto, toda vez que a presente pesquisa fizer referência à “fragmentação”, será no sentido do pluralismo de normas, atores e instituições que, contemporaneamente, vigoram no direito internacional, sendo reforçada pelo movimento da governança global.

Esse momento pelo qual passa o Direito Internacional é típico de sua fase de *welfarist development* - conjuntos de normas que se desenvolvem “anarquicamente”, uma vez que cobrem todas as áreas da vida social. Nas palavras de Emmanuelle Jouannet:

While it is true that whole tracts of law naturally have an instrumental and systemic function and form divided legal units, present-day international law cannot be reduced to that. All the current research on the constitutionalization or unity of international law or the idea of a common law demonstrates this. In truth, the two phenomena seem to me to be inevitably connected; that is, the dispersion and the multiplication of norms are related to the increasingly asserted recognition of the shared substantive principles forming a common law and a certain unity of international law. It is primarily the substantive welfarist principles written into the 1945 Charter and not the formal liberal principles that have led to the incredible expansion of international law and, therefore, to its technicization, specialization and fragmentation (2012, p. 264)³⁶.

Em nome de uma possibilidade concreta de solução de conflitos normativos internacionais, defende-se uma unidade do Direito Internacional, não meramente como discurso retórico e não simploriamente considerado no seu aspecto constitucionalista kantiano. Para tanto, considera-se o Direito Internacional um sistema, composto por um pluralismo normativo.

Tomando por “sistema” o conceito oferecido por Losano (2008), tem-se um conjunto de elementos (ideias, princípios, normas, conceitos, construções, estrutura) que guardam características semelhantes ou complementares entre si e que, pelo nexos que os une, compreendem um todo único.

Apesar das críticas, o Direito Internacional continua provendo uma estrutura

³⁶ Enquanto é verdade que os tratados de direito todos têm uma função instrumental e sistêmica e formam unidades legais divididas, o direito internacional contemporâneo não pode ser reduzido a isso. Toda a atual pesquisa acerca da constitucionalização ou da unidade do direito internacional ou a ideia de um direito internacional comum a todos demonstra isso. Na verdade, os dois fenômenos parecem, para mim, inevitavelmente conectados; ou seja, a dispersão e a multiplicação de normas estão relacionadas ao reconhecimento enormemente declarado de princípios substantivos compartilhados formando um “direito comum” e uma certa unidade do direito internacional. É primeiramente os princípios sociais substantivos escritos na Carta de 1945 e não os princípios formais liberais que tem levado a uma expansão incrível do direito internacional e, portanto, ao seu tecnicismo, especialização e fragmentação (tradução livre).

normativa para um sistema baseado em “leis” para a sociedade internacional. É o que Crawford chama *a system of international laws*³⁷. Em suas palavras:

International law has the characteristics of a system, not just a random collection of rules; the basic constructs of personality, sources (including treaties), interpretation and responsibility, provide a framework within which rules may be generated, applied and, increasingly, adjudicated upon. The system is, though, institutionally deficient. The absence of a legislature with universal authority and the consensual basis for judicial jurisdiction reinforce the voluntarist and co-operative character of most international law most of the time (CRAWFORD, 2012, p. 15)³⁸.

Bobbio (2010, p. 239) explica que quando um ordenamento jurídico constitui um sistema, como tal, nele não coexistem normas incompatíveis. Assim, num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade entre normas não gera o colapso de todo o sistema, mas apenas de uma de duas normas comparadas, ou de ambas. Surge, então a questão das antinomias.

As antinomias são identificadas quando há relações de incompatibilidade entre normas. Segundo Bobbio (2010, p. 243), isso se dá: 1) Entre uma norma que comanda fazer algo e uma que proíbe fazê-lo (contrariedade); 2) Entre uma norma que comanda fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade); 3) Entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade).

Assim para que se caracterize a antinomia, além de haver uma desses três hipóteses, é necessário que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e as duas normas tenham o mesmo âmbito de validade. É por compreender essa necessidade de afirmação sistemática que o presente trabalho prefere identificar o Direito Internacional como um sistema, ao invés de simplesmente advogar no sentido de uma interação entre subsistemas autônomos. Entretanto, fica o questionamento acerca de como resolver as antinomias.

Conforme mencionado por Bobbio (2010), a jurisprudência, ao longo dos anos, desenvolveu três regras fundamentais para a solução das antinomias: o critério

³⁷ The reality of international law – whatever its theoretical underpinnings – is clearly that of a system of laws, albeit one that cannot be uncritically analogized to domestic legal systems. Moreover it is a system which, day in and day out, is generally effective: millions of people are transported daily by air and otherwise across state boundaries; those boundaries are determined and extended; the resources so allocated are extracted and sold across boundaries; states are represented and committed. In Henkin’s words, ‘almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time’. International law provides – in significant part – not merely the vocabulary of interstate relations but is underlying grammar (CRAWFORD, 2012, p. 15).

³⁸ O direito internacional tem as características de um sistema, não apenas de uma coleção randômica de normas: a construção básica acerca de personalidade, fonte (incluindo tratados), interpretação e responsabilidade, provê uma estrutura dentro da qual as normas são geradas, aplicadas e, cada vez mais geram obrigações. O sistema é, contudo, deficiente. A ausência de um legislativo com autoridade universal e uma base consensual para uma jurisdição judicial reforça o caráter voluntarista e cooperativo da maior parte do direito internacional na maior parte das vezes (tradução livre).

cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. Pelo critério cronológico, num conflito de normas, prevalece a mais recente. Pelo critério hierárquico, num conflito de normas, prevalece a norma superior. Pelo critério da especialidade, num conflito de normas, prevalece a norma especial em detrimento da norma geral. Contudo, há casos em que se verifica uma antinomia entre duas normas contemporâneas, ou no mesmo nível, ou ambas gerais, e não se pode resolver o conflito por esses critérios.

Bobbio (2010, p. 257) oferta, então, três soluções apenas: eliminar uma das normas, eliminar as duas ou conservar as duas. A terceira opção é geralmente a preferida pelo intérprete e o faz demonstrando que não há incompatibilidade ou que esta é aparente, que deriva de uma interpretação unilateral, incompleta ou errônea de uma das duas normas ou de ambas. Assim, não se elimina uma das normas incompatíveis, mas elimina-se a incompatibilidade.

Quando há conflito de critérios, deve prevalecer o hierárquico (forte) sobre o cronológico (fraco); o especial (forte) sobre o cronológico (fraco). Mas há dúvidas quando o conflito é entre o hierárquico e o especial (ambos fortes). Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico, pela necessidade de aplicação das regras gerais. Contudo, dadas as necessidades contemporâneas de se tratar as especialidades e a existência dos vários regimes, por vezes é o critério especial que tem prevalecido.

Muitos advogam que o Direito Internacional não configura um sistema porque existe o dever da coerência, que prega uma ordem e, em um ordenamento jurídico, não devem existir as antinomias. Contudo, ao analisar esse posicionamento, Bobbio (2010, p. 269) questiona: mas é esse um dever jurídico? Não necessariamente. Num sistema uno, não devem existir incoerências, pois o todo deve ser harmônico. Deve-se pautar, portanto, não pela ausência de antinomias, mas pela busca de suas soluções caso elas sejam identificadas. Isso se dá porque, conforme conclui Bobbio, “quando a coerência não é condição de validade, continua a ser condição para a justiça do ordenamento”.

Em toda essa discussão acerca de interação entre regimes, o discurso sobre coerência se tornou um dever, quer sob o âmbito sistemático, quer sob o âmbito fragmentário. A coerência se tornou um objetivo normativo.

Numa compreensão sobre esse discurso de coerência, Andrew Lang (2011, p. 126) aponta para dois significados distintos, a despeito de tecer severas críticas a ambos (para efeito dessa pesquisa, suas críticas não serão levadas em consideração). Seu trabalho compreende identificar o discurso de coerência numa interação entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime de Direitos Humanos. Lang pondera que o primeiro

significado de coerência, nesse contexto, seria limitar a interferência das obrigações da OMC, particularmente em matéria de regulamentação doméstica, tendo em vista as normas de direitos humanos ratificadas pelos distintos Estados. Por exemplo, o direito à água e à saúde pode requerer que os Estados limitem e regulamentem o envolvimento do setor privado, principalmente internacional, ainda que haja norma contrária a essa limitação dentro do GATS. Nesse aspecto, o que se tem compreendido como “encontrar a coerência” entre o regime da OMC e o regime de direitos humanos envolve limitar o impacto constrangedor das normas da OMC sobre a regulação doméstica. Essa visão seria adotada não só num momento de solução de conflitos no órgão de solução de controvérsias da OMC, como também num momento de negociação de normas. Assim, a autonomia regulamentadora dos países membros da OMC seria aumentada ou, em outras palavras, seria mais respeitado o seu *policy space*. O segundo significado para coerência, de acordo com Lang, seria relacionado a uma coordenação na interação entre regimes, incluindo objetivos e metas mais sociais dentro da própria OMC. Dessa forma, o discurso de coerência faria parecer que considerações sociais já fazem parte do sistema da OMC.

Robert Howse (2012, p. 431) explica que a coerência significa, por um lado, harmonia entre as normas e políticas das diversas instituições onde a equidade é vista como seu elemento central, sendo articulada e definida normativamente e, por outro lado, uma harmonia entre as normas e políticas dos diversos regimes. Para ele, que enxerga os regimes como *self contained*, a coerência implica no reconhecimento lógico da equidade como ingrediente fundamental, em sua análise, do sistema comercial e financeiro internacional. Exemplifica com a Declaração da Rodada do Uruguai, cujos parágrafos 2º e 5º nos remetem à coerência entre as políticas da OMC, do Banco Mundial e do FMI. Mas, apesar da coerência destacada no texto da Declaração do Uruguai, ele bem lembra que esses parágrafos não estatuem uma imperativa *cross conditionality*, ou seja, uma situação em que o governo é forçado a adotar essa ou aquela política específica para não quebrar a coordenação política (“coerência política”) entre as instituições comerciais e financeiras consideradas. Disso compreende-se que o discurso de coerência não pode ser usado para impor políticas aos distintos Estados, em nome de uma coordenação na interação entre regimes.

Alguns fatores recentes clamam pela existência de um sistema do Direito Internacional pautado pela coerência de suas distintas normas. Dentre eles, destacam-se a globalização, a crescente circulação de pessoas, a multiplicação de atores internacionais e o fenômeno da governança global. Se não houver um centro comum, um conjunto de normas

comuns, uma coerência sistemática, tudo vai se transformar num grande *puzzle* cujas peças não se encaixam. É exatamente esse receio da falta de encaixe que se quer afastar na presente pesquisa. Apesar de não se levantar defesa por um Estado constitucional cosmopolita, nos moldes kantianos, entende-se haver um sistema de Direito Internacional. Ou, como lembra Habermas (2006, p. 139), *there cannot be a global rule of law but there can be a worldwide rule of law; there cannot be an international welfare state but there can be global social justice*³⁹.

Dentro de um processo de interação entre regimes, acreditando nessa possibilidade de *global social justice* e identificando a necessidade de haver coerência em toda essa interação entre regimes, aponta-se uma técnica denominada “diálogo das fontes”, desenvolvida para dar sustentação à solução de antinomias em âmbito litigioso, nos fóruns internacionais.

Preocupa-se, de maneira específica, nessa pesquisa, com a temática da água. Há valores supremos nessa defesa a serem observados pelas várias tentativas mercantilistas do setor hídrico. Não se pode afastar uma discussão do tema fora dos mecanismos já existentes de comércio internacional e não se pode isolar essa discussão em documentos de natureza exclusivamente ambiental ou de direitos humanos. É necessário um diálogo entre esses subsistemas. Conforme apontado por Alberto do Amaral Junior (2012), é necessário, por vezes, um diálogo de coerência, por vezes, um diálogo de adaptação e coordenação, por vezes um diálogo de complementaridade. A urgência dessa discussão já foi destacada no primeiro capítulo – a escassez, a poluição, a mercantilização e os muitos conflitos já existentes em torno da questão da água, que é um bem vital para a existência humana. Tendo em vista essa urgência, propõe-se a análise que se segue.

2.5. A teoria do diálogo das fontes

A expressão “diálogo das fontes” foi primeiramente usada por Eric Jaime, em 1995, em seu Curso de Direito Internacional Privado, na Academia de Haia. Amaral Junior (2012) adaptou e desenvolveu essa expressão em seu Curso de Direito Internacional Público, no Brasil, e tem-na aplicado como forma de lidar com a questão das antinomias

³⁹ Pode até não haver uma norma global de direito, mas pode haver uma norma de direito aplicável em âmbito global; pode até não haver um Estado social internacional, mas pode, sim, haver justiça social global (tradução livre).

dentro de uma sistemática conflitual de *regime interaction*.

Os critérios tradicionais para a solução das antinomias buscam o afastamento de uma das normas conflitantes, ora pelo método da hierarquia, ora pelo método da especialidade, ora pelo método cronológico. Existe, contudo, a possibilidade de se buscar uma harmonia entre as normas, dado o pluralismo consagrado das várias expressões internacionais contemporâneas. Essa harmonia viria pela tentativa de coordenação normativa. Assim, um diálogo das fontes seria a utilização simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes, conforme sugerida por Jayme (1995, p. 59).

Para Amaral Junior (2008), o diálogo das fontes ajuda o intérprete no momento de decisão. É um instrumento importante da dogmática jurídica. O direito internacional compreende um repertório e uma estrutura e é dessa maneira que se identifica o diálogo das fontes. O pluralismo, a complexidade, a fluidez e o dinamismo tornaram-se características inerentes ao direito internacional e, dentro desse ambiente, o diálogo das fontes se torna um instrumento valioso, facilitando a comunicação entre os regimes e entre os distintos tratados de direito internacional.

Contudo, esse diálogo só se torna possível entre normas horizontais, de mesmo nível hierárquico, totalmente diferente da hierarquia estabelecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em relação ao *jus cogens*, em seu art. 53. Neste caso, seria, como menciona Amaral Junior (2012), um monólogo.

Fazer com que as distintas fontes do direito internacional dialoguem entre si é uma maneira de se buscar justiça na sociedade internacional, ainda que esse seja um conceito de justiça muito mais relacionado com a filosofia ocidental, uma vez que, nesta, justiça está intimamente ligada a legalidade (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 7). O diálogo das fontes é útil para atingir a chamada justiça concreta, que é a justiça que deveria existir num dado momento histórico e que indicaria a predominância de valores e conceitos gerais internacionais, tais como “moralidade pública”, “fontes naturais não renováveis” ou “vida e saúde humana, animal e vegetal”. A justiça concreta seria alcançada através do diálogo das fontes que leva em consideração mudanças de valores e conceitos na sociedade contemporânea.

No geral, o diálogo das fontes vislumbra um sistema de direito internacional, com princípios e normas gerais, bem como com o seu pluralismo, trazendo para o mesmo plano de discussão as especificidades de cada regime internacional, sem considerar a supremacia de qualquer deles, mas considerando os princípios gerais e a melhor interpretação a ser

seguida num dado caso concreto. O poder regulatório expansionista do direito internacional, através da hermenêutica, capta uma variedade de inter-relações entre os regimes.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2008), em sua Teoria Geral do Direito, chama a atenção para a diferença entre a chamada interpretação de bloqueio e a interpretação de legitimação, no direito doméstico. Amaral Junior (2008) faz aplicação dessas expressões ao Direito Internacional Público, numa sustentação da teoria do diálogo das fontes. Através da interpretação de bloqueio, um conjunto de cláusulas de um tratado deve ser totalmente fiel ao texto integral do próprio tratado e deve existir unidade de sentido espelhada no contexto internacional que ocasionou a criação desse tratado. Por outro lado, a interpretação de legitimação objetiva atingir valores, levando em consideração a expectativa criada para o destinatário da norma. Um tratado incorpora um sistema de valores, que é o suficiente para dar-lhe legitimação no momento de sua interpretação.

Como ponto de partida para esse “diálogo” entre as fontes do direito internacional público, compreende-se a técnica da “presunção contra o conflito”, conforme desenvolvida por Wilfred Jenks (1953). Trata-se de um derivativo do princípio da coerência, do princípio da harmonia e da não contradição. Conforme explica Amaral Junior (2011, p. 294), numa comparação entre uma nova norma de direito internacional e uma norma antiga, parte-se do pressuposto de que a nova norma é compatível com o direito internacional em vigor, pois tudo leva a crer que os Estados (autoridades legiferantes em ação) não dispensariam grandes esforços em concluir normas contraditórias entre si.

Amaral Junior (2012) sugere a possibilidade de harmonizar as normas de direito internacional aplicando três diferentes tipos de diálogo das fontes – o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de coordenação e adaptação e o diálogo de complementaridade. Há, segundo o autor, outros tipos de diálogos a serem identificados também. Recentemente, em aula proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2011, Amaral Junior identificou um quarto diálogo, ao qual tem dado o nome de “diálogo de contensão e de extensão”. Por este, deve haver uma projeção dos valores que integram a ordem pública internacional nos contratos internacionais, de maneira a se identificar uma relação entre o direito internacional público e o direito internacional privado. A presente pesquisa ater-se-á apenas aos três primeiros tipos de diálogos das fontes, conforme já desenvolvidos pelo autor, de maneira a apresentar a possibilidade de harmonização do Direito Internacional através da aplicação de técnicas de dogmática jurídica. O Direito do Comércio Internacional e o Direito Ambiental Internacional serão os

objetos de aplicação das técnicas sugeridas nesses três diálogos.

2.5.1. O diálogo sistemático de coerência

Um diálogo sistemático de coerência ocorre toda vez que um tratado geral, ou outros tipos de normas internacionais gerais, complementa, com conceitos básicos, outros tratados específicos que pertencem a regimes não autossuficientes (AMARAL JUNIOR, 2011).

O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*SPS Agreement*), da OMC, é um exemplo, em seu preâmbulo, de boa tentativa de diálogo de coerência. Em seu texto, invoca-se a aplicação de regras, guias e recomendações de outras organizações internacionais, tais como a *Codex Alimentarius Commission*, o *International Office of Epizootics* e as organizações internacionais e regionais que operam dentro da estrutura da *International Plant Protection Convention*. Ao final de seu preâmbulo, o *SPS Agreement* invoca a vontade de aplicar normas complementares aos artigos do GATT que estejam relacionados ao uso de medidas sanitárias e fitossanitárias, em particular à norma do Art. XX (b) – ou seja, a proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal.

Quando o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) é aplicado a um tratado específico, tem-se um diálogo sistemático de coerência, a exemplo do que bem menciona o seu próprio Art. 31. Assim, a aplicação da CVDT à Convenção de Nova York sobre o uso não navegável dos cursos de água doce, de 1997, seria um tipo de diálogo de coerência. Num conflito entre as normas da Convenção de 1997 com qualquer outro tratado, a aplicação do Art. 31 da CVDT seria uma demonstração de unidade sistemática em busca da coerência do Direito Internacional.

A Convenção de Nova York, de 1997, traz, em seu preâmbulo, a recomendação de que sejam observadas as valiosas contribuições de organismos governamentais e não governamentais que apontam para a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Essa é a identificação de um importante diálogo sistemático de coerência, que também considera a multiplicidade de atores internacionais dentro da atual governança global.

2.5.2. O diálogo sistemático de coordenação e adaptação

Através do diálogo de coordenação e adaptação, tratados e subsistemas normativos podem se relacionar um com o outro, proporcionando uma compreensão mútua de seus textos (AMARAL JUNIOR, 2011). Alguns tratados trazem uma ordem de hierarquia em

relação a outros. Se uma cláusula de hierarquia é inserida em um tratado, ela não deveria ser interpretada de maneira a se promover a hegemonia desse ou daquele regime em relação aos demais. Pelo diálogo sistemático de coordenação e adaptação, tal cláusula deve ser entendida como promotora de uma hierarquia de princípios e valores.

A OMC tem o seu Comitê de Comércio e Meio ambiente, que é um fórum dedicado ao diálogo entre os representantes dos distintos Estados acerca do impacto das políticas comerciais sobre o meio ambiente e acerca do impacto das políticas ambientais sobre o comércio internacional. A consulta dos distintos membros ao Comitê de Comércio e Meio Ambiente acerca da adesão aos tratados ambientais pode ser interpretada como evidência, *prima facie*, de concordância com o art. XX do GATT, dando uma aparência de legitimação internacional, no âmbito da OMC, dos tratados ambientais negociados. Contudo, a ausência de consulta dos membros perante o Comitê não pode ser compreendida como um impedimento para se considerar um tratado ambiental de acordo com os tratados da OMC.

O Protocolo sobre Biossegurança, de 2000, confirma, em seu preâmbulo, que o seu texto não deve ser interpretado de maneira a modificar direitos e obrigações dos Estados signatários perante outros tratados internacionais. Essa regra não deve ser interpretada de maneira a identificar uma subordinação do Protocolo a qualquer outro acordo, mas deve ser vista como uma tentativa clara de dar voz a um diálogo de coordenação e adaptação. Por sua vez, o Tratado sobre Recursos Genéticos de Plantas para a Alimentação e a Agricultura traz, em seu preâmbulo, norma semelhante, esclarecendo que não deve, por isso, ser interpretado como se tivesse criando uma hierarquia de alguns tratados sobre este.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu Art. 22, declara que suas normas não afetarão os direitos e obrigações de seus signatários em relação a outros tratados assinados por estes, exceção feita aos direitos e obrigações que causem danos à diversidade biológica. Da mesma maneira, a Convenção de Basiléia sobre Comércio Internacional de Resíduos Perigosos traz uma declaração de que seu texto não se sobreporá a direitos e obrigações estabelecidos em outros tratados já acordados por seus signatários, desde que esses outros tratados não derroguem as normas de gerenciamento ambiental previstas em seu texto.

A Convenção de Nova York sobre o uso não navegável dos cursos de água doce, de 1997, manda observar, em seu preâmbulo, os tratados bilaterais e multilaterais que considerem o uso não navegável dos cursos de água. Assim observando, seu Art. 13 estatue que, na ausência de acordo em contrário, nada nessa Convenção deve afetar os direitos e

obrigações de um Estado ribeirinho que sejam provenientes de outros acordos em vigor. Manda considerar, ainda, a harmonização de tais acordos com os princípios da própria Convenção. Trata-se de expresse diálogo sistemático de coordenação e adaptação.

2.5.3. O diálogo sistemático de complementaridade

O diálogo sistemático de complementaridade ocorre sempre que for possível aplicar normas e princípios complementares, construídos dentro do sistema de direito internacional como um todo (AMARAL JUNIOR, 2011). Trata-se de identificar valores que estão na fundação do próprio sistema e aplicá-los pelo método interpretativo.

O Acordo de Marrakesh, que criou a OMC, traz, em seu preâmbulo, uma noção ampla de proteção ambiental, reconhecendo que suas relações nos domínios comercial e econômico deveriam ser orientadas pela noção de melhores condições de vida como também pelo desenvolvimento da produção e comércio de mercadoria e serviços, permitindo simultaneamente uma otimização da utilização dos recursos do planeta, em conjunto com a adoção de um desenvolvimento sustentável.

Além disso, muitas normas expressas nos tratados da OMC têm colocado a proteção ambiental em posição de destaque. O art. XX do GATT e os seus equivalentes em outros tratados da OMC têm apontado para as bases de um diálogo entre o comércio internacional e a proteção ambiental, sempre que uma disputa internacional reclama o trabalho dos Painéis e órgão de apelação da OMC. Isso é demonstrado em outro capítulo dessa pesquisa.

Alguns tratados de natureza ambiental também trazem a noção do diálogo de complementaridade em seus textos, o que também é demonstrado em capítulo seguinte.

O preâmbulo da Convenção de Nova York sobre o uso não navegável dos cursos de água doce, de 1997, relembra a necessidade de observância dos princípios e recomendações adotados pela Declaração de 1992, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, bem como dos princípios incorporados pela Agenda 21. Trata-se de típico diálogo de complementaridade.

Uma análise da possibilidade de diálogo apresentada nos textos desses tratados passa uma ideia de um sistema de direito internacional que, apesar de pluralista, tem fundamentos comuns. Pode até haver antinomias, mas haverá também soluções que apontam para a coerência do sistema. O diálogo das fontes é um instrumento de *regime interaction* que pode dar base para a sustentação de uma integridade do sistema do direito

internacional, fazendo-o com o reconhecimento dos distintos e complexos regimes que compõem esse sistema.

Toda essa ideia de fazer dialogar as fontes indica a noção de um Direito Internacional como um sistema onde deve existir coerência, ainda que seja apontado de maneira fragmentada com seus diferentes regimes, uma vez que se toma por base o fato de que a interpretação de uma dada norma deve levar em consideração o conjunto normativo no qual se insere. Essa é a noção que também é trazida no corpo da CVDT, em seu art. 31.3(c), onde se lê que devem ser levadas em consideração, juntamente com o contexto, “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”.

Nesse sentido, expõe Amaral Junior:

O art. 31.3(c) concerne a dois aspectos fundamentais do direito internacional contemporâneo: o risco de fragmentação, propiciado pelo aumento sem precedentes da elaboração normativa, e a hermenêutica a ser utilizada para desvendar o significado dos acordos internacionais. Graças à multiplicação dos tratados em setores cada vez mais numerosos, desenvolveram-se subsistemas especializados, com finalidades precisas mas nem sempre coincidentes. O art. 31.3(c) colabora efetivamente na tarefa de interligar os subsistemas, estabelecendo, ao mesmo tempo, um vínculo com a totalidade do direito internacional, concebido de forma sistemática. Muitos tratados compartilham elementos comuns a denunciar um processo interativo que cada vez mais se acentua (2011, p. 305).

Apesar de o diálogo das fontes ter sido desenvolvido por Amaral Junior para lidar com normas conflituais em momentos de litígio, servindo de auxílio direto ao intérprete da norma, a presente pesquisa compreende que essa técnica de dogmática jurídica pode ser um instrumento usado também no momento de criação da norma, de sua eficácia ou de sua execução, conforme se postulará mais adiante.

2.6. Conclusão

O processo de globalização pelo qual passa a sociedade internacional tem deixado marcas as mais distintas, inclusive no Direito Internacional. O fenômeno da governança global, apontado nesse capítulo como uma de suas consequências, tem trazido mudanças estruturais no Direito Internacional, tornando-o cada vez mais pluralista, com os seus múltiplos regimes – a exemplo do Regime do Comércio Internacional, do Regime dos

Direitos Humanos e do Regime Internacional do Meio Ambiente.

Toda essa estruturação das várias áreas do Direito e das Relações Internacionais em regimes nasceu na ciência das Relações Internacionais e ganhou corpo com um movimento denominado fragmentação do Direito Internacional. Nessa pesquisa, entende-se que a expressão “fragmentação do Direito Internacional” não deve ser considerada como apoio para sustentar a teoria de regimes autossuficientes. Pelo contrário, acredita-se numa abrangente interdependência entre os distintos regimes hoje existentes, sendo que a fragmentação pela qual passa o Direito Internacional é apenas uma forma de identificar o seu pluralismo. Defende-se, nesse trabalho, uma unidade sistemática do Direito Internacional, não em termos kantianos, mas em termos sistêmicos, devendo haver uma coerência sistemática que clama por *global social justice*.

Nesse ínterim, afirma-se a unidade sistemática do Direito Internacional, apesar de ser identificado o seu pluralismo normativo e institucional, porque se quer afirmar a existência do Regime Internacional da Água Doce, conforme será apresentado em capítulo próprio dessa pesquisa, sem que seja construído de forma anacrônica como se fosse *self contained*. Trata-se de regime interdependente, como qualquer outro regime componente do Direito Internacional. O processo de globalização e o fenômeno da governança global clamam pela unidade sistemática e a interação havida entre os vários regimes existentes são, ao contrário do que muitos advogam, testemunhas e provas fáticas dessa unidade.

Para os que afirmam a inexistência da unidade sistemática em razão das várias antinomias identificadas, a teoria do diálogo das fontes e sua aplicação, em especial, ao Regime do Comércio Internacional e ao Regime Internacional do Meio Ambiente, advogam em contrário. Nessa interação, identificam-se um diálogo sistemático de coerência, um diálogo sistemático de coordenação e adaptação e um diálogo sistemático de complementaridade.

O Regime do Comércio Internacional tem tido de manter um constante diálogo com o Regime Internacional do Meio Ambiente. Esse diálogo tem se consolidado, principalmente, através da incorporação do princípio do desenvolvimento sustentável.

A seguir, será apresentada uma possível interação entre esses dois regimes, apesar das muitas antinomias identificadas. Para tanto, expor-se-á, primeiramente, a estrutura do Regime do Comércio Internacional inserida no sistema de Bretton Woods e, na sequência, a consolidação do Regime Internacional do Meio Ambiente, culminando na defesa de um desenvolvimento sustentável.

No desenvolvimento do capítulo, haverá exemplificação com as distintas

interpretações dadas pelo órgão de solução de controvérsias da OMC, que ora pende para um diálogo de coerência, ora pende para um diálogo de coordenação e adaptação ou complementaridade, e ora pende para um ativismo judicial exacerbado, incoerente e que precisa ser modificado em razão de princípios tais como o da segurança jurídica e da justiça internacional.

3 - O REGIME DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O REGIME DO MEIO AMBIENTE: UMA INTERAÇÃO QUE SE CONSOLIDA ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

3.1. Introdução

As teorias econômicas desenvolvidas ao longo dos séculos XIX e XX serviram de base às políticas liberais implantadas a partir do século XX. No cenário internacional, essas políticas também foram incorporadas, tanto na criação de instituições que passaram a promover o livre comércio, como na formação de tratados que defendiam a não intervenção estatal. Foi nesse cenário que nasceu e se consolidou o Regime do Comércio Internacional, com suas normas, princípios, valores e instituições. Partindo do pressuposto de que esse cenário se consolidou como um clamor ao desenvolvimento, primeiro em âmbito doméstico e, depois, estendido, ainda que sob um viés hegemônico, ao âmbito internacional, identificar-se-á, primeiramente, a construção do direito ao desenvolvimento e a consolidação do Regime do Comércio Internacional.

A defesa de um desenvolvimento global através do livre comércio é uma teoria pregada pelas ciências econômicas. Ao final do século XX, um novo conceito de desenvolvimento passou a permear o direito, a economia e a política internacional – o conceito de desenvolvimento sustentável.

A noção de desenvolvimento sustentável foi uma construção de décadas de defesa do meio ambiente. Muitos tratados ambientais foram, aos poucos, consolidando o que passou a ser denominado Regime Internacional do Meio Ambiente, no qual nasceu a defesa do meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Essa noção de sustentabilidade foi sendo incorporada tanto na construção das novas organizações que surgiam, como na confecção de tratados ambientais e de tratados comerciais. Nos tratados ambientais, algumas restrições comerciais eram colocadas para se garantir uma preservação adequada do meio ambiente. Nos tratados comerciais, um protecionismo ambiental passou a ser aceito, tendo em vista a compreensão de ser o desenvolvimento sustentável meta a ser atingida.

O presente capítulo intenciona apresentar alguns desses tratados ambientais e suas respectivas restrições comerciais, bem como os tratados comerciais, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, e suas respectivas cláusulas de exceções ambientais,

apontando, assim, o hibridismo dessas normas e a interação que tem havido entre esses regimes.

O objetivo é demonstrar uma defesa ambiental no texto do GATT, do GATS e de outros tratados comerciais no âmbito da OMC, desmitificando o discurso de que essa organização não é fórum adequado para discussões de sustentabilidade e apresentando uma interação que tem sido efetivada, ao longo dos anos, entre esses dois regimes – comércio internacional e meio ambiente. Essa defesa está em conformidade com uma unidade sistemática do Direito Internacional que é sustentada no capítulo anterior, bem como com o discurso de coerência e busca pela justiça social que deve existir no sistema do Direito Internacional.

3.2. O direito ao desenvolvimento e dois cenários liberais – o clássico e o contemporâneo

O progresso econômico e o comércio trazem propostas de desenvolvimento consideravelmente sólidas. Num estudo dessas propostas, mister se faz identificar que tipo de desenvolvimento é almejado.

Ao se tomar o direito ao desenvolvimento como um direito humano fundamental, conforme expresso na Declaração das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento, de 1986, tem-se a noção de bem estar incorporada pelo próprio conceito de desenvolvimento. Percebe-se, assim, como todas as defesas de um desenvolvimento sustentável - que é um princípio e um conceito mais recente - são condizentes com as distintas defesas dos direitos humanos.

Desde o texto da Declaração das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento, afirma-se que todo ser humano tem o direito inalienável ao desenvolvimento (Art. 1º), o direito de ver garantidas as condições mínimas de estrutura contemporânea para que atinja o seu pleno desenvolvimento em várias áreas (Art. 8º) – educação, saúde, alimentação, habitação, emprego, distribuição equitativa de renda, igualdade de gênero, dentre outras.

A Carta da ONU, no Art. 1º, prevê que são propósitos das Nações Unidas atingir a cooperação internacional para resolver problemas internacionais relacionados a aspectos econômicos, sociais, culturais e humanitários e criar melhores condições de vida para todos. No Art. 55, prevê a promoção de uma melhor qualidade de vida, o emprego para todos e condições de progresso social e econômico, além do desenvolvimento. Essa nova

face do Direito Internacional, que se consolidou a partir da criação da ONU e suas Declarações e Pactos, tem sido chamada de “Direito Internacional social”, ou *the welfarist international law* (JOUANNET, 2012).

Seria o exercício da liberdade plena – conforme pregada pelo liberalismo econômico – o melhor caminho para atingir o desenvolvimento desejado e, conseqüentemente, uma crescente qualidade de vida da população mundial e nacional? O *laissez-faire* do mercado pode ser apontado como eficiente garantidor desse desenvolvimento?

Muitas são as teorias econômicas e políticas que se propõem a dar resposta a esse questionamento.

A teoria do liberalismo econômico foi desenvolvida em meio às tendências liberais do pensamento filosófico e político do século XVIII. Em sua defesa, e tendo sido um de seus principais expoentes, Adam Smith pregava a tese de uma intervenção mínima do Estado sobre a economia, com prevalência da teoria do *laissez-faire*, também denominada teoria da “mão invisível do mercado”. Advogava, assim, a favor da livre concorrência, do livre comércio e da lei da oferta e da procura, como mecanismos de regulação do mercado. Essa seria a teoria propulsora do planejamento econômico de vários Estados e da sociedade internacional que se moldava nos séculos XIX e XX.

Contrariando essa tendência, na década de 1940, Keynes levanta a defesa de um Estado interventor, que utiliza, principalmente, mecanismos de intervenção fiscal e monetária, com intenções redistributivistas - o “Estado do bem-estar social” ou *The Welfare State* (KEYNES, 1992). No período pós-Segunda Guerra, essa foi a teoria que prevaleceu.

Contudo, na década de 1970, em meio a uma crise econômica mundial, renasce um liberalismo contemporâneo, chamado por muitos de neoliberalismo, tendo como um de seus principais expoentes Hayek (1977), defendendo a liberalização comercial e a intervenção mínima estatal como molas propulsoras da economia, num cenário político de Guerra Fria.

Hayek (2002, p. 15) chama a concorrência (*competition*) de “um processo de descoberta” (*a discovery procedure*). Explica que a concorrência busca a “ordem” na economia e não exatamente o “equilíbrio”. Contudo, admite que os efeitos da concorrência não são previsíveis, não há métodos empíricos para testar seus efeitos. Em suas palavras:

When, however, we do not know in advance the facts we wish to discover with the help of competition, we are also unable to determine how effectively competition

leads to the discovery of all the relevant circumstances that could have been discovered. All that can be empirically verified is that societies making use of competition for this purpose realize this outcome to a greater extent than to others— a question which, it seems to me, the history of civilization answers emphatically in the affirmative (HAYEK, 2002, p.10)⁴⁰.

Em apoio a essa construção neoliberal, Friedman (1977) chama a atenção para os riscos da intervenção estatal na economia e na sociedade, defendendo o capitalismo competitivo, num regime de livre comércio.

Numa contramão dessa tendência, Shumpeter (1950), por sua vez, já abordava o processo de *creative destruction*, em sua obra *Capitalism, Socialism and Democracy*. Trazia defesa contundente acerca da intervenção estatal e de um modelo socialista, mas não descartava, de todo, alguns benefícios de uma economia livre. Em sua obra, seu discurso se propõe a debater até que ponto monopólios regulamentados pelo poder público não seriam tão eficientes quanto um modelo de concorrência perfeita.

O Direito Internacional clássico não era neutro nessa fase. Na construção dos textos dos tratados e livros dos séculos XIX e início do século XX, era perceptível o apoio dado pelo Direito Internacional às práticas protecionistas para facilitar o desenvolvimento dos Estados. Em sua sequência, o Direito Internacional passou, ainda ao final do século XIX e primeira metade do século XX, a refletir o liberalismo econômico praticado na época, que não era um liberalismo que obrigava os Estados europeus e os Estados Unidos a se engajarem no livre comércio uns com os outros. Pelo contrário, era o liberalismo do princípio geral da liberdade e da soberania de cada Estado e não o liberalismo teórico dos clássicos economistas. Havia clara distinção, para o Direito Internacional, entre livre comércio e *laissez-faire*. Apenas a Grã-Bretanha, já bem industrializada, advogava e praticava em seus domínios, a teoria da *invisible hand*, de Adam Smith. Os princípios liberais do *laissez-faire* só foram divulgados depois de um fortalecimento das indústrias americana e europeia e da adoção de um “padrão de desenvolvimento euro-americano”. Só, então, Estados Unidos e Europa passaram a forçar seu modelo de liberalismo econômico e de desenvolvimento aos países não industrializados. Assim, o livre comércio tornou-se um fim em si mesmo e sua utilidade, mascarada por interesses hegemônicos, passou a se sobrepor sobre a verdadeira liberdade (JOUANNET, 2012, p. 158).

Conforme bem lembra Emmanuelle Jouannet (2012, p. 156), assim como para List

⁴⁰ Quando, no entanto, não sabemos com antecedência os fatos que desejamos descobrir com a ajuda da concorrência, também somos incapazes de determinar quão efetivamente a concorrência leva à descoberta de todas as circunstâncias relevantes que podem ser encontradas. Tudo o que podemos empiricamente verificar é que as sociedades que fazem uso da concorrência para esse propósito, percebem essa meta bem melhor do que outras. A história da civilização, me parece, responde isso afirmativamente (tradução livre).

e Hamilton, bem como para muitos outros membros da escola protecionista, o protecionismo não era pensado como opositor ao liberalismo econômico. Não era um fim em si mesmo, mas um meio designado para permitir a construção de uma economia forte através da industrialização. O raciocínio político da época era de que o livre comércio não podia ser introduzido imediatamente. Ao contrário, um país precisava se industrializar primeiro para se fortalecer e, só então, abriria suas portas às indústrias estrangeiras. Deveria ser levado em consideração o nível de desenvolvimento e as necessidades de cada Estado. O livre comércio não foi implementado ao mesmo tempo em que era idealizado. Os países que hoje o advogam tiveram suas fronteiras fechadas até que suas indústrias nacionais se fortalecessem e pudessem competir com as indústrias estrangeiras.

A pregação do liberalismo econômico foi reflexo de uma era de pregação das liberdades. Contudo, o liberalismo econômico não era um fim em si mesmo. Tratava-se de instrumento para atingir o desenvolvimento econômico. Tinha a sua utilidade, que não devia ser confundida com a finalidade almejada.

Nesse sentido, Amartya Sen (2000, p. 40) pondera que não se deve olvidar que a origem das ciências econômicas foi motivada pela necessidade de investigação científica acerca das oportunidades que têm os seres humanos para levar uma vida satisfatória, bem como as causas dessas oportunidades. Questões de dois tipos são suscitadas com a relação entre o mecanismo de mercado, as liberdades e o desenvolvimento econômico. São elas: 1) controles arbitrários de mercado levam à negação de oportunidades de transação que é, em si, uma fonte de privação de liberdade; 2) os efeitos consequenciais da ausência de mercados levam à redução das liberdades, de forma geral, uma vez que os mercados expandem a renda, a riqueza e as oportunidades das pessoas.

Contudo, Sen observa que não se deve mudar o centro da atenção, da liberdade para a utilidade. Em suas palavras:

A mudança do centro da atenção da economia pró-mercado, passando da liberdade para a utilidade, teve seu preço: a desconsideração central da própria liberdade. John Hicks, um dos principais economistas deste século, ele próprio com ideias muito mais orientadas para a utilidade do que para a liberdade, apresentou a questão com admirável clareza em uma passagem sobre o assunto: ‘Os princípios liberais, ou de não interferência, dos economistas clássicos (smithianos ou ricardianos) não eram, em primeiro lugar, princípios econômicos; eram uma aplicação à economia de princípios considerados aplicáveis a um campo bem mais amplo. A afirmação de que a liberdade econômica conduz à eficiência econômica não passava de um esteio secundário (...) O que realmente questiono é se temos justificativa para esquecer, tão completamente como a maioria de nós esqueceu, o outro lado do argumento’ (SEN, 2000, p. 43).

Por essas razões, num momento pós-segunda guerra, o modelo keynesiano de Estado interventor prevaleceu. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) que entrou em vigor em 1947 trazia em seu preâmbulo a importância desse relacionamento entre meios e fins (JOUANNET, 2012, p. 251), reconhecendo que as relações entre o comércio e a economia deveriam ser conduzidas tendo em vista, dentre outros fatores, uma melhora da qualidade de vida para todos.

O preâmbulo do GATT de 1947 assim prescreve:

The Parties [...]

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour **should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world** and expanding the production and exchange of goods,

Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international commerce... [...] ⁴¹ (grifo nosso)

A leitura desse preâmbulo traz a clara percepção de uma adoção das teorias keynesianas incorporadas no texto do GATT de 1947. Contudo, na prática, os meios prevaleceram sobre os fins e o livre comércio tornou-se um fim em si mesmo. “If the means- free trade – becomes an end in itself, it is logical that there should be few limits in the logic of its application, and in the logic of the commercialization of everything which it ultimately implies”⁴² (JOUANNET, 2012, p. 252).

Numa defesa desse modelo “meio que se tornou fim”, constrói-se a teoria das falhas de governo. A regulação tradicional, com base nas falhas de mercado (modelo keynesiano) compreendia uma manifestação do Estado interventor. A ideia de “falha de governo” compreende uma “revelação teórica que adquire substância com o ataque a essa estrutura de intervenção pública” e que, consequentemente, “identifica os fundamentos e as condições de não realização do interesse público pelo Estado (CARVALHO, 2010, p. 139).

Foram os desdobramentos desse entendimento das “falhas de governo” que

⁴¹ Texto disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm> Acesso em 22 Mai. 2013.

“As Partes... Reconhecendo que suas relações nos campos de comércio e economia devem ser conduzidas tendo em vista um aumento nos padrões de vida, assegurando emprego para todos e um amplo e gradual crescimento no volume da renda real e da demanda efetiva, desenvolvendo o uso total dos recursos do mundo e expandindo a produção e a troca de mercadorias,... Sendo desejoso de contribuir com esses objetivos através de arranjos recíprocos e mutuamente vantajosos direcionados a uma substancial redução de tarifas e de outras barreiras ao comércio e à eliminação de tratamento discriminatório no comércio [...]” (tradução livre).

⁴² “Se os meios – livre comércio – tornam-se um fim em si mesmos, é lógico que não haverá limites na lógica de sua aplicação e na lógica da comercialização de tudo a que se refere” (tradução livre).

serviram como parâmetro para a regulamentação do processo de privatização de diversos setores públicos. Toda essa defesa do liberalismo econômico esbarra, contudo, na realidade da administração do bem público ou do bem comum, de maneira a garantir o seu usufruto adequado e sustentável para todos.

Em 1968, Hardin publicou um estudo apresentado como *The Tragedy of the Commons*, onde já admoestava que:

Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all (HARDIN, 1968, p. 162)⁴³.

Nesse contexto, Hardin já visualizava que há questões, tais como o controle de crescimento populacional, a proteção ambiental, dentre outras, que não podem ser deixadas meramente para o apelo à consciência. São necessárias leis proibitivas e sancionatórias em caso de descumprimento. São “bens” ou “interesses” comuns que, deixados nas mãos do *laissez-faire*, podem implicar numa grande tragédia, dada a impulsividade humana (e do mercado) em satisfazer, de maneira imediata, suas próprias necessidades ou interesses, sem qualquer preocupação coletiva ou intergeracional.

Revendo essa construção de Hardin, Elinor Ostrom (1990) explica que *the tragedy of the commons* tem simbolizado a degradação ambiental esperada toda vez que o ser humano é deixado livremente para usar os recursos naturais que seriam comuns a todos. Numa explicação dessa assertiva, assevera que as teorias *the tragedy of the commons*, *collective-action problems*, *prisoner`s dilemmas*, *open-access resources* e *common property resources* compreendem a preocupação que se verifica em torno da inexistência de políticas públicas de controle daquilo que é denominado “propriedade comum de todos”.

Chega-se a 1990 com a percepção de uma impossibilidade do *laissez-faire*, em especial quanto ao bem comum. O GATT de 1994, construído para dar suporte a uma nova fase de liberalismo econômico, realça novamente, como o fez o preâmbulo do GATT de 1947, alguns princípios superiores ao princípio econômico do livre comércio, dentre eles o do desenvolvimento sustentável, conforme se verá mais adiante.

⁴³ “Aí está a tragédia. Cada homem está fechado dentro de um sistema que o compele a crescer seu domínio sobre bens sem limites, num mundo que é limitado. A ruína se encontra no destino que todos parecem buscar, cada qual perseguindo seu próprio interesse numa sociedade que acredita na “liberdade dos comuns”. Liberdade nos bens considerados “comuns a todos” traz ruína para todos” (tradução livre).

Em meio a todas essas construções teóricas das ciências econômicas, e tomando como pano de fundo uma realidade do cenário internacional que se modifica no decorrer do século XX e no início do século XXI, foi desenvolvido o sistema internacional que controla o comércio mundial, nascendo e se consolidando, assim, o Regime do Comércio Internacional. A seguir, serão identificados o nascimento e a consolidação desse regime internacional - denominado Regime de Bretton Woods - que conjuga, de fato, dois regimes distintos, mas interdependentes: o regime do comércio internacional propriamente dito e o regime financeiro internacional.

3.3. O Sistema de Bretton Woods e o Regime do Comércio Internacional

Em 1944, na Conferência de Bretton Woods, três organizações internacionais foram idealizadas para estruturar e gerir a reconstrução da Europa no período pós-guerra, como também a economia e o comércio mundial. Dessas três, apenas duas saíram do papel: o Banco Mundial (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). A também idealizada Organização Internacional do Comércio (OIC) não chegou a nascer, principalmente, por falta de apoio do Congresso norte-americano.

Apesar disso, o principal tratado internacional que daria suporte à OIC, o GATT, de 1947, passou a ser utilizado como o propulsor das medidas comerciais antiprotecionistas, usando a então montada estrutura para a abortada OIC.

Foi exatamente esse o “momento da virada”. A reconstrução europeia, inteiramente financiada pelos Estados Unidos (Plano Marshall), num gesto de cooperação movido por interesses futuros, trouxe os Estados Unidos para o cenário internacional, com grande relevância. A partir de então, passava a ser visto como o *hegemon* ocidental da política e da economia (KEOHANE, 1984).

Nesse período de vigência do GATT de 1947 – um período de ápice da Guerra Fria – a hegemonia norte-americana foi realmente propulsora para a institucionalização do comércio internacional, numa defesa da teoria liberal. Era uma questão de interesse tanto para o proponente - os Estados Unidos, como para os que aderiram ao regime internacional - a saber, Europa, Japão e outros.

3.3.1. A OMC e os Acordos Multilaterais do Comércio Internacional

Contrariando as expectativas para o período pós-guerra fria, em 1995, na longa rodada de negociações iniciada no Uruguai, uma organização internacional do comércio

passa a existir com a denominação de Organização Mundial do Comércio (OMC). Esta nasce com a incumbência de administrar os acordos comerciais internacionais então existentes, bem como os que tinham sido negociados na Rodada Uruguai, além dos futuros acordos. Consta, segundo dados de 2013, com 159 membros⁴⁴.

Assim, o recém-negociado GATT de 1994, um espelho do GATT de 1947, traz em seu corpo a grande maioria dos princípios liberais desenvolvidos nas ciências econômicas. Incorporou as cláusulas do GATT de 1947 na íntegra, trazendo, porém alguns esclarecimentos quanto à natureza e extensão de certas obrigações através de “Entendimentos” (THORSTENSEN, 2003). Alterou, ainda, a linguagem que se refere aos Estados. No GATT de 1947, falava-se em “Partes Contratantes”; no GATT de 1994, lê-se “Membros”, conforme Nota Explicativa de seu parágrafo 2º.

Numa defesa de políticas de livre comércio, o GATT adota medidas que promovem a abertura de portas ao liberalismo comercial. Dentre as medidas adotadas em seu corpo, encontram-se, em destaque: a política da isonomia entre os países-membros (Art. I); a política do tratamento nacional que devem receber os produtos de tais países, uma vez tendo entrado legalmente no território de um deles (Art. III); a política da vedação a restrições quantitativas e leis proibitórias de importação de produtos (Art. XI); e a política de permissibilidade de imposição de tarifas desde que haja um comprometimento com a redução tarifária gradual, em conformidade com um quadro de compromissos (Art. II).

Outros acordos foram também negociados nessa Rodada, indicando a grande especialização das questões de liberalização comercial ao final do século XX e consolidando o Regime do Comércio Internacional. Dentre eles, merecem destaque o Acordo sobre Comércio de Serviços (GATS), o Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT), o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), o Acordo sobre Agricultura (AsA), o Acordo sobre Propriedade Intelectual (TRIPS), além do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Essa proliferação de normas multilaterais em diferentes setores comerciais indica a limitação que o sistema da OMC passou a impor sobre a flexibilidade e o *policy space* dos Estados-membros, deixando-lhes uma margem menor de manobra para a efetivação de políticas públicas voltadas a um processo de inclusão social e redistribuição de riquezas.

O ESC da OMC adotou o modelo de arbitragem internacional seguido para a

⁴⁴ Dados disponíveis em <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> Acesso em 24 Jul. 2013.

solução de conflitos provenientes do descumprimento das normas do GATT de 1947. Trouxe, contudo, a novidade de uma possibilidade recursal para o Órgão de Apelação então criado, fazendo com que a solução de controvérsias surgidas nas Relações Internacionais no âmbito da OMC adquirisse um caráter ainda mais jurisdicionalizado (AMARAL JUNIOR, 2008, b).

Foi nesse sistema de solução de controvérsias que muitas das discussões acerca do conflito entre a promoção do livre comércio e a adoção de políticas públicas, voltadas principalmente para a proteção da saúde pública e do meio ambiente, foram levantadas. Algumas dessas discussões serão oportunamente comentadas nesse capítulo.

3.3.2. O Banco Mundial

Sendo uma das três instituições de Bretton Woods, e fazendo parte do que é conhecido como o Regime Financeiro Internacional, o Banco Mundial nasceu também em 1944, com a denominação de Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD) e com a função de reconstruir e promover o desenvolvimento dos países europeus cujas economias encontravam-se em colapso no período pós II Guerra⁴⁵.

Passada a fase de reconstrução da Europa no pós II Guerra, o Banco Mundial, principalmente na década de 1980, envolveu-se com questões de política macroeconômica e de dívidas dos países em desenvolvimento. Numa propagação das teorias de livre comércio, condicionou muitos de seus investimentos a programas de privatização e abertura de mercados ao capital estrangeiro, principalmente em países em desenvolvimento. Nessa época, aconteceram muitas das privatizações dos serviços do setor hídrico que foram apontadas no primeiro capítulo dessa pesquisa.

Ao final dessa década, o Banco Mundial passou a envolver-se, também, com questões sociais e ambientais que vieram à tona no cenário internacional. Participou de vários projetos de âmbito social e ambiental e foi acusado, principalmente por representantes da sociedade civil, de não cumprir com seus compromissos dentro desses projetos. As críticas contra os trabalhos do Banco cresceram em 1994, no Encontro Anual que houve em Madri.

Atualmente, continua a ser considerado um bando mundial para a reconstrução e o desenvolvimento, sendo seus recursos utilizados, dentre outras circunstâncias de interesse

⁴⁵ International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), Página oficial em: <<http://www.worldbank.org>> Acesso em 30 Abr. 2013.

próprio de sua administração, em situações de catástrofes naturais, emergências humanitárias e reconstrução pós-conflitos. Contudo, seu foco, agora, conforme descrito em sua página oficial, é um mandato para “redução e eliminação da pobreza no mundo”.

O Banco Mundial tornou-se, na verdade, um grupo (*The World Bank's Group*) e, hoje, abrange cinco instituições ao todo, que subdividem o trabalho em distintas funções: *The International Bank for Reconstruction and Development* (IBRD), *The International Development Association* (IDA), *The International Finance Corporation* (IFC), *The Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) e *The International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

O IBRD destaca como sua principal função a redução da pobreza nos países de “economia de renda média” e naqueles considerados “pobres, mas com crédito internacional”. Sua política é descrita por sua administração, já ao final do século XX e início do século XXI, como sendo promotora de um desenvolvimento sustentável, através de empréstimos, garantias, gerenciamento de produção de risco e serviços de consultoria. Tem, ao todo, 188 países membros. Seus recursos são provenientes de aplicações dos pagamentos de empréstimos e de negociações desses empréstimos no mercado financeiro mundial⁴⁶.

A IDA, como elemento do Banco Mundial, tem a função específica de envolver-se com a política e a economia dos países mais pobres do grupo, conjugando 82 países ao todo, 40 dos quais encontram-se na África. Foi estabelecida em 1960 e também trabalha com a concessão de empréstimos, mas, de maneira diferenciada, seus empréstimos são concedidos com prazos de resgate mais longos (entre 25 a 40 anos) e “períodos de graça” (de 5 a 10 anos), a depender do país em débito. Em casos bem específicos, seu trabalho consiste em doações para programas de crescimento da economia, redução das desigualdades e melhora de condições de vida nos países mais pobres do planeta. O trabalho da IDA é conjugado com o do IBRD, inclusive compartilhando os mesmos funcionários e *headquarters*⁴⁷.

A IFC trabalha com projetos de financiamento para o setor privado, numa tentativa de engajar esse setor nos processos de desenvolvimento, em distintos países. Tem função tripartite: serviços de investimento, serviços de consultoria e serviços de gerenciamento de bens, que são interligados. Seu trabalho é voltado, principalmente, para projetos em países

⁴⁶Página oficial disponível em:

<<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/EXTIBRD/0,,menuPK:3046081~pagePK:64168427~piPK:64168435~theSitePK:3046012,00.html>> Acesso em 30 Abr. 2013.

⁴⁷ Página oficial disponível em <<http://www.worldbank.org/ida/>> Acesso em 30 Abr. 2013.

em desenvolvimento⁴⁸.

A MIGA, criada em 1988, tem a função de promover investimento estrangeiro em países em desenvolvimento, ajudando a atrair investidores e garantidores privados para países e projetos que teriam dificuldade em realizar tal atração por si mesmos. Um desses dois requisitos deve ser preenchido pelos projetos submetidos à MIGA: sustentabilidade ambiental ou sustentabilidade social⁴⁹.

O ICSID, criado em 1966, com a entrada em vigor da *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, é considerado uma instituição internacional autônoma, mas parte do Banco Mundial, e tem a função de servir como órgão de solução de litígios internacionais, tanto para conciliação como para arbitragem internacional. Seus trabalhos de conciliação ou de arbitragem abrangem conflitos provenientes dos projetos, empréstimos e financiamentos do Banco Mundial e suas agências, bem como conflitos provenientes de outros casos de investimento internacional que lhes sejam submetidos pelos Estados signatários da Convenção ou pelo setor privado⁵⁰.

Observa-se a incorporação de valores distintos dos valores econômicos em cada uma dessas instituições do Banco Mundial, passando-se, assim, a boa impressão de que o livre comércio não é um fim em si mesmo e de que o desenvolvimento, tendo o ser humano como centro do mesmo, é o principal foco, conforme disposto no Art. 1º da Declaração das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento, de 1986.

3.3.3. O Fundo Monetário Internacional

Sendo o terceiro pilar do sistema Bretton Woods, o Fundo Monetário Internacional (FMI), também criado em 1944, declara ter como objetivo principal a manutenção da estabilidade do sistema monetário internacional. Tem, hoje, 187 países membros. Uma das motivações para a sua criação foi a preocupação com possíveis e indesejáveis repetições nas políticas econômicas que levaram à Grande Depressão, de 1929. Por isso, sua estrutura é voltada para evitar os desequilíbrios nos balanços de pagamentos e nos sistemas de câmbio dos seus distintos países membros. Promove políticas que favoreçam uma eliminação de barreiras cambiais em seus países membros, podendo conceder, para tanto,

⁴⁸Página oficial disponível em:

<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/home> Acesso em 30 Abr. 2013.

⁴⁹ Página oficial disponível em <<http://www.miga.org/>> Acesso em 30 Abr. 2013.

⁵⁰ Página oficial disponível em <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>> Acesso em 30 Abr. 2013.

empréstimos que sejam voltados para reequilibrar uma balança de pagamentos. Seu objetivo final é a promoção do comércio internacional e da necessária cooperação monetária global para que suas metas sejam atingidas⁵¹.

Os recursos do FMI são provenientes de seus 187 países membros, cada qual contribuindo com uma cota específica e diferenciada. Por haver diferenças nesse sistema de cotização, o poder de voto dos Estados nas assembleias do FMI é dependente da contribuição de cada um. Enquanto os Estados Unidos têm um poder de voto que representa 17,08% nas assembleias, o Brasil tem uma representatividade de 2,46%. Esse poder de voto é revisado a cada cinco anos e depende das modificações de contribuições dos distintos Estados membros do Fundo.

Em 1969, foi criado o ativo financeiro do FMI, denominado Direito Especial de Saque - DES, substituindo o ouro e o dólar em suas trocas cambiais, entrando em vigor apenas em 1981. O DES é usado apenas entre os bancos centrais dos países membros do FMI. Seu valor de troca é estabelecido em função da variação média da taxa de câmbio dos cinco maiores exportadores do mundo, assim considerados em 1981, a saber: Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França e Japão.

Por ter como uma de suas principais funções a concessão de empréstimos, há tipos de financiamento diferenciados dentro do sistema do FMI. O *Stand-by-agreement* (SBA) é a forma de financiamento mais comum, sendo utilizada, principalmente, pelos países com dificuldades de curto prazo em sua balança de pagamentos. Os financiamentos são concedidos por prazos de 12 a 18 meses, com prazo de resgate de 5 anos e taxa específica de juros. Os outros tipos de financiamento são: *Exogenous Shocks Facility* (financiamentos específicos para situações de crises vinculadas a políticas de outros países, flutuações nos mercados de commodities ou mesmo desastres naturais), o *Extended Fund Facility* (financiamentos de médio prazo, geralmente condicionados a privatizações de serviços públicos e reformas estruturais nos países devedores), *Supplemental Reserve Facility* (financiamentos de curto prazo, geralmente relacionados a problemas de especulação e perda de credibilidade no mercado financeiro internacional), o *Poverty Reduction and Growth Facility* (destinado aos países mais pobres do Fundo, é direcionado a programas de combate à pobreza generalizada) e o *Emergency Assistance* (financiamento específico para países que sofreram desastres naturais ou conflitos armados)⁵².

⁵¹ Página oficial disponível em <<http://www.imf.org/external/index.htm>> Acesso em 1 Mai. 2013.

⁵² Disponíveis em Página oficial: <<http://www.imf.org/external/index.htm>> Acesso em 1 Mai. 2013.

Muitos dos empréstimos concedidos pelo FMI foram condicionados a políticas de promoção das teorias do livre comércio – em especial, políticas de desregulamentação, não intervenção estatal e privatização de empresas públicas, verificando-se, com isso, a privatização de muitos serviços de água, conforme se comenta no primeiro capítulo dessa pesquisa.

É dessa forma constituído o Regime do Comércio Internacional, com natureza multilateral, sobre a estrutura desses três pilares centrais do regime maior de Bretton Woods: o FMI, o Banco Mundial e a OMC. Como se verificou da descrição do trabalho de cada uma dessas três organizações, estão as três engajadas, de uma forma ou de outra, na promoção do desenvolvimento global através da cooperação comercial e monetária e do livre comércio. Contudo, por mais que, em todas as três instituições, o livre comércio tenha se tornado um fim em si mesmo, desde a década de 1980, nos textos constitutivos e paralelos de todas as três instituições, a temática ambiental, social e de sustentabilidade cresceu bastante, em razão, principalmente, do estabelecimento de um outro regime que tem crescido em estrutura, apesar de sua descentralização – o Regime Internacional do Meio Ambiente. Verifica-se que há uma preocupação acentuada com a interação entre esses regimes dentro de seus próprios textos constitutivos e outros textos que lhes são paralelos. A seguir, serão apresentados o nascimento e o crescimento do Regime Internacional do Meio Ambiente, bem como sua interação com o Regime do Comércio Internacional.

3.4. O Regime do Meio Ambiente e o Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Não há como negar a necessidade de proteção ambiental, quer por razões antropocêntricas, quer por razões ecocêntricas. Contudo, conforme será apresentado nesse subtópico, não há como chegar a essa almejada proteção ambiental sem eficientes instrumentos de regulação.

A regulação internacional do meio ambiente pode ser dividida em quatro fases: 1) do final do século XIX ao final da II Guerra; 2) de 1945 a 1972; 3) da Conferência de Estocolmo, de 1972, à Conferência do Rio, de 1992; 4) a partir da Conferência do Rio de 1992 até os dias atuais (AMARAL JUNIOR, 2011).

Em sua primeira fase, as normas internacionais preocupavam-se especialmente com

a proteção da flora selvagem e da fauna, com fortes tendências antropocêntricas e utilitaristas.

Em sua segunda fase, tem-se como marco a criação da ONU e de suas agências especializadas. Desde então, algumas Conferências das Nações Unidas tiveram como foco, direta ou indiretamente, a proteção ambiental.

Em sua terceira fase, a Conferência de Estocolmo, marco desta, traz como tema o Meio Ambiente Humano, quando foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e um Plano de Ação Ambiental. Foi também nessa fase que se originou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA).

Ainda nessa fase, vem à tona a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, confirmando especial proteção ao meio ambiente marinho.

Em 1987, a publicação do Relatório Brundtland, conforme se discutirá em mais detalhes adiante, propõe, de forma inovadora, a noção de desenvolvimento sustentável. Era uma preparação para o marco da fase seguinte.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992, inicia a última fase e traz, incorporado nos diversos documentos nela produzidos, o conceito de desenvolvimento sustentável. Foram produzidos, na Rio 92, dentre outros, os seguintes documentos internacionais: Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, Convenção sobre Diversidade Biológica e Agenda 21. Foi criada a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, vinculada ao Conselho Econômico e Social da ONU.

O Princípio número 7 da Declaração do Rio dispõe que os Estados assumem responsabilidades comuns, mas diferenciadas, cabendo aos países desenvolvidos, em razão do papel acentuado que tiveram na degradação ambiental, suportar os maiores custos da defesa de um desenvolvimento sustentável. Era, assim, reconhecido o papel que os países mais industrializados exerceram na degradação ambiental e lhes era conferida a devida responsabilidade.

A essa Conferência de 1992, outras se seguiram, incorporando a noção de desenvolvimento sustentável e exemplificando seu conteúdo. Nesse sentido, destacam-se as várias Conferências das Partes signatárias da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (donde se originou o Protocolo de Kyoto), a Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, em 2002 (chamada de Rio + 10), a Conferência de Bali, de 2007, e a Conferência do Rio de 2012 (chamada de Rio + 20).

A Cúpula de Johannesburgo, de 2002, teve como principal produção o Plano de

Implementação, cujos focos eram a erradicação da pobreza, mudança nos padrões de consumo e produção, proteção e gestão dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável em suas variadas facetas. Deu ênfase, ainda, à garantia do acesso à água e ao saneamento básico.

Numa percepção da evolução desse pensamento, verifica-se que, na década de 1960, em sua primeira fase, a proteção ambiental era centrada na preservação da natureza em contraposição ao desenvolvimento industrial desmedido, bem como ao crescimento populacional desenfreado. Muitas obras foram produzidas nessa época que se tornaram marcos da proteção ambiental e, dentre elas, destacam-se *Silent Spring* (1962), de Rachel Carson; *The Population Explosion* (1968), de Paul e Anne Ehrlich; *The Tragedy of the Commons* (1968), de Garrett Hardin; e *The Limits to Growth* (1972), de Dennis Meadows e Jørgen Randers (GAUDIANO; KATRA, 2009).

Em 1968, foi formado o Clube de Roma⁵³ que encomendou uma pesquisa a pensadores do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), tendo esta gerado a obra *The Limits to Growth*⁵³. A obra, publicada em 1972, trabalha impactos ambientais provocados por excessivas ações antrópicas sobre o meio ambiente. Oportuno se faz destacar que é uma obra baseada no pensamento de Thomas Malthus (1798), que já alertava o mundo, no século XVIII, acerca do crescimento populacional descontrolado e seus efeitos catastróficos sobre o meio ambiente e a sociedade humana. Meadows e Randers (1972) introduzem a ideia de “crescimento zero”, numa tentativa de lidar com essa problemática malthusiana.

Grande parte das teorias contemporâneas de proteção ambiental têm um embasamento neomalthusiano, a despeito de todas as críticas que esse pensamento recebeu ao longo dos últimos séculos. Não é demais dizer que inclusive a noção de desenvolvimento sustentável tem respaldo nas políticas de controle demográfico e consequente redução de consumo.

Foi nesse cenário que a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu uma comissão, sob a presidência da então primeira-ministra da Noruega, Gro-Brundtland, com

⁵³ O Clube de Roma foi fundado em 1968 pelo industrial italiano Aurelio Peccei e pelo cientista escocês Alexander King com o objetivo de reunir intelectuais de diversas áreas do conhecimento para discutir os rumos da política internacional, especialmente a respeito dos elevados padrões de consumo da sociedade internacional industrializada e da interdependência econômica mundial. O Relatório elaborado pelo casal Meadows e por Randers rendeu notoriedade internacional ao Clube, que desde aquela época é conhecido por ocupar papel de destaque em discussões políticas sobre meio ambiente e sustentabilidade. Informações disponíveis em: <<http://www.clubofrome.org/eng/home/>> Acesso em 30 Mai. 2012.

o objetivo de estudar e sistematizar uma teoria política aceitável acerca da compatibilidade entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico. O Relatório produzido e publicado por essa Comissão, em 1987, marcou, definitivamente, uma mudança de conceitos, rumos e políticas em torno da defesa ambiental, ao introduzir essa noção de desenvolvimento sustentável⁵⁴.

O conceito de desenvolvimento sustentável, que começou a ser discutido num documento preparado em 1980, no *World Conservation Strategy*, agregou conservação ambiental e desenvolvimento. Em 1987, contudo, todos os elementos que hoje dele fazem parte foram juntados. Conforme expressão do Relatório Brundtland, desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a habilidade das futuras gerações de alcançar suas próprias necessidades. Almeja, assim, o progresso econômico, conservando o meio ambiente para a presente e para as futuras gerações. São três as ideias centrais nesse conceito: as necessidades humanas, a exauribilidade dos recursos naturais e a solidariedade intergeracional⁵⁵.

Quanto a essa última característica, Amaral Junior (2011) salienta essa nova dimensão de justiça que emerge com o Direito Internacional do Meio Ambiente: a justiça intergeracional. Considera esse conceito informado pelos seguintes princípios: conservação das opções, conservação da qualidade e conservação do acesso.

Desse conceito, são também extraídos alguns elementos de natureza substantiva e procedimental. Os elementos substantivos são: utilização sustentável dos recursos naturais; integração entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico; o direito ao desenvolvimento; e a equidade na alocação de recursos para a geração atual e a futura. Os elementos procedimentais são: participação pública nas decisões e avaliação de impacto ambiental (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 60).

Segundo Soares (2007), o desenvolvimento sustentável pode ser considerado a "pedra de toque" do Direito Internacional do Meio Ambiente, na medida em que realiza uma junção perfeita entre equilíbrio do meio ambiente e todos os aspetos da vida do homem em sociedade. E, assim, a noção de sustentabilidade acrescenta duas novas características: universaliza e resgata o elemento que "humaniza" o meio ambiente.

⁵⁴ Relatório disponível em <<http://www.un-documents.net/k-002988.htm>> Acesso em 5 Maio 2012.

⁵⁵ "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts: - the concept of 'needs', in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and - the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs". Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>> Acesso em 4 Maio 2012.

Esse conceito pode, pois, ser visualizado também numa outra tridimensionalidade, uma vez que privilegia políticas ambientalmente responsáveis, economicamente viáveis e socialmente justas (BARROS-PLATIAU, 2006).

Gerd Winter (2008) menciona que, na verdade, os três pilares do desenvolvimento sustentável registrados no Relatório Brundtland são claramente expressos no Plano de Implementação de Johannesburg, de 2002, e são eles: desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental. Winter, contudo, critica o fato de haver um mesmo patamar hierárquico para esses três pilares. Para ele, deveria haver um fundamento – proteção ambiental – e dois pilares – desenvolvimento social e desenvolvimento econômico. Sua crítica baseia-se no sacrifício de muitos recursos naturais em detrimento de qualquer dos outros dois pilares. Ou seja, num conflito direto entre desenvolvimento econômico ou desenvolvimento social e proteção ambiental, esta não necessariamente será levada em consideração, podendo ser subjugada em detrimento de qualquer dos outros dois.

No dizer de Sachs (2008, p. 30), a sociedade deve se basear numa otimização do uso da biomassa de modo que se possa construir uma “moderna civilização de biomassa”. Essa é uma visão que leva em consideração os três pilares estabelecidos no Relatório Brundtland e confirmados em Johannesburg. É necessário pautar-se numa visão holística e interdisciplinar do desenvolvimento, pela qual cientistas naturais e sociais trabalhem juntos em prol de um aproveitamento dos recursos naturais que respeitem sua diversidade e sustentabilidade. Assim, será possível conjugar conservação e aproveitamento racional dos recursos naturais, sem que seja preciso criar reservas naturais invioláveis.

Também com essa visão, Veiga (2005) entende que a retórica do desenvolvimento sustentável compreende uma transição que superará o “industrialismo”, fazendo emergir sociedades ainda desconhecidas e que, por isso, poderiam ser denominadas de sociedades “pós-industriais”, “pós-modernas”, “pós-fordistas”, “pós-burguesas”, “pós-econômicas”, “pós-escassez”, “pós-civilizadas”, “de conhecimento”, “de serviço pessoal”, e “tecnocrônicas”.

Vários são os questionamentos acerca da natureza jurídica do desenvolvimento sustentável. Para alguns, não passa de conceito. Dupuy (1997) entende que se trata de uma “matriz conceitual”, que passa a exprimir uma *opinio juris* no planejamento de políticas públicas em prol do desenvolvimento. Amaral Junior (2011) o defende não como mero conceito, mas como um corpo jurídico de normas e princípios que norteiam o Direito Internacional contemporâneo.

De uma leitura dos Princípios 1º, 2º e 3º da Declaração do Rio, de 1992, depreende-se o “direito ao desenvolvimento sustentável”. A Declaração de Johannesburgo, de 2002, ora passa a impressão da existência de um direito autônomo, ora passa a impressão de conceito norteador de políticas.

Há, contudo, defesa no sentido de ser o desenvolvimento sustentável um princípio. No caso *Gabcikovo-Nagymaros*, entre a Hungria e Eslováquia, em 1997, a Corte Internacional de Justiça tratou o desenvolvimento sustentável como mero “conceito”⁵⁶. Contudo, em seu voto separado, o juiz Weeramantry enfatizou considerá-lo mais do que um “conceito”, sendo, na verdade, um verdadeiro “princípio” com valor “normativo”⁵⁷.

Winter (2008) diz que a natureza jurídica do desenvolvimento sustentável está ainda em aberto. Entende que, em seu atual estágio, o desenvolvimento sustentável, por ter compreensão muito abrangente e genérica, não é nem princípio legal nem norma. Faz a diferenciação entre princípio legal e princípio político. Para ele, um princípio legal é mandatório, ajuda na interpretação das leis e preenche as lacunas destas. Em sua abrangência geral, entende ele, o desenvolvimento sustentável não atingiu esse nível e, é por isso, que a CIJ não o adotou como princípio. Acredita que, da forma como o conceito é hoje concebido, só consegue servir como guia político.

Em observância aos preâmbulos de muitos tratados internacionais hoje em vigor – tanto da área ambiental, como da área comercial, dentre outras, o presente trabalho não acata a posição de Winter. O desenvolvimento sustentável tem se consolidado, no direito costumeiro internacional, como um princípio. Esse é o posicionamento do juiz Weeramantry, em *Gabcikovo-Nagymaros*, e é o posicionamento que norteia a presente pesquisa, apesar de que um posicionamento diferente não invalidaria ou modificaria o trabalho aqui consolidado.

Por sua vez, Markus Gehring (2008), entende ser ainda muito cedo para dizer que o desenvolvimento sustentável é um princípio obrigatório do Direito Internacional costumeiro. Entende também que não se pode isolar esse conceito na área de Direito Ambiental. Em suas palavras:

Given the ambiguity surrounding sustainable development law (SDL) in classical international law terms, it might make sense to think of it as a novel type of legal

⁵⁶ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment. ICJ Reports 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>> Acesso em 4 Mai. 2012.

⁵⁷ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Separate Opinion of vice-President Weeramantry. ICJ Reports 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>> Acesso em 04 Mai. 2012.

norm – an ‘interstitial’ concept that facilitates and requires reconciliation of other legal norms relating to environmental protection, social development and economic growth. Furthermore, sustainable development, in one formulation or another, has been enshrined as an explicit object and purpose of over fifty binding international treaties [...] As such, SDL can be conceptualized as an autonomous, emerging area of international law, in its own right consisting of the “body of legal principles and instrument at the intersection of environmental, social and economic law, those which aim to ensure development that can last (GEHRING, 2008, p. 274)⁵⁸.

Ghering (2008, p. 283) menciona, ainda, que, numa análise dos julgamentos pronunciados pela OMC, o Órgão de Apelação tem preferido considerar o desenvolvimento sustentável um conceito, ao invés de considerá-lo um princípio legal. Esse arrazoamento é baseado, principalmente, no *Report* do Órgão de Apelação no *US Shrimp Case*, de 1998, onde se afirma que o preâmbulo do Acordo de Marrakesh explicitamente reconhece o “objetivo do desenvolvimento sustentável” e se refere ao mesmo como “esse conceito”⁵⁹.

Gehring tem razão quanto a essa nova área do Direito que seria o Direito do Desenvolvimento Sustentável. Existe, realmente, um hibridismo nesse conceito. Em 1998, cerca de 11 anos após a publicação do Relatório Brundtland, era realmente muito cedo para que o Órgão de Apelação da OMC pudesse considerar o desenvolvimento sustentável um princípio legal. Contudo, mais de 25 anos passados desde o Relatório Brundtland e com a incorporação do desenvolvimento sustentável em mais de 50 tratados, existe, sim, a possibilidade de nova consideração dentro da OMC. De uma observação atenta dos últimos documentos produzidos, juntamente com os documentos antigos em vigor, é possível sustentar o desenvolvimento sustentável como um princípio geral de Direito Internacional e como um direito humano.

Em 1969, a Corte Internacional de Justiça entendeu que se considera um princípio geral de direito internacional um princípio estabelecido, amplamente divulgado e de prática consistente entre os Estados, que é reconhecido como sendo obrigatório por regra de direito que o exige⁶⁰.

⁵⁸ Dada a ambiguidade em torno do direito do desenvolvimento sustentável (DDS), nos termos do direito internacional clássico, pode fazer sentido pensar que se trata de um novo tipo de norma jurídica – um conceito intersticial que facilita e requer conciliação de outras normas jurídicas relacionadas à proteção ambiental, desenvolvimento social e crescimento econômico. Além disso, desenvolvimento sustentável, numa ou noutra formulação, tem sido reverenciado como um objeto e propósito explícito em mais de 50 tratados internacionais [...] Como tal, DDS pode ser conceituado como uma área autônoma e emergente do direito internacional, por si próprio consistindo um “corpo de princípios legais e instrumento para a interseção entre o direito ambiental, social e econômico, que clamam assegurar um desenvolvimento que pode perdurar (tradução livre).

⁵⁹ United States Shrimp Case, Appellate Body Report, 1998, (n 3) [12].

⁶⁰ North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.), 1969 I.C.J. 44 (Feb. 20).

Essa interpretação da CIJ, conjugada com o texto publicado da última Convenção das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em 2012, leva à conclusão de que o desenvolvimento sustentável é um princípio de Direito Internacional geral, além de existir, hoje, um direito humano ao desenvolvimento sustentável.

O Relatório “O Futuro que Queremos”, de 2012, da Rio + 20, trabalha, em todo o seu texto, com o desenvolvimento sustentável como uma “norma jurídica” consolidada, um “direito humano”, ainda que não o mencione de forma explícita. O desenvolvimento do século XXI não pode ser outro senão sustentável. O texto do Relatório, ao reafirmar o direito humano ao desenvolvimento, logo após menção ao desenvolvimento sustentável, afirma a natureza do “conceito” de desenvolvimento sustentável. Os parágrafos 3º, 6º e 8º do documento fazem remissão a esse direito.

3. We therefore acknowledge the need to further mainstream sustainable development at all levels integrating economic, social and environmental aspects and recognizing their interlinkages, so as to achieve sustainable development in all its dimensions.

6. We recognize that people are at the center of sustainable development and in this regard, we strive for a world which is just, equitable and inclusive, and we commit to work together to promote sustained and inclusive economic growth, social development, environmental protection and thereby to benefit all.

8. We also reaffirm the importance of freedom, peace and security, respect for all human rights, including the right to development and the right to an adequate standard of living, including the right to food, the rule of law, gender equality and women’s empowerment and the overall commitment to just and democratic societies for development.⁶¹

Do Relatório de 2012, observa-se que: 1º) foram mantidos os três pilares do Relatório Brundtland e de Johanesburgo; 2º) foi detalhado o que vem a significar desenvolvido sustentável e 3º) uma conjugação desses três parágrafos leva a entender que foi sustentada a ideia de um direito humano ao desenvolvimento sustentável.

Essa noção de desenvolvimento sustentável, cuja defesa se iniciou na década de 1980 e se consolidou nas Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, tem permeado diversos documentos internacionais e nacionais e tem servido de fundamento

⁶¹ 3. Reconhecemos a necessidade de enfatizar o desenvolvimento sustentável em todos os níveis, integrando aspectos sociais, econômicos e ambientais e reconhecendo suas ligações para se atingir um desenvolvimento sustentável em todas as dimensões. 6. Reconhecemos que as pessoas são o centro do desenvolvimento sustentável e, com essa visão, lutamos por um mundo que seja justo, igualitário, comprometendo-nos, inclusive com o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental para assim beneficiar a todos. 8. Reafirmamos a importância da paz, da liberdade e da segurança, e o respeito por todos os direitos humanos, inclusive o direito ao desenvolvimento e o direito a um padrão adequado de vida, incluindo o direito à alimentação, a defesa da regra de direito, a igualdade de gênero e uma concessão de poder à mulher, além do compromisso geral com sociedades mais justas e democráticas para o desenvolvimento (tradução livre).

para o desenvolvimento de políticas públicas nacionais e de planejamentos de cooperação internacional.

É melhor não afastar, assim, o direito ao desenvolvimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Devem coexistir. Trata-se de um hibridismo que se consolida. Cabe ao Direito, portanto, construir bases sólidas de equilíbrio entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, não só, mas principalmente, num sistema capitalista com reivindicações liberais.

O capitalismo implantou um sistema industrial, com o qual se verificou o crescimento da indústria, o nascimento de classes sociais distintas, a luta constante pela igualdade de classes, a defesa dos direitos humanos e a desenfreada degradação ao meio ambiente. Mas, muito tempo se passou até que houvesse um reconhecimento do Direito ao Meio Ambiente como um Direito Humano.

Com a construção dos diversos instrumentos internacionais, verificou-se uma modificação no próprio conceito de soberania estatal, relativizando-o, deixando sua fase “westfaliana”, assumindo contornos contemporâneos de cooperação internacional entre os Estados (SLAUGHTER, 2004).

Já há algum tempo constata-se que as diversas atividades econômicas provocam externalidades ambientais negativas, o que causa perda de bem-estar aos indivíduos atingidos. Intencionando corrigir essas perdas, propõe-se utilizar a internalização desses custos externos nas estruturas de produção e consumo (MENDES; MOTTA, 1997). Trata-se de aplicar os princípios do Direito Ambiental, denominados “princípio do poluidor pagador” e “princípio do usuário pagador”, atribuindo valor econômico ao bem ambiental, de maneira a promover a sua proteção e uso racional (FIORILLO, 2006).

No desenvolvimento de uma teoria da função promocional do direito, Bobbio (2006) destaca a importância de ver o direito como instrumento para a efetivação de políticas desenvolvidas para garantir os direitos humanos.

Nessa linha de raciocínio, Cristiane Derani (1997, p. 64) bem lembra que:

Não se pode esperar que o mercado tenha uma visão social, pois a sua visão é preponderantemente de vantagem individual própria (lucro). Sem esta *anima* não há mercado. Porém, não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardecam e promovam uma atitude social.

Ao final do século XX e início do século XXI, tanto no plano interno quanto no plano internacional, a necessidade de um “novo intervencionismo” do Estado tem sido

reclamada por um cenário que estampa a urgência de implementação de políticas públicas, principalmente para a garantia de direitos humanos e de uma proteção do meio ambiente. Essa margem de *policy space* a ser concedida aos Estados tem se defrontado com o liberalismo dos Acordos da OMC, bem como com o ativismo judicial de seu Órgão de Solução de Controvérsias.

No dizer de Celli Jr.:

“A adoção das disciplinas é, enfim, desejável, mas a questão central é a de saber como alcançar um equilíbrio entre a necessidade de se eliminarem políticas meramente protecionistas e a necessidade de manutenção e preservação do direito dos Membros de regular a prestação de serviços em seus territórios tendo em vista suas legítimas políticas públicas de desenvolvimento” (2008, p. 9).

A defesa de um liberalismo comercial preponderante parece ter se esquecido de sua finalidade. O comércio - e consequentemente o livre comércio - não é um fim em si mesmo, mas um meio, um mero instrumento para se atingir um fim desejado.

Tendo em vista a necessidade de se centrar na questão do desenvolvimento e, como contemporaneamente é denominado, no desenvolvimento sustentável - que atende as necessidades do presente sem olvidar as necessidades das gerações futuras - a finalidade das normas internacionais que controlam o comércio internacional não pode perder seu foco. Sob o viés liberal ou sob o viés utilitarista, o comércio internacional deve servir para a promoção do desenvolvimento. Para tanto, dadas as assimetrias existentes entre os distintos Estados que se tornaram parceiros dentro do sistema da OMC, é necessário garantir-lhes uma margem de atuação para a promoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável dentro de seus territórios.

Deve-se ter em vista, primariamente, que a finalidade do comércio é o desenvolvimento e, em pleno século XXI, não há de se falar em desenvolvimento se não for este sustentável.

Todas essas questões acerca do pleno desenvolvimento das sociedades, em respeito às liberdades e à garantia de qualidade de vida, têm tido um debate acirrado no plano internacional, frente às políticas de liberalização comercial e os anseios de desenvolvimento sustentável. Passa-se, a seguir, à análise de alguns dos tratados ambientais internacionais que, de forma direta ou indireta, trouxeram a defesa de um desenvolvimento sustentável, abrangendo restrições comerciais. Na sequência, far-se-á uma análise de alguns tratados comerciais internacionais de maior importância para o tema ora debatido - dentre eles, o GATT e o GATS que, em seus artigos, também defendem um

desenvolvimento sustentável, amparando políticas ambientais. De uma observação de seus textos, identificam-se o hibridismo de suas normas e uma opção pela interação entre os regimes que representam, tomando por base o Direito Internacional como um sistema e o desenvolvimento sustentável como um princípio geral desse sistema.

3.5. O comércio internacional e a questão do desenvolvimento sustentável

O Relatório “O Futuro que Queremos”, de 2012, da Rio + 20, deixa bem clara a importância do comércio internacional para o desenvolvimento sustentável. O Princípio 281 de seu texto expressa essa interconexão.

281. We reaffirm that international trade is an engine for development and sustained economic growth, and also reaffirm the critical role that a universal, rules-based, open, nondiscriminatory and equitable multilateral trade system, as well as meaningful trade liberalization, can play in stimulating economic growth and development worldwide, thereby benefiting all countries at all stages of development, as they advance towards sustainable development. In this context, we remain focused on achieving progress in addressing a set of important issues, such as, inter alia, trade distorting subsidies and trade in environmental goods and services⁶².

Essa importância da conexão entre comércio internacional e meio ambiente se consolidou em vários documentos internacionais de proteção ambiental e também em vários documentos internacionais de natureza comercial, desde a Conferência das Nações Unidas de 1972. Na sequência, tratar-se-ão de algumas restrições comerciais destacadas em documentos ambientais e de algumas preocupações ambientais destacadas em documentos comerciais.

3.5.1. Tratados ambientais com restrições comerciais

Em meio a esse debate de liberalização comercial e proteção do meio ambiente, alguns tratados de natureza ambiental ousaram impor restrições ao comércio internacional de determinados produtos, tendo em vista a prevenção de dano ambiental.

Amaral Junior (2011) publicou importante trabalho em que destaca alguns desses documentos. Na sequência, serão identificados alguns dos documentos analisados pelo

⁶² 281. Reafirmamos que o comércio internacional é um motor para o desenvolvimento e o crescimento de uma economia sustentável e também reafirmamos o papel crítico que um sistema multilateral de comércio universal, baseado em leis, aberto e não discriminatório, como também uma liberalização comercial significativa podem agir para estimular o crescimento econômico e o desenvolvimento no mundo inteiro, assim beneficiando todos os países em todos os estágios de desenvolvimento, uma vez que avançam rumo a um desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, permanecemos focados em atingir o progresso e endereçar algumas questões importantes, tais como, por exemplo, as distorções ao comércio causadas por subsídios e o comércio de bens e serviços ambientais (tradução livre).

autor, bem como outros que terão importância na explanação dessa temática.

A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e da Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES), de 1973, disciplina o comércio internacional de plantas e animais em risco de extinção, tendo em vista o equilíbrio do ecossistema. Para tanto, criou mecanismos de permissões, certificações e licenças que restringem esse tipo de comércio internacional.

O Apêndice I da CITES elenca as diversas espécies em risco de extinção, já reconhecidas internacionalmente, que devem ter um controle de seu comércio internacional. Permite-lhes o comércio em circunstâncias excepcionais, conforme estipula no Art. II, quando forem crias de cativeiro, se animais, ou de reprodução artificial, se plantas, nos parâmetros estabelecidos pelo Anexo I. Para a exportação dessas espécies elencadas, é necessária a permissão da Autoridade de Gestão da CITES (órgão previsto pelo tratado para atuação no plano nacional, conforme previsão do Art. IX). O Art. III trata da necessidade de permissão para a exportação dessas espécies, a ser dada dentro dos parâmetros do Art. VI.

O Apêndice II elenca as espécies que ainda não se encontram em risco de extinção, mas que podem vir a estar caso o comércio desenfreado não seja controlado, e as espécies que devem ser controladas para garantir o controle das primeiras, conforme expresso no Art. II (2) (a) e (b) da CITES. O Art. IV trata da permissão para a exportação dessas espécies, a ser dada nos parâmetros do Art. VI.

O Apêndice III abrange as espécies domésticas cujo comércio pode ser proibido, permitindo aos Estados identificar suas próprias espécies em risco e tentar uma cooperação com os demais Estados do Acordo, de maneira a controlar o seu comércio ilegal. O Art. V trata da permissão para a exportação dessas espécies, nos termos do Art. VI. Curiosamente, o Brasil só tem assinalada, no Apêndice III, a espécie de madeira *Cedrela Odorata*.

Cada Estado signatário deve publicar legislação doméstica em apoio às normas da CITES, internalizando seus mandamentos, que pode, inclusive, ser mais rígida do que as normas da Convenção, conforme expresso no Art. XIV. Em 1997, contudo, a OCDE fez publicar relatório alertando para a inexistência de leis nacionais, principalmente nos países em desenvolvimento, que dessem efetividade às reivindicações da CITES⁶³. Não se tem registrado progresso expressivo, nesse sentido, desde então.

⁶³ OECD, Experience with the use of trade measures in the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), OCDE/GD (97), Paris: OECD, 1997, P. 106. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ech/tradedoc.html>> Acesso em 28 Mar. 2012.

Outro tratado de natureza ambiental que traz restrições comerciais é o Protocolo de Montreal, de 1987, para controle das substâncias que deterioram a camada de ozônio. As substâncias regulamentadas no Protocolo são as constantes dos Anexos A, B e C. O Art. IV do Protocolo regulamenta, inclusive, o comércio dessas substâncias com Estados não partes, determinando a proibição desse comércio a partir de datas específicas, a depender de ser a substância constante do Anexo A, B ou C. O Art. IV (4) prevê, inclusive, a possibilidade de se proibir a importação de produtos fabricados com essas substâncias e o Art. IV (5) prevê a possibilidade de proibição de tecnologia de manejo dessas substâncias. Toda a rigorosidade do Protocolo, conforme expressa no Art. IV, em relação a Estados não partes, intenciona obter maior número de adesões por parte daqueles que ainda não são signatários.

A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos, de 1989, propõe-se a controlar um dos tipos de dano ambiental que mais preocupam no momento: o comércio de resíduos com alto potencial poluente. O Art. I estabelece o alcance da Convenção, apontando o que serão considerados resíduos perigosos. Aponta para a lista elencada nos Anexos I e III (art. I (1) (a)), e para a consideração de “outros resíduos” do Anexo II (art. I (2)). Aponta, ainda, para a possibilidade de os Estados signatários, além do já definido no Art. I (1) (a), acrescentarem sua definição de resíduos perigosos, através de legislação interna, quando sejam os Estados exportadores, importadores ou de trânsito. Exclui do âmbito de aplicação da Convenção: resíduos radioativos, sujeitos a regime próprio, nos termos do Art. I (3) e resíduos de operações normais de navios, nos termos do Art. I (4), uma vez que também se submetem a regime próprio. A Convenção define também, nos termos do Art. IX, o que é o tráfico ilegal desses resíduos perigosos, estabelece o “dever de reimportar” quando houver a verificação desse movimento transfronteiriço ilegal (Art. VIII) e prescreve a criação de uma Autoridade Competente para a fiscalização do cumprimento do acordado na Convenção (Art. V). No Art. X, trabalha, de forma específica, a cooperação internacional que deve existir, nesse sentido, entre os Estados signatários.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay), de 1982, apesar de não ser um tratado de cunho propriamente ambiental, tem sido citada sempre que se menciona a proteção do meio ambiente marinho. Estabelece, de forma indireta, restrições ao comércio internacional. Em seus Arts. 61 e 62, fixa normas sobre a conservação e utilização de recursos vivos dos Estados costeiros, em relação à sua zona econômica exclusiva. Em seus Artigos 64, 65, 66, 67 e 68, dispõe sobre algumas

espécies marinhas, tendo como preocupação maior sua preservação, mas atingindo indiretamente o seu comércio. Quanto à conservação de recursos vivos do alto mar, traz normas específicas em seus Arts. 116, 117, 118, 119 e 120, também podendo afetar, direta ou indiretamente, o comércio desses recursos.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1992, tem sua originalidade baseada na dualidade de sua matéria. Ao mesmo tempo, trata do comércio dos recursos genéticos e protege a variedade do patrimônio biológico do planeta (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 244).

A CDB traz como preocupação central a manutenção dos ecossistemas e, para tanto, defende a diversidade biológica, conforme previsão de seu texto, no Art. 2º, tendo em vista que a extinção de uma ou mais espécies pode desencadear todo um desequilíbrio na cadeia biológica, provocando, em consequência, descontrole de pestes e pragas na agricultura, disseminação de doenças, desequilíbrio em produção alimentar, dentre outros males ao meio ambiente e à saúde humana, animal e vegetal. Os Estados permanecem soberanos sobre seus territórios para explorarem seus recursos conforme suas políticas ambientais. Essa é a previsão do Art. 3º. Contudo, nesse mesmo dispositivo, encontra-se a previsão de responsabilidade do Estado em assegurar que as atividades sob sua jurisdição não causem danos transfronteiriços ao meio ambiente.

O Art. 15 da CDB prevê que os Estados são soberanos sobre seus recursos, mas devem criar condições para permitir o seu acesso a outros Estados signatários. Esse acesso deve ser concedido de comum acordo, nos termos do Art. 15 (4) e deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado (Art. 15 (5)). Além disso, deve haver compartilhamento justo e equitativo dos resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e dos benefícios derivados de sua utilização comercial. Há previsão, também, no Art. 16 da CDB, quanto ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para os fins de preservação da diversidade biológica.

Nessa mesma linha de proteção da diversidade biológica, a CDB impõe restrições ao uso de conhecimentos tradicionais de comunidades locais e indígenas, dadas as muitas acusações feitas a várias empresas quanto à apropriação indevida de materiais genéticos e conhecimentos tradicionais dessas comunidades. O preâmbulo da CDB traz proteção expressa quanto a esse conhecimento tradicional, bem como seu Art. 8 (j), seguindo a linha de muitos outros documentos internacionais, a exemplo da própria Agenda 21.

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, de 29 de janeiro de 2000, traz como meta principal, conforme expresso no Art. 1º, contribuir para assegurar um nível

adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguro dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando em conta os riscos para a saúde humana, e enfocando especificamente os movimentos transfronteiriços. Ainda no Art. 1º, enfoca o princípio da precaução, em conformidade com o Princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Desenvolvimento Sustentável.

Em respeito à soberania dos Estados signatários, o Protocolo sobre Biossegurança prevê a possibilidade, no Art. 2 (4), de adotarem normas ainda mais rígidas que as de seu texto para a preservação de sua diversidade biológica. O Protocolo deixa expressamente determinado, conforme disposição do Art. 3º, que, por movimentos transfronteiriços, incluem-se os atos de importação e exportação dos organismos vivos modificados.

As regras de transparência e notificação pública, tanto das modificações feitas aos organismos vivos que cruzam fronteiras como das medidas de proteção da diversidade biológica, são consagradas como princípios do Protocolo de Biossegurança. No Art. 11, nesse ínterim, trata do procedimento a ser adotado pelos signatários quanto a organismos vivos modificados destinados ao uso direto como alimento humano ou animal e ao beneficiamento. No Art. 18, prevê que o movimento transfronteiriço desses organismos deve ocorrer observando-se que sejam manipulados, embalados e transportados sob condições de segurança, levando em consideração as regras e normas internacionais relevantes.

Contudo, uma das normas mais ousadas do Protocolo sobre Biossegurança é a possibilidade de se limitar o movimento transfronteiriço de organismos vivos modificados, tendo em vista considerações socioeconômicas advindas do impacto desses organismos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, especialmente no que tange ao valor que a diversidade biológica tem para as comunidades indígenas e locais. Já se observou a importância da ciência na justificação da norma jurídica, na Convenção sobre Diversidade Biológica. Dentro do Protocolo, independentemente do que muitas críticas tecem ao seu texto e à limitação imposta à sua abrangência, essa norma do art. 26 trata de priorizar expressamente o desenvolvimento sustentável, tendo em vista análises socioeconômicas, enfatizando como fundamentos da norma jurídica a geografia, a economia e a história humanas.

Em 2010, foi produzido outro documento de complementação da CDB, a saber, o Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Repartição de Benefícios (*Access and Benefit Sharing – ABS*), visando promover a justa e equitativa repartição dos benefícios decorrentes do uso

de recursos genéticos. Em resposta a reivindicações acerca da biopirataria, o ABS regula, dentre outros aspectos, os compostos bioquímicos resultantes do metabolismo biológico de recursos genéticos, também chamados derivativos.

Outro tratado ambiental que tem tido previsões diretas sobre o comércio internacional é a Convenção sobre Mudanças Climáticas (CMC), fruto da Rio 92. Aponta como sendo seu objetivo maior a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático, conforme disposição do Art. 2º. Traz, no Art. 3(4) previsão expressa do direito que as Partes têm ao desenvolvimento sustentável, bem como a obrigação de promovê-lo. Exorta as Partes, no Art. 3(5) à cooperação para a promoção de um sistema econômico internacional favorável e aberto para um pleno desenvolvimento econômico sustentável de todos os Estados. Nesse mesmo parágrafo, incorpora a linguagem dos tratados de direito comercial internacional, ao prever que as medidas adotadas para combater a mudança do clima, inclusive as unilaterais, não devem constituir meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou restrição disfarçada ao comércio internacional. Cria, no Art. 7º, uma Conferência das Partes, cuja reunião se dá, periodicamente, todos os anos, para verificação dos compromissos assumidos e planejamento das metas a serem alcançadas. No Art. 11, cria um Mecanismo Financeiro, para provisão de recursos e planejamento de transferência tecnológica entre seus Estados.

O Protocolo de Kyoto, que nasceu da Conferência das Partes da CMC, havida em Kyoto, em 1997, traçou uma agenda com metas temporais e quantitativas para se atingir alguns dos objetivos da CMC (Art. 3 (1) e (2)). Como apoio para alcançar essas metas, criou o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), conforme previsão de seu Art. 12, e seu consequente mercado de créditos de carbono. Trata-se de uma junção direta entre mecanismos de mercado e mecanismos de proteção ambiental. É, na verdade, a primeira vez que se utiliza mecanismos de mercado de forma direta para promover o desenvolvimento sustentável. Por mais críticas que receba o Protocolo, muitas delas no sentido de conceder “permissões para poluir”, não se pode negar o efeito colateral gerado: uma consciência ambiental generalizada, ainda que mercadológica, em torno da proteção da camada de ozônio e de mecanismos de desenvolvimento limpo. Esse sistema é preferível ao anterior, que se pautava na inércia e na falta de consciência ambiental. Ademais, ambos, a Convenção sobre Mudança Climática (Art. 4(3), (5) e (7)) e o Protocolo de Kyoto (Art. 10) trazem toda uma preocupação e incentivo em torno da transferência de tecnologia entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Esse elenco de tratados ambientais com efeitos comerciais demonstra a interação entre esses dois regimes – meio ambiente e comércio internacional, bem como o hibridismo dessas normas, que são características próprias do pensamento da presente época acerca do desenvolvimento e sua sustentabilidade, da governança global, bem como da sustentação de coerência dentro do sistema do Direito Internacional.

Da mesma forma que a linguagem comercial e a linguagem de mecanismos ínsitos de mercado foram inseridos em tratados ambientais para se atingir uma meta ambiental, em muitos tratados de natureza comercial, a linguagem de sustentabilidade também foi incorporada para se apontar o tipo de desenvolvimento desejado. A seguir, far-se-á uma abordagem sobre alguns desses principais tratados comerciais, numa tentativa de demonstrar a incorporação, em seus textos, de toda uma preocupação ambiental, afastando-se as críticas feitas por comercialistas, ou mesmo por alguns ambientalistas, de que o mundo do comércio internacional não é o fórum adequado para sustentações ambientais.

3.5.2. A incorporação do desenvolvimento sustentável em tratados comerciais

Num estudo sobre a judicialização das Relações Internacionais (VIEIRA, 2011), foi identificado o movimento contemporâneo em torno da criação de organismos voltados para a defesa dessas duas grandes áreas do Direito Internacional – comércio internacional e meio ambiente, bem como de toda uma normatização setorial que as acompanha.

É flagrante notar que, em âmbito internacional, comércio e meio ambiente têm tido um caráter institucional muito distinto. Conforme bem observa Amaral Junior (2011, p. 139), há um contraste evidente entre a centralização do sistema multilateral de comércio, exemplificado pela existência da OMC, e a grande fragmentação das instituições ambientais, sem qualquer organização ou diretriz comum que as centralize. Há um conflito entre as políticas ambientais e comerciais, que se torna um óbice para que sejam adotadas medidas de integração, dados valores discrepantes advogados pelos especialistas dos respectivos setores.

Contudo, de uma leitura do preâmbulo do Acordo de Marrakesh, que criou a OMC, verifica-se, expressamente, a defesa de um desenvolvimento sustentável, que é colocado como um objetivo a ser alcançado, bem como a proteção e preservação do meio ambiente.

A Declaração de Doha de 2001, que deu início à Rodada Doha, nos parágrafos 31 e 32, expressamente evidencia uma preocupação de intersecção entre o comércio e o meio ambiente, deixando claro o relacionamento que deve existir entre as regras da OMC e os tratados multilaterais de proteção ambiental e enfatizando as consequências desses tipos de

negociações para países em desenvolvimento, em relação à política de acesso a mercados.

A OMC foi criada na década de 90, no auge de discussões ambientais no cenário internacional. Incorporou o pensamento da época. A inclusão, em seu preâmbulo, da observância de um desenvolvimento sustentável e toda a repercussão que isso ganhou nos textos normativos de seus tratados e declarações lançam por terra quaisquer argumentos contrários à discussão ambiental dentro dos fóruns da OMC.

Em 1995, foi criado o Comitê de Comércio e Meio Ambiente (*Committee on Trade and Environment* – CTE), na Conferência Ministerial de Marrakesh, que encerrou a Rodada Uruguai e deu origem à OMC. O CTE nasceu com a incumbência de promover o desenvolvimento sustentável através de medidas comerciais, congregar os membros da OMC em torno do tema e dar espaço a organizações não governamentais voltadas à proteção ambiental nos seus fóruns de discussões⁶⁴.

Desde sua criação, o CTE tem mantido um diálogo com as secretarias dos Acordos multilaterais de proteção ambiental. O CTE mantém um Banco de Dados sobre o Meio Ambiente, composto por notificações e informações que lhe são passadas pelos Estados e outros organismos parceiros. Em que pesem as muitas críticas que lhe são feitas, não há como negar a importância do trabalho do CTE em defesa de um desenvolvimento sustentável dentro da OMC (AMARAL JUNIOR, 2011, p. 157).

Assim é que, se em meados do século XX podia-se dizer que não há espaço para discurso ambiental dentro de organismos comerciais, não se pode dizer o mesmo ao final do século XX e início do século XXI, uma vez que não dá para excluir a noção de sustentabilidade do objetivo maior do comércio, que é o desenvolvimento.

Propõe-se, portanto, harmonizar esses valores de comércio e meio ambiente, que aparentemente são discrepantes, tomando como pedra angular dessa harmonização o conceito e princípio do desenvolvimento sustentável, que é elemento componente tanto de tratados ambientais, conforme supra identificados, como de tratados comerciais, conforme exemplificado com o Acordo de criação da própria OMC e dos acordos comerciais sob seu âmbito, que serão discutidos a seguir.

3.5.3. O GATT e as exceções ambientais do Artigo XX

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio apresenta-se como o principal documento internacional propulsor do liberalismo comercial desde a década de 1940, tendo sido

⁶⁴ Página oficial e informações disponíveis em:

<http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/wrk_committee_e.htm> Acesso em 30 Abr. 2012.

reformulado na década de 1990, mas mantendo seu arcabouço de medidas antiprotecionistas. Em seu corpo, contudo, estão expressas exceções aos seus princípios gerais. A grande maioria dessas exceções, ordenadamente elencadas, encontra-se em seu Art. XX.

A construção do Art. XX do GATT deve-se à espinha dorsal que sustenta todo o sistema internacional instalado desde a Paz de Westfália: o respeito à soberania dos Estados.

Mesmo quando se advoga a mitigação ou a modificação do conceito de soberania ao final do século XX e início do século XXI, não se defende a extinção do Estado, enquanto ente soberano (SLAUGHTER, 2004). Perpetua-se o princípio sobre o qual a ordem internacional se firmou no século XX e, conseqüentemente, o respeito às políticas públicas necessárias à boa administração da coisa pública dentro dos territórios dos distintos Estados da OMC.

Contudo, ao princípio da soberania, somam-se outros princípios que são, hoje, regentes da ordem internacional. Dentre eles, encontram-se o princípio da cooperação e o princípio da interdependência (KEOHANE, 1984), que são base fundamental para a ordem comercial internacional instalada desde Bretton Woods.

Amaral Junior (2011, p. 210) apresenta a construção histórica do Art. XX do GATT, de maneira a elucidar dúvidas acerca de sua interpretação. Em 1947, as exceções previstas no Art. XX tinham uma função retórica muito forte, mas, de qualquer maneira, serviram para facilitar as negociações a favor do livre comércio. Restava, porém, um impasse em nível de interpretação das normas. Não era fácil encontrar um diálogo entre a hermenêutica restritiva do Art. XX (que frearia o exercício da soberania dos Estados) e uma hermenêutica ampliadora dessas exceções, que comprometeria a intenção a favor da liberalização do próprio Acordo. A tentativa de lidar com esse impasse ficou estabelecida no caput do Art. XX, que teve origem nas negociações da Carta que propunha a Organização Internacional do Comércio. Nesta, ficava expresso que as exceções ao livre comércio não poderiam constituir uma discriminação arbitrária entre os Estados onde prevalecessem as mesmas condições, nem uma restrição disfarçada à liberalização comercial.

Em 1971, o Conselho Geral do GATT iniciou o Grupo sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional (*Environmental Measures and International Trade Group* – EMIT). Tratava-se de um período em que a emergência dos países em desenvolvimento reclamava uma análise das políticas de liberalização comercial frente às políticas de

proteção ambiental, cujo discurso havia se iniciado, principalmente, nos países desenvolvidos. Por essa razão, o *EMIT Group* não foi muito bem recebido pelos países em desenvolvimento, uma vez que advogava um certo “retorno protecionista” apenas em algumas áreas de interesse dos países em desenvolvimento. Com todas essas suspeitas em torno de sua proposta, o *EMIT Group* só passou a funcionar, efetivamente, a partir de 1991.

Nesse ano de 1991, três discussões centrais foram parar dentro do *EMIT Group*: 1) compatibilidade entre o GATT e três tratados ambientais – CITES, Protocolo de Montreal sobre Camada de Ozônio e Convenção de Basileia sobre Resíduos Perigosos; 2) transparência das regulamentações ambientais multilaterais e seus reflexos no comércio internacional; 3) regulamentações domésticas sobre normas técnicas de embalagem e etiquetagem e a proteção ambiental (SOARES, 2002, p. 224).

Em 1992, a Conferência do Rio trouxe vários outros temas de debate para dentro do *EMIT Group*. Foi assim que a Rodada de negociações da OMC sofreu certa influência das discussões ambientais da época.

Em 1994, no cume da Rodada do Uruguai e no auge da defesa ambientalista, logo após a Rio 92, as exceções impressas no Art. XX do GATT, a despeito de serem um espelho das exceções previstas no acordo de 1947, pareciam não ter o cunho meramente retórico que se propunha no GATT de 1947, trazendo a consolidação de valores não comerciais que foram colocados no texto do acordo com uma certa primazia sobre os valores comerciais. Assim, as normas comerciais balizadoras do GATT poderiam ser deixadas de lado toda vez que se confrontassem com quaisquer desses valores, dentro dos termos expressos nas alíneas e no caput do Art. XX.

Como se depreende do preâmbulo do Acordo que criou a OMC, as exceções impressas no GATT levavam em consideração objetivos gerais delineados pelos diversos Estados como necessários à manutenção de uma margem de *policy space*. Tratava-se de uma proteção de interesses públicos considerados “sensíveis” às políticas domésticas, em especial interesses de proteção ambiental que haviam se tornado a temática central do início da década de 1990.

No texto do Art. XX do GATT, são excepcionadas: a) medidas necessárias para proteger a moralidade pública; b) medidas necessárias para proteger a vida humana, animal e vegetal ou saúde; c) medidas relacionadas à importação de ouro ou prata; d) medidas necessárias a assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam inconsistentes com as regras do Acordo, dentre elas, regras aduaneiras, proteção de patentes, marcas e

direitos autorais; e) medidas relacionadas ao produto de trabalho prisional; f) medidas impostas para a proteção de tesouros nacionais, de valor histórico, artístico ou arqueológico; g) medidas relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis, desde que tais medidas se tornem efetivas em conjunto com restrições na produção ou consumo domésticos; h) medidas tomadas em razão de obrigações assumidas em Acordos intergovernamentais sobre *commodities*; i) medidas que envolvam restrições às exportações de produtos domésticos necessárias para assegurar a quantidade essencial desses produtos na indústria doméstica de processamento, dentro de um plano periódico de estabilização da economia; j) medidas essenciais à aquisição e distribuição de produtos em períodos de *shortage*.

Na mesma linha de intenção, o Art. XXI do GATT deixa uma margem destacada de *policy space*, autorizando os Estados a adotarem medidas com o cunho de garantir interesses essenciais à manutenção da segurança nacional e internacional.

Dentre esses valores essenciais a serem protegidos, conforme apontados no Art. XX, destacam-se a vida humana, animal e vegetal e a saúde, além da defesa dos recursos naturais exauríveis, respectivamente expressos nas alíneas “b” e “g”, que foram apreciadas em distintos casos levados aos Painéis e ao Órgão de Apelação da OMC. A seguir, apresentam-se as interpretações dadas a essas duas exceções, comumente chamadas de “as exceções ambientais” do GATT, para analisar a margem de *policy space* que tem sido deixada aos Estados na proteção de valores tão relevantes.

3.5.3.1. Medidas necessárias à proteção da vida e da saúde

A alínea “b” do Art. XX do GATT excetua medidas necessárias à proteção da vida humana, animal e vegetal e da saúde, o que significa dizer que normas infratoras dos princípios de livre comércio do GATT podem ser acomodadas no sistema internacional, desde que essas sejam as razões levantadas para tanto. Sua interpretação foi inicialmente formulada no Caso *US-Tuna-Dolphin I*⁶⁵, de 1991, litígio havido entre os Estados Unidos e o México antes da criação da OMC e, portanto, ainda sob o âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias do GATT de 1947.

Nesse caso, o Painel desenvolveu uma análise tripartite para a aceitação da medida adotada pelo Estado que contrariasse os princípios do Acordo. Segundo o Painel, deve-se primeiro verificar se a medida se encontra em uma das alíneas do Art. XX; em seguida,

⁶⁵ *United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, 3 September 1991 (unadopted).*

deve-se verificar se é uma medida “necessária” para atingir os seus objetivos; por fim, deve-se perquirir se foram cumpridas as exigências impostas no caput do Art. XX.

Em seu caput, o Art. XX adverte que as medidas excetuadas em seu corpo não podem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Esses três passos de análise da adequação da medida à exceção prevista no Art. XX têm sido interpretados nos diferentes casos de maneira extremamente restritiva.

No próprio Caso *US Tuna-Dolphin I*, a medida foi considerada “não necessária” para atingir os seus objetivos, pois os Estados Unidos não tentaram um acordo de cooperação com os demais Estados para a proteção da vida e saúde dos golfinhos, salientando o Painel que ações unilaterais de proteção ambiental devem ser evitadas.

No Caso *US – Section 337*, foi empregado o “teste da razoabilidade”, pelo qual se questionava o que um governo razoável faria caso não houvesse medidas alternativas que impactassem menos o comércio internacional⁶⁶. Esse mesmo teste da razoabilidade foi repetido no Caso *Tuna-Dolphin II*⁶⁷.

No Caso *Thailand Cigarettes*, de 1990, o Painel entendeu que a medida seria considerada “necessária” para atingir os seus objetivos somente se não houvesse nenhuma alternativa mais consistente ou menos inconsistente com o GATT⁶⁸.

Amaral Júnior (2011, p. 216) entende que o Painel, no Caso *Thailand Cigarettes*, admitiu que o Art. XX (b) é norma permissiva de proteção da saúde e que, apesar de não existir na alínea “b” a expressão *in conjunction with* (texto da alínea “g”), só seria considerada “necessária” a proibição às importações de cigarros para proteger a vida e a saúde humana em território tailandês, se tal medida fosse acompanhada de uma política doméstica equivalente. E, assim, o Painel considerou que a propaganda e a rotulagem dos cigarros para informar o consumidor seriam medidas alternativas menos inconsistentes com o GATT.

O teste da necessidade/razoabilidade foi também aplicado no Caso *US Gasoline*⁶⁹ e no Caso *Korean-Beef*⁷⁰. Neste, o Órgão de Apelação, numa interpretação da alínea “d” do

⁶⁶ *United States Section 337 of the Tariff Act of 1930 – Panel Report L/6439, 7 November 1989.*

⁶⁷ *United States – Restrictions on Imports of Tuna. EECv. The Netherlands, DS29/R, 16 June 1994 (unadopted).*

⁶⁸ *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes – Panel Report DS10/R – 37S/200, 7 November 1990.*

⁶⁹ *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline (Venezuela – DS2, Brasil – DS4 v. EUA) – AB Report WT/DS2/AB/R, 29 April 1996; Panel Report, WT/DS2/R, 29 January 1996.*

⁷⁰ *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 10 January 2001.*

Art. XX, aumentou o campo de abrangência da expressão “medida necessária”, eliminando sua limitação à “indispensabilidade” ou “absoluta necessidade” ou “inevitabilidade”, ao dizer que outras medidas que não sejam indispensáveis ou absolutamente necessárias ou inevitáveis também podem ser “necessárias”, nos termos do art. XX. Entendeu-se que há “graus de necessidade” da medida, que podem ser avaliadas a partir de sua “indispensabilidade” até sua “contribuição para atingir o objetivo”. Preferiu-se interpretar a expressão “medida necessária” como sendo aquela que estivesse o mais próximo possível do grau “indispensabilidade” e não o contrário.

No Caso *EC Asbestos*, o método *weighting and balancing* foi utilizado para interpretar o sentido da palavra “necessária” da alínea “b”⁷¹. Assim, uma medida do Governo francês que proibia a importação de cimento crisotilo e outros produtos feitos com amianto, em razão de seu altíssimo grau de risco cancerígeno, estava sendo questionada como “necessária ou não” para a proteção da saúde humana. O Órgão de Apelação não acatou a argumentação do Canadá de que havia outras medidas menos inconsistentes com o GATT, uma vez que entendeu que qualquer outra medida não seria tão eficiente quanto a já adotada pelo Governo francês. Foca-se, nesse caso, a efetividade da medida como meio de se comprovar sua “necessidade” nos termos da alínea “b”.

Essa mesma “efetividade” foi destacada no Caso *Brazil-Retrreated Tyres*, no qual o Órgão de Apelação entendeu que “necessária” seria a medida proporcional entre a limitação comercial imposta e os efeitos alcançados em relação aos seus objetivos. Nesse caso, a medida brasileira foi considerada “necessária” para os fins aos quais se propunha. Sua inadequação limitava-se ao campo de sua aplicação, quando o Brasil a aplicava de maneira desigual em relação aos membros da OMC, ferindo o Art. I do GATT⁷².

Posicionando-se sobre o tema, Amaral Júnior (2011, p. 219) ensina que deve ser a interpretação da expressão “necessária”, conforme inscrita no Art. XX, vista de maneira a se considerar duas premissas. Primeira, a medida deve contribuir para o objetivo almejado; segunda, o grau de contribuição deve ser inversamente proporcional à relevância da motivação dada à medida, ou seja, “quanto mais importante for a finalidade perseguida, menor será a contribuição que dela se exige”. Assim, sugere que sejam levados em consideração dados quantitativos, quando os efeitos da medida puderem ser mensurados, e dados qualitativos, nos demais casos.

⁷¹ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing products, Canada v. EC*, WT/DS135/R, 5 April 2001.

⁷² *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, WT/DS 332/AB/R, Appellate Body Report, 3th December 2007.

Conclui-se, nesse ponto, que o Órgão de Solução de Controvérsias tem demasiadamente utilizado uma hermenêutica jurídica como forma de limitação do *policy space* dos Estados em adotar medidas propulsoras de um desenvolvimento sustentável em seus territórios. Não se deve descartar, contudo, a grande importância que a temática ambiental tomou na discussão desses casos. Bem se vê que levar essas discussões ao âmbito da OMC é adotar a defesa de que o comércio internacional deve visar o fim máximo do desenvolvimento e que este, por sua vez, deve adotar a moldura da sustentabilidade.

3.5.3.2. Recursos naturais exauríveis

A alínea “g” do Art. XX excetua medidas relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis, desde que sejam aplicadas de maneira conjunta com restrições à produção ou ao consumo doméstico.

A interpretação dessa alínea “g” tem tido efeitos bastante restritivos na soberania dos Estados. No Caso *US Tuna-Dolphin I*, o Painel limitou a aplicação da alínea “g”, interpretando que só poderia ser usada a medida norte-americana que restringia a importação de atum pescado com determinadas técnicas de pescaria prejudiciais à vida e à saúde dos golfinhos (justificada pelos Estados Unidos tanto nos termos da alínea “b” como da alínea “g” do art. XX do GATT), se o método de produção incidisse diretamente na qualidade final do produto. Ou seja, eliminava-se a possibilidade de limitar o comércio internacional quando o método de produção fosse ambientalmente incorreto, mas não influenciasse nas características finais do bem em questão.

Além disso, nesse caso, o Painel analisou também a “necessidade” da medida e, para tanto, interpretou a expressão *relating to* como *primarily aimed at* para dizer que a medida norte-americana, não sendo primariamente relacionada com a proteção de golfinhos não era também *related to*, no sentido de *primarily aimed at the conservation of exhaustible natural resources*. Convém destacar que, de uma observação das alíneas do Art. XX, vê-se que intencionalmente foram escolhidas as expressões que adjetivariam a medida em análise. Assim, na alínea “b”, a medida deve ser necessária à proteção da vida e da saúde; enquanto que, na alínea “g”, a medida deve ser simplesmente “relacionada à conservação de recursos naturais exauríveis”. O Painel interpretou “relacionada a” como sinônimo de “necessária”, o que soa, no mínimo, um excesso de zelo na defesa dos valores comerciais em detrimento de políticas públicas voltadas à proteção ambiental (AMARAL JUNIOR, 2011).

A alínea “g” também foi trazida como fundamentação ao Órgão de Solução de Controvérsias nos casos *US Gasoline* e *US Shrimp*⁷³. No Caso *US Gasoline*, o Órgão de Apelação entendeu dever haver relação direta entre a medida questionada e a conservação do recurso natural que é seu objeto, estabelecendo, assim, uma relação de causalidade.

No Caso *US Shrimp*, o Órgão de Apelação investigou a finalidade da medida norte-americana questionada, reconhecendo que as tartarugas marinhas também são recursos exauríveis (a despeito das alegações contrárias do reclamante, que insistia na interpretação restritiva de “recursos exauríveis” como referência apenas a “minerais” e não a “seres vivos”). Concluiu pela relação de causalidade existente entre a medida e a proteção efetiva das tartarugas.

Em que pesem críticas à interpretação inadequada da alínea “g”, há que se reconhecer que houve uma evolução no pensamento do Órgão de Apelação, de maneira a se aceitar uma interpretação evolutiva da expressão “recursos exauríveis”, que havia sido menos abrangente nas interpretações dadas aos casos ainda no âmbito do GATT de 1947.

E, conforme observa Amaral Junior (2011), talvez ainda mais importante, foi a maneira como o Órgão de Apelação chegou a essa conclusão. Entendeu que o contexto atual reclama um novo sentido à expressão “recursos exauríveis”, tomando emprestado definições expressas em outros tratados que invocam uma proteção ao meio ambiente, tais como a CITES (Convenção sobre Espécies da Fauna e da Flora em Extinção) e a Convenção de *Montego Bay* sobre o Direito do Mar.

3.5.3.3. A interpretação do caput do Artigo XX e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

O caput do Art. XX do GATT preceitua que as medidas excetuadas em suas alíneas não podem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

A parte final desse caput esclarece, sem sombra de dúvidas, a primazia dos valores que são colocados nessas alíneas. Lê-se, em seu texto, que “nada nesse Acordo” será usado de maneira a prevenir a adoção ou a execução, por parte dos Estados, das medidas ali relacionadas. Trata-se de privilegiar a soberania estatal.

Galan (2006, p. 195) sugere uma análise do *chapeau* do Art. XX tendo em vista

⁷³ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp Products. Malaysia and others v. EUA, AB Report, WT/DS58/AB/RW, DSR 2001.*

seus três principais objetivos, a saber: 1o) o receio do abuso das exceções previstas em suas alíneas; 2o) a principal intenção que é evitar esse abuso; 3o) o princípio da boa fé, que é chamado para balizar a real intenção dos Estados.

Contudo, na presente pesquisa, há de se visualizar de maneira um pouco diferente a redação do *chapeau*. Essa análise feita por Galan parece desconsiderar a parte final da redação do caput do Art. XX, que geralmente é desconsiderada pelos Painéis, Órgão de Apelação e pela academia, ao tentarem interpretar sua redação.

A expressão “nada nesse Acordo” (*nothing in this Agreement*), colocada ao final do caput desse artigo, relembra a inteireza do GATT e, hierarquicamente, posiciona as exceções ali elencadas no topo de um conjunto de regras a serem respeitadas. Ali se encontram cláusulas principiológicas de Direito Internacional, às quais se submetem o Acordo, e que devem reger todas as demais regras de liberalização comercial, porque aos princípios de livre comércio se sobrepõem (VIEIRA, 2011, b).

Não é difícil constatar essa afirmação de uma observação do texto. Trata-se da proteção de direitos humanos civis, econômicos e culturais, tais como a vida e a saúde, o meio ambiente, a moralidade pública, a preservação do patrimônio artístico, histórico e arqueológico, além de outras preocupações de ordem organizacional do sistema econômico e financeiro internacional (como as regras das alíneas “c”, “d” e “i”).

São, de fato, valores supremos. Respeita-se, pois, uma ordem consagrada pelo próprio Direito Internacional, pois muitos desses valores (como os direitos humanos ali protegidos e excetuados) constituem normas superiores de direito internacional que não podem ser derogadas por outras normas quaisquer, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Art. 53), salvo aquelas ulteriores de mesma natureza.

A despeito dessa constatação, as interpretações do *chapeau* do Art. XX feitas pelos Painéis e pelo Órgão de Apelação, conjuntamente com as interpretações restritivas dadas às suas alíneas, conforme análise retro realizada, parecem se esquecer dessa ordem internacional prioritária.

O primeiro Painel a se manifestar sobre o caput do Art. XX foi o do Caso *US Canadian Tuna*, de 1982⁷⁴, no qual se considerou que a discriminação imposta pela lei norte-americana não era arbitrária ou injustificável, uma vez que os Estados Unidos tinham adotado medidas semelhantes quanto a outros Estados. Foi dado um sentido comum aos termos e não houve uma interpretação extensiva ou comparativa. O mesmo se repetiu no

⁷⁴ *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada, (Canada v. EUA), L/5198, 22 February 1982.*

Caso *US Spring Assemblies*, de 1983⁷⁵.

A interpretação do *chapeau* do Art. XX tomou outros rumos no Caso *US Gasoline*, de 1995, no qual o Órgão de Apelação, em sua primeira manifestação, harmonizando algumas decisões anteriores divergentes dos Painéis, estabeleceu uma sequência de análise do Art. XX. Primeiro, tem-se de identificar se a medida se enquadra ou não nas alíneas do Art. XX. Em seguida, verifica-se se a medida atende os requisitos do *chapeau*. Do caput, foi feita uma leitura conjunta das expressões “discriminação arbitrária e injustificável”, quando foi invocada a Convenção de Viena de 1969, Art. 31 (1), para evitar um abuso das exceções. Entendeu-se, de maneira conclusiva, que a medida norte-americana constituía uma discriminação injustificável e uma restrição disfarçada ao comércio internacional. O Órgão de Apelação não entrou, contudo, no mérito do significado dessa última expressão.

Assim é que o caput tornou-se um “filtro” para a aceitabilidade da medida questionada. É importante, então, que se compreenda a extensão que se tem dado à sua linguagem.

No Caso *US Shrimp*, o Órgão de Apelação relembra o histórico da construção desse caput. Passa a explicar que as palavras foram nele cuidadosamente colocadas para se evitar um abuso do uso dessas exceções. Ao analisarem a expressão “arbitrária”, interpretam-na de maneira distinta e separadamente da expressão “injustificada”. Estabelecem uma análise tripartite para identificar se a medida constitui discriminação arbitrária ou injustificável: 1) A medida deve resultar em discriminação; 2) A discriminação deve ser arbitrária ou injustificável; 3) essa discriminação deve existir entre países que compartilhem as mesmas condições.

Foi assim que o Órgão de Apelação considerou a medida americana discriminatória e injustificável, uma vez que os Estados Unidos tentaram negociar acordo para proteção das tartarugas marinhas apenas com alguns Estados da OMC, mas não com todos. Enfatizou-se a necessidade de ações multilaterais de proteção ambiental. Um ponto positivo foi que o Órgão de Apelação entendeu não ser necessária a conclusão de um Acordo para preenchimento desse “requisito”, mas a mera tentativa de negociação. Além disso, os Estados Unidos excetuaram a aplicação da medida por um período de quatro anos a alguns países caribenhos. Considerou-se essa exceção feita a apenas alguns Estados uma discriminação injustificável entre os *exporting countries*.

De uma observação do *Report*, verifica-se que se cuidou em aplicar um “teste da

⁷⁵ *United States – Imports of certain automotive spring assemblies, Panel Report, (Canada v. USA, L/5333-30S/107, 26 May 1983.*

necessidade” conjugado com um “teste da discriminação injustificável”, aumentando, assim, a dificuldade de se adotar políticas públicas unilaterais de proteção ambiental, quando o bem a ser protegido ultrapassa as fronteiras do Estado. Vê-se, claramente, que o critério adotado para determinar o caráter injustificável da discriminação é a flexibilidade no processo de implementação da medida. Assim, verifica-se que o esforço para negociar um tratado foi considerado como necessário à interpretação do termo “injustificável”. Percebe-se um excesso de divagação hermenêutica.

Em seguida, nesse caso em análise, o Órgão de Apelação passou a questionar se a medida norte-americana era também arbitrária, quando se concluiu de maneira positiva. Por entenderem-na como discriminação arbitrária e injustificável, consideraram desnecessária a investigação acerca de ser ou não a medida “restrição disfarçada ao comércio internacional”.

Amaral Júnior (2011, p. 227) considera digna de nota a postura do Órgão de Apelação no Caso *US Shrimp*, que considerou ser o caput do Art. XX uma manifestação do princípio da boa fé, numa tentativa de se coibir abusos de direito. Trata-se da primeira vez em que a teoria do abuso do direito, já consagrada no restante do Direito Internacional, é levantada dentro da OMC. Segundo ele, “o uso inadequado das exceções configura abuso ao violar o princípio da boa-fé e romper o equilíbrio entre direitos e obrigações assegurado pelos acordos da OMC”.

GALAN (2006) realizou estudo comparativo acerca de cinco casos, nos quais foram interpretadas as expressões *arbitrary and unjustifiable discrimination*. Conclui, em seus estudos que, dos cinco casos analisados, três consideraram a medida contrária ao *chapeau* e apenas dois outros entenderam ser a medida concordante com a regra. Em suas considerações, expressa que:

We deduce that when a measure is taken in respect of all members, it is not considered “arbitrary discrimination” or “unjustifiable discrimination” (as in the United States – Canadian Tuna and United States – Spring Assemblies cases). We could also conclude that a domestic measure must impose requirements on both domestic and foreign producers so as not to be considered “arbitrary or unjustifiable discrimination” (United States – Gasoline); and a measure will be “arbitrary discrimination” if it discriminates between products from countries where the same conditions prevail (US Tuna-Dolphin). In the same way, if you impose a ban on some members, the fact that you negotiate with others a less restrictive measure is considered “arbitrary discrimination” (US Shrimps-Turtles). In addition, we conclude that the term “disguised restriction” of trade has been the most obscure one as far as interpretation is concerned. As we stressed before, the AB did not discuss its meaning in the Shrimps-Turtle Report. As well, in the EC-Asbestos case, the Panel indicated that the measure at stake was not in conflict with the chapeau of art. XX GATT. There was not an arbitrary or unjustifiable

discrimination because the domestic measure analyzed in this case could not lead to conclude any protectionist effect. It was also concluded that if the application of the measure is found to be discriminatory, it still remains to be seen whether it is arbitrary and/or unjustifiable between countries where the same conditions prevail. Therefore, the determination of unjustifiable discrimination of a measure will be dealt with separately from its arbitrariness(GALAN, 2006, p. 190)⁷⁶.

No Caso *Brazil Retreated Tyres*, o Órgão de Apelação, contrariando posição do Painel, considerou a política brasileira de permissão das importações de pneus usados para os países do Mercosul, enquanto mantinha a proibição para os demais países, como uma discriminação arbitrária e injustificável.

Quanto à expressão *disguised restriction*, foram estabelecidos três critérios pelos Painéis e pelo Órgão de Apelação (GALAN, 2006, p. 191). Primeiro, deve-se considerar o “teste da publicidade”. Segundo, deve-se verificar se a aplicação da medida também consiste em discriminação arbitrária e injustificável. Por fim, deve-se examinar o design, a arquitetura e a estrutura reveladora da medida questionada⁷⁷.

Amaral Júnior (2011, p. 227) salienta que a interpretação restritiva que tem sido feita pelo Órgão de Apelação não é decorrente do Art. XX do GATT ou da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Em suas palavras, “o artigo XX confere aos membros da OMC direitos específicos, cuja interpretação deve seguir os mesmos cânones que balizam a hermenêutica dos demais acordos que compõem o sistema multilateral de comércio”.

Na ordem internacional, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, é, por excelência, o texto autorizado de hermenêutica jurídica dos tratados internacionais. Estabelece, na Seção 3, regras gerais de interpretação dos tratados. No Art. 31 (1) dispõe que um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum

⁷⁶ Deduzimos que quando uma medida é tomada em relação a todos os membros, não é considerada “discriminação arbitrária” ou “discriminação injustificável” (como nos casos US-Canadian Tuna e US-Spring Assemblies). Também podemos concluir que uma medida doméstica deve impor exigências tanto aos fornecedores do mercado doméstico como aos fornecedores do mercado internacional para não ser considerada discriminação arbitrária e injustificável (US Gasoline). Uma medida será discriminação arbitrária se discriminar entre produtos de países onde as mesmas condições prevaleçam (US Tuna Dolphin). Da mesma maneira, se a medida impuser um embargo para alguns membros, o fato de ter-se tentado negociar com outros medidas menos restritivas será também considerada “discriminação arbitrária” (US Shrimps-Turtles). Em suma, concluímos que o termo “restrição disfarçada” do comércio tem sido mais o mais obscuro de todos em termos de interpretação. Conforme enfatizamos antes, o AB não discutiu seu significado no Relatório do Caso US Shrimps-Turtle. Assim também, no Caso EC-Asbestos, o Painel indicou que a medida em questão não estava em conflito com o caput do art. XX do GATT. Não havia discriminação arbitrária ou injustificável porque a medida doméstica analisada nesse caso não pode levar-nos a concluir que há qualquer efeito protecionista. Também foi concluído que se a aplicação da medida é tida por discriminatória, ainda deve-se olhar se é arbitrária e/ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem. Portanto, a determinação discriminação injustificável de uma medida será analisada de maneira separada de sua arbitrariedade (tradução livre).

⁷⁷ World Trade Organization, Note by the Secretariat 8 March 2002, GATT/WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT Article XX, paragraphs (b), (d) and (g), WT/CTE/203, para. 79.

atribuível aos seus termos, dentro de seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. O Art. 31 (2) esclarece que, para fins hermenêuticos, o contexto compreenderá, além do texto, o preâmbulo e os anexos. Deve-se levar em consideração qualquer acordo relativo ao tratado, feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado, como também qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado, desde que tenha sido aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. O Art. 31 (3) prescreve que devem ser levados em consideração junto ao contexto: a) acordos posteriores entres as partes, relativos à interpretação do tratado ou de suas disposições; b) práticas posteriores ao tratado, onde fiquem estabelecidas regras relativas a sua interpretação; c) regras de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. E, por fim, dentro do Art. 31, o parágrafo 4º dispõe que um termo só será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

De todo o exposto acima, constata-se que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC não tem seguido as orientações imperativas da Convenção de Viena de 1969. Tem dado sentido especial à interpretação do *chapeau* do Art. XX, bem como de suas alíneas, de maneira corriqueira, sem que essa tenha sido a intenção das partes. Poucos foram os casos – insta mencionar *EC Asbestos* e *US Shrimp*, como exceções – em que regras de Direito Internacional geral aplicáveis às relações entre as partes foram observadas junto ao contexto do tratado. Em alguns casos, como no *US Shrimp*, o Órgão de Apelação expressamente invoca a Convenção de Viena de 1969 para refutar interpretações anteriores feitas pelo Painel, mas a Convenção é deixada de lado no momento decisivo e se esquece de observar o sentido comum atribuível aos termos do GATT.

Toda essa interpretação restritiva do Art. XX, bem como a inobservância das regras de hermenêutica jurídica expressas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tem levado o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a interferir demasiadamente na soberania dos Estados, retirando-lhes um *policy space* que lhes foi garantido no próprio texto do GATT, conforme se verifica de uma simples leitura do caput do Art. XX e de suas alíneas. Se fossem dados aos termos do GATT o sentido comum que expressam, se fosse levado em consideração o princípio da boa fé, o objetivo e a finalidade do tratado, muito mais campo de atuação teria sido reconhecido aos Estados nos diversos litígios havidos, sem que isso representasse abuso do uso das exceções.

No Caso *Brazil- Retreated Tyres*, tanto o Painel como o Órgão de Apelação parecem ter chegado à conclusão de que precisavam respeitar esse *policy space* do Estado brasileiro. Contudo, o Órgão de Apelação continuou insistindo numa aplicação do “teste da

necessidade” de maneira diversa da que determina a Convenção de 1969. Por mais que essa decisão tenha sido muito mais “a favor de políticas públicas” do que as anteriores, continua inadequada a forma de interpretação que tem sido feita dos artigos do GATT, por não observarem as regras superiores de interpretação de tratados determinadas pela Convenção de Viena. Trata-se de um ativismo hermenêutico exacerbado e nem sempre coerente, o que deixa uma margem de insegurança jurídica muito grande.

3.5.4. O GATT e bens ambientais

Nos termos do Art. 31da Declaração de Doha, de 2002, os Estados são conclamados a fazer redução e/ou eliminação às barreiras de bens ambientais.

Segundo estudo desenvolvido no *International Centre for Trade and Sustainable Development* – ICTSD, publicado em 2007, uma das maiores dificuldades nas negociações de redução e eliminação de barreiras a bens ambientais são as assimetrias existentes entre os Membros da OMC. O maior mercado é, certamente, para os Estados mais desenvolvidos (CLARO et al., 2007).

O Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC, em 2008, convidou os Estados a fazerem submissões que pudessem definir o universo de bens ambientais, a fim de facilitar as negociações. As listas preparadas não são harmônicas, pois não há um só produto listado que seja comum a todas as listas apresentadas pelos países, o que dificulta consideravelmente as negociações (BALINEAU; MELLO, 2011, p. 9).

Como não há, no âmbito da OMC, ainda hoje, uma definição centralizadora do que seriam bens ambientais, toma-se a definição generalizada fornecida pela OCDE. Nesta, bens ambientais são subdivididos em duas subcategorias, a saber: *Goods for Environmental Management* (GEM) e *Environmentally Preferable Products* (EPPs). Na subcategoria GEM, são definidos aqueles que reduzem o risco ambiental e minimizam a poluição e o uso de recursos. Na subcategoria EPPs, são definidos aqueles que produzem menos danos ambientais, quer seja no seu processo produtivo, quer seja no seu uso ou descarte⁷⁸.

Os EPPs foram definidos, pela primeira vez, na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), havida em 1995, como produtos que causam menos danos ambientais em seu “ciclo de vida”, comparados com outros produtos, ou cuja produção e venda significativamente contribuem para a preservação ambiental. A

⁷⁸ OECD/Eurostat, *The Environmental Goods and Services Industry: Manual on Data Collection and Analysis*, OECD, Paris, 1999, p. 9.

OCDE tornou o conceito de EPPs mais objetivo.

Tomando essa subcategorização, nas negociações da OMC, produtos GEM e produtos EPPs enfrentam diferentes problemas. Problemas relacionados a múltiplas finalidades e usos são exclusivos de produtos GEM. Por outro lado, problemas relacionados a relativismo, características finais do produto e “produtos semelhantes” (*likeness*, nos termos dos Painéis e do Órgão de Apelação da OMC) são próprios dos produtos EPPs. Há também os problemas que são comuns a essas duas subcategorias – são aqueles relacionados a produtos agrícolas e os que não se enquadram na lista de nomenclatura usada pela OMC.

Quanto aos problemas relacionados a múltiplas finalidades, próprios dos produtos GEM (a exemplo de tubos e canos, que são usados, ambos, tanto para serviços de fornecimento de água como para serviços de fornecimento de gás), há discordância entre os países e muitos reclamam que devem focar apenas produtos que tenham finalidade exclusivamente ambiental. Contudo, a grande dificuldade reside no fato de que o *Harmonized Commodity Code System (HS)*, usado pela OMC, não se baseia no *end-use* do produto (BALINEAU; MELLO, 2011, p. 4).

O problema relacionado ao relativismo, próprio de EPPs, sugere que não há critério pré-determinado para dizer o que é um produto “ambientalmente correto”. Muitas vezes esse problema se deve à questão da verificação do processo de produção do produto, que também remonta à questão da insuficiente informação tecnológica para se identificar uma “produção ambientalmente correta”. Um exemplo sempre mencionado acerca dessa problemática é o uso de biocombustíveis, tais como o etanol, e seus impactos positivos (menos emissão de CO₂) e negativos (questões relacionadas à sua produção e lavoura dos produtos primários) para o meio ambiente (BALINEAU; MELLO, 2011).

Outra questão polêmica quanto a EPPs, relaciona-se às características finais do produto. Muitos países têm evitado identificar um produto de acordo com o seu processo produtivo, uma vez que muitos produtos semelhantes têm processos produtivos diferentes. Como observam Balineau e Mello (2011, p. 07), EPPs diferenciam-se, principalmente, em características não exteriorizadas, que incluem não apenas produtos diferenciados pelo seu meio de produção como também produtos que consomem menos energia em seu processo produtivo. Assim, poder-se-ia argumentar que as negociações em torno da liberalização de produtos ambientais da subcategoria EPPs dependeriam de uma standardização internacional, bem como de um processo de certificação padronizado internacionalmente.

A verificação do processo de produção de um produto esbarra em alguns

entendimentos da OMC. O Órgão de Apelação e os Painéis da OMC têm, em alguns casos, afastado a diferença entre produtos com base na técnica usada para sua produção, para efeitos não discriminatórios (*US Shrimp Case*). Por outro lado, conforme entendimento do Órgão de Apelação no Caso *EC Asbestos*, a “semelhança” entre produtos deve ser analisada caso a caso e, dessa forma, madeira de floresta natural poderia ser considerada produto diferente de madeira de reflorestamento.

Nessa temática *likeness*, as questões são bastante complexas, uma vez que há a preocupação de que a liberalização do comércio de bens ambientais poderia trazer a discriminação em relação a produtos semelhantes, não enquadrados como ambientais. Isso se daria principalmente no campo de mercadorias que pudessem ser distinguidas pelo seu processo de produção, mas que seriam, nas características finais, produtos semelhantes ou mesmo idênticos. Uma proposta feita pela União Europeia e pela Suíça sugere que *product-related PPMs* (produtos que têm um meio de produção ambientalmente correto e que também tem um descarte/uso final mais ambientalmente correto que os demais) deveriam ser considerados nas discussões. Para esse efeito, o Peru sugeriu os produtos orgânicos. Nesse caso, a dificuldade seria provar que uma produção orgânica seria, de fato, *product-related* (BALINEAU; MELLO, 2011, p. 8). Há ainda grandes incertezas científicas quanto a isso.

Muitos Estados têm reclamado, na Rodada Doha, a inclusão de produtos agrícolas, de forma geral, como bens ambientais. O Brasil, por exemplo, traz a proposta da inclusão de biocombustíveis⁷⁹. Não há, ainda, uma manifestação consolidada do Comitê de Agricultura da OMC a esse respeito, mas, pelo andamento da Rodada Doha, essa é uma discussão que poderá, ainda, se estender por muitos anos.

3.6. Outros tratados comerciais e o desenvolvimento sustentável

Não foi apenas o GATT que expressou, no sistema da OMC, essa defesa de proteção ambiental que permeou a década de 90. Outros acordos comerciais também absorveram a noção de desenvolvimento sustentável constante do Preâmbulo do Acordo de Marrakesh.

O Acordo sobre Barreiras Técnicas (*Technical Barriers to Trade – TBT*), negociado durante a Rodada Tóquio, colocou entre os seus objetivos a proteção ambiental (Art. 2 (2)),

⁷⁹ WTO, JOB/TE/6, 1 July 2010.

ao mesmo tempo em que proibiu o uso de medidas técnicas de cunho ambiental que tivessem como escopo criar barreiras ao livre comércio. Durante a Rodada do Uruguai, contudo, o TBT teve grande repercussão, dada a necessidade de se criar *standards* que fossem considerados comuns aos diversos países e que não constituíssem, *per se*, potenciais barreiras ao comércio. O *Standards Code*, antecessor do TBT no sistema comercial internacional, fruto da Rodada Tóquio, de 1979, já proibía a adoção de *standards* considerados práticas comerciais distorcidas mais restritivas do que o necessário, mas admitia a adoção de regras para a proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal e do meio ambiente. Não teve sucesso, contudo, dada a proliferação de *standards* entre os países, em especial no setor agrícola, uma vez que ainda não eram obrigados pela cláusula do *single undertaking*⁸⁰, que foi adoção da Rodada Uruguai. Nesta Rodada, como vontade manifestada de se lidar com essa deficiência do *Standards Code*, foram criados o TBT e o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS*).

O TBT é mais abrangente e inclui normas técnicas relacionadas a todos os produtos que circulam nos países signatários. No Art. 1 (5), contudo, fica expresso que sua abrangência não inclui as medidas dispostas no SPS. Assim, o TBT cobre regulamentos técnicos relacionados a características do bem e métodos de produção ou ao processo de verificação de conformidade. No Art. 2 (4), prevê a possibilidade de adoção pelos Estados signatários das normas técnicas internacionais já existentes, a exemplo das normas criadas pela *International Standards Organization (ISO)*, desde que se comprove a eficácia destas aos objetivos legítimos perseguidos.

O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS*), em seu preâmbulo, destaca as expressões consagradas no Art. XX do GATT, reafirmando que nenhum Estado deve ser impedido de adotar ou aplicar medidas necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal ou vegetal, desde que tais medidas não sejam aplicadas de modo a constituir discriminação arbitrária ou injustificável entre Membros em situações em que prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição velada ao comércio internacional. Destaca, também, o desejo de promover uma melhora na saúde humana, na saúde animal e na situação sanitária no território de todos os Membros.

O Art. 3º do SPS prevê que os Estados, com vistas a uma harmonização das

⁸⁰ Por essa cláusula, os países ajustaram seus compromissos, declarando que, ao se tornarem membros da OMC, aceitavam todo o pacote de acordos multilaterais negociados na Rodada Uruguai, sem poder haver reservas, diferentemente da política de *GATT a la carte* adotada anteriormente.

medidas sanitárias e fitossanitárias, poderão basear suas medidas domésticas em normas, guias e recomendações internacionais, quando não houver outra previsão expressa no Acordo.

Diferentemente do GATT de 1994, o Art. 3º (2) do SPS traz uma presunção de conformidade da medida adotada pelo Estado com as normas da OMC. Sempre que a norma observar *standards* internacionais será presumida necessária à proteção da vida e saúde humana, vegetal ou animal e será considerada compatível com as disposições do GATT de 1994 e do próprio SPS.

A norma mais inovadora do SPS, contudo, é a disposta no Art. 3º (3), onde fica expressamente autorizado aos Estados introduzir ou manter medidas sanitárias ou fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção que o adotado pelas normas internacionais, desde que haja uma justificação científica. Trata-se de tomar como base os avanços da ciência como presunção de validade de uma norma. Se ficar cientificamente provada a necessidade da norma para a proteção da vida e saúde humana, animal ou vegetal, essa medida sequer precisa seguir os *standards* internacionais ou o próprio SPS.

Curiosamente, não é exigido no acordo que haja uma opinião majoritária da ciência nesse sentido. A medida pode, portanto, ser baseada em posição científica não necessariamente majoritária, mas que comprove sua necessidade para os fins a que se propõe. Essa foi a posição do Órgão de Apelação, no Caso *EC Hormones*, onde numa posição vanguardista, a interpretação dessa norma do SPS foi assim identificada:

(...) The risk assessment could set out both the prevailing view representing the “mainstream” of scientific opinion, as well as the opinions of scientists taking a divergent view. Article 5.1 does not require that the risk assessment must necessarily embody only the view of a majority of the relevant scientific community. In some cases, the very existence of divergent views presented by qualified scientists who have investigated the particular issue at hand may indicate a state of scientific uncertainty. Sometimes the divergence may indicate a roughly equal balance of scientific opinion, which may itself be a form of scientific uncertainty. (...) ⁸¹

A propósito, o Art. 5º do SPS prevê a necessidade de uma avaliação adequada dos riscos para a saúde humana, animal e vegetal. Seu parágrafo 7º prevê a possibilidade de

⁸¹ A avaliação de risco poderia se basear tanto na visão majoritária que representa a corrente principal da opinião científica, como também nas opiniões de cientistas que tomaram posições diferentes. O Art. 5.1 não requer que o risco de avaliação seja necessariamente a visão da maior parte da comunidade científica. Em alguns casos, a simples existência de posições divergentes por cientistas qualificados que desenvolvem pesquisa sobre um assunto específico pode indicar um estado de incerteza científica. Às vezes, a divergência pode indicar um precário princípio de equilíbrio e igualdade nas opiniões científicas, o que pode, por si mesmo, pode ser uma incerteza científica (tradução livre). *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – WT/DS26/AB/R*, 1998.

adoção de medidas provisórias sempre que a evidência científica for insuficiente, mas a medida for baseada em informação pertinente. Dessa última expressão, pode-se compreender posição científica ou técnica não majoritárias ou não consolidadas, mas que tenham credibilidade, tanto provenientes de outras organizações internacionais como de outros Estados da OMC.

É notória a posição desse Art. 5º (7) quanto ao princípio da precaução que, hoje, norteia o Direito Internacional do Meio Ambiente. No entanto, nesse *Caso EC Hormones*, o Órgão de Apelação preferiu não tomar posição expressa a favor do princípio da precaução. Reconheceu a afirmação desse princípio no Art. 5º (7), mas entendeu que essa disposição não exclui o dever de aplicar e observar os princípios do Direito Internacional costumeiro na interpretação do SPS.

Há, no entanto, conforme observa Amaral Junior (2011, p. 175), a necessidade de haver uma relação objetiva entre a medida e a evidência científica, que deve ser determinada em cada caso, em função das circunstâncias concretas. Essa foi a conclusão à qual chegou o painel na disputa *Japan-Varietals*⁸².

O Acordo sobre Agricultura (AsA), de 1994, em seu preâmbulo, chama a atenção para preocupações não comerciais que devem ser levadas em consideração, dentre elas, a segurança alimentar e a necessidade de proteger o meio ambiente. Fora essa menção à proteção ambiental no preâmbulo, o AsA sugere, no Art. 20, que futuras negociações levarão em conta valores não comerciais, conforme especificados no preâmbulo (alínea c).

O Anexo 2 do AsA, no art. 2º (a) e (g), prevê a possibilidade de exceções aos compromissos de redução tarifária sobre os produtos agrícolas se consideradas em razão de políticas públicas adotadas em função de “pesquisas conjugadas com programas ambientais” ou em função de políticas que considerem questões de estrutura de abastecimento de água e outras estruturas relacionadas a programas ambientais. Ainda no Anexo 2, parágrafo 12, há previsão para a possibilidade de serem feitos pagamentos diretos aos produtores de produtos agrícolas sempre que se puder provar que essa política faz parte de um programa de proteção ambiental.

No Anexo 5 do AsA, dá-se um “tratamento especial” a “produtos agrícolas primários” e seus derivados, isentando-os da aplicação do Art. 4º (2), desde que marcados como “ST-Annex 5”, por razões de conformidade com políticas não comerciais, tais como segurança alimentar e proteção ambiental.

⁸² Japan- Measures Affecting Agricultural Products: Report of the Panel. WT/DS76/R, 27 1998.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), também negociado na Rodada Uruguai, tem exercido influência sobre a proteção do meio ambiente. Muitos países têm concedido subsídios a determinados setores industriais, com justificativas ambientais. Contudo, há o risco do uso indevido dos subsídios, de efeitos mascarados, cuja real intenção é protecionista, contrariando a liberalização comercial da OMC. No âmbito do ASMC, os subsídios são classificados como proibidos, recorríveis e irrecorríveis.

São proibidos os subsídios vinculados ao desempenho exportador e aqueles que estimulam o uso de produtos nacionais em detrimento de importados, exceto o previsto no Acordo sobre Agricultura (Art. 3º). São recorríveis os subsídios que ocasionam dano à indústria de outro Membro da OMC, que anulam vantagens já estabelecidas no GATT de 1994 ou que causem graves prejuízos (Arts. 5º e 6º). São irrecorríveis, além dos que não são considerados específicos ou justificados nos termos do Art. 8º (1), aqueles que conferem assistência à pesquisa (realizada por empresa ou instituição de ensino ou de pesquisa, nos termos do Art. 8(2) (a)), assistência a determinada região de um país membro que esteja economicamente desfavorecida (Art. 8 (2) (b)), ou aquele que preste auxílio na promoção de instalações necessárias na indústria ou setor industrial em razão de novas exigências ambientais (Art. 8 (2) (c)).

Conforme ensina Amaral Junior (2011, p. 164), tem-se, informalmente, considerado a aplicação do Art. 8º como suspensa, temporariamente, pela ausência de revisão após cinco anos da entrada em vigor do ASMC (previsão do Art. 31). Contudo, na ausência de revisão, pode-se entender que o texto permanece inalterado e a norma criada permanece em vigor.

O Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), também negociado na Rodada Uruguai, no Art. 8º, abre a possibilidade de os Estados adotarem medidas intencionadas a proteger a nutrição e a saúde pública e a promover interesses públicos de importância vital para o seu desenvolvimento econômico e tecnológico. Essas medidas seriam restrições permitidas aos direitos de propriedade intelectual.

No Art. 27, o TRIPS discorre sobre o direito de patentes. No Art. 27 (1), lê-se, expressamente, que qualquer invenção, de produto ou processo, poderá ser patenteada, bastando que se prove sua novidade, inventividade e aplicabilidade industrial. No parágrafo (2), exclui da patenteabilidade invenções consideradas necessárias para a proteção da vida ou saúde humana, vegetal ou animal e do meio ambiente. No parágrafo (3), abre-se a possibilidade de os Estados excluírem da patenteabilidade: a) métodos diagnósticos, terapêuticos ou cirúrgicos para o tratamento de seres humanos e animais; e b)

plantas e animais (não microrganismos), bem como processos essencialmente biológicos para produção de plantas e animais. Não exclui, contudo, a patenteabilidade ou outro método *sui generis* de variedades de plantas.

Observe-se que não há uma proibição quanto à patenteabilidade de seres vivos, no TRIPS. Essa excessiva liberdade deixada aos Estados tem incomodado a sociedade internacional e tem gerado polêmica na interpretação do seu texto (AMARAL JUNIOR, 2011). Contudo, em que pesem críticas às expressões utilizadas nesse Art. 27 e suas interpretações, para o escopo da presente pesquisa, não se pode ignorar a importância que a inclusão dessa possibilidade ventilada no parágrafo (3) tem para uma advocacia “pró-meio ambiente” no âmbito comercial.

O Art. 31 do TRIPS prevê o instituto da licença compulsória para a exploração de patentes, ou seja, a possibilidade de exploração da invenção sem autorização do seu titular, em casos excepcionais, dentre elas, a subordinação a um interesse público ou ao abuso do poder de monopólio da patente. Neste caso, acomodar-se-iam, também, interesses de proteção da vida e saúde humana, vegetal ou animal e do meio ambiente.

O TRIPS também não protege o conhecimento tradicional de comunidades locais e indígenas. Provados a novidade, a inventividade e a aplicabilidade industrial, o conhecimento poderia ser patenteado, nos termos do Art. 27. O TRIPS não exclui o conhecimento coletivo de seu âmbito protetivo e requer o devido sigilo do conhecimento para amparar sua proteção. Essa excessiva liberdade de seu texto entraria em choque com os dispositivos da CDB, já abordados em outro subtópico, nesse mesmo capítulo. A CDB, conforme já se abordou acima, expressamente protege o chamado conhecimento tradicional.

Uma interpretação restritiva aos direitos de propriedade intelectual foi, contudo, tomada na Declaração de Doha. Nesta, deu-se à proteção da saúde pública, numa promoção ao acesso de remédios para doenças graves, bem como ao desenvolvimento de novos medicamentos, em detrimento da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Como bem observou Amaral Junior (2011, p. 264), a Declaração de Doha permitiu aos Membros da OMC utilizarem toda a flexibilidade do TRIPS na promoção da saúde pública, bem como as regras costumeiras de Direito Internacional. Nessa linha, deve ser interpretado, por exemplo, o Art. 27 (2) do TRIPS, à luz do princípio da precaução. Assim, a patente não seria concedida a invenções que pudessem causar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente, bastando demonstrar a probabilidade do dano.

Outro acordo, no âmbito da OMC, que merece destaque e que tem grande

importância para o desenvolvimento da presente pesquisa é o GATS. Dada toda a discussão existente em torno da questão dos serviços ambientais, trabalhar-se-ão, em seguida, alguns dos principais aspectos desse acordo em relação à defesa de um desenvolvimento sustentável.

3.7. O GATS e o desenvolvimento sustentável

O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), também negociado na Rodada Uruguai, juntamente com o GATT, é um dos principais documentos de análise para o escopo da presente pesquisa. Discute-se no âmbito de suas negociações, a polêmica questão dos serviços ambientais. Para uma melhor compreensão do tema, far-se-á uma abordagem, primeiramente, acerca das regras gerais desenvolvidas no GATS e, na sequência, trabalhar-se-á a preocupação com o respeito ao *policy space* dos Estados e a questão dos serviços ambientais.

3.7.1. Regras gerais no GATS

O GATS foi negociado em plena Rodada Uruguai, sendo finalizado ao final desta, em 1995. Portanto, nasceu em um contexto neoliberal, onde a integração de mercados e a vislumbrada eliminação de barreiras ao livre comércio significavam a “ordem do dia”. Seu objetivo, portanto, seria o da liberalização, estando quaisquer outros objetivos relegados à condição de exceções. Contudo, ainda que esta tenha realmente sido a intenção inicial da redação do GATS, o cenário político e econômico do início do século XXI tem reclamado uma interpretação distinta de seu texto. É dentro desse novo cenário que é compreendida a análise que se segue.

O GATS foi construído no formato de Acordo-Quadro, com o estabelecimento de diretrizes, normas conceituais e principiológicas, trazendo uma certa ambiguidade e dispositivos propositadamente vagos (CELLI JUNIOR, 2009, p. 80). Porém, é exatamente nessa vagueza normativa e objetivos não muito bem delineados que se tem interpretado uma maior flexibilidade para a implementação de políticas públicas necessárias nos distintos Estados.

Uma vez que os ideais do liberalismo econômico exigiam cada vez mais a não intervenção do Estado na economia, os processos de desregulamentação e privatização foram amplamente incentivados na segunda metade do século XX e, em especial, na última década deste.

Por desregulamentação, compreende-se não apenas a diminuição de regras e normas, mas também a substituição destas por outras menos intervencionistas. Por sua vez, a privatização poderia implicar tanto a transferência de um serviço público como a transferência da propriedade pública para o setor privado. Celli Junior (2009, p. 78) explica que nem sempre a redução de regras e normas propicia uma maior abertura de mercado ou criação de mercado competitivo; nem sua abolição significaria o estabelecimento de concorrência efetiva, principalmente numa situação de privatização. Pode ocorrer exatamente o inverso em setores de serviços essenciais, gerando desigualdades sociais em razão da alta dos preços e consequente inacessibilidade por parte da camada mais pobre da população. Portanto, tanto no processo de desregulamentação como no processo de privatização, a eficácia da liberalização político-econômica vai depender tanto de medidas que assegurem a concorrência como de medidas voltadas para a acessibilidade universal dos chamados serviços essenciais.

Um importante instrumento de desenvolvimento é a intervenção estatal via regulação, em matéria de serviços, da mesma forma como o foi em matéria de bens. É necessário permitir aos Estados a implantação de políticas de desenvolvimento, sem afastar o setor privado, passíveis de criar um ambiente saudável de concorrência, de maneira a assegurar a redistribuição de renda e o acesso universal aos considerados serviços essenciais - e.g. abastecimento de água e saneamento básico, iluminação e outros.

Celli Junior (2009, p. 82) entende que o GATS pode ser interpretado à luz dos direitos humanos, de maneira tal que o acesso aos serviços considerados essenciais seja visto de forma compatível com a defesa de direitos fundamentais econômicos e sociais. No limiar do século XXI, o GATS não pode ser interpretado como restrição à capacidade e responsabilidade dos distintos Estados em promover os direitos humanos em seus territórios.

Assim é que o preâmbulo do GATS prevê que a liberalização no comércio de serviços deve ser progressiva, respeitando o poder regulador dos Estados, para que possam atingir os objetivos das políticas nacionais, levando-se em consideração as assimetrias existentes em relação ao grau de desenvolvimento do setor de serviços dos Estados.

Em regra, no GATS, os Estados não têm de assumir compromissos específicos mínimos, podendo fazê-lo ou não e, quando o fazem, utilizam o mecanismo da solicitação-oferta, com o oferecimento de concessões em negociações bilaterais. Daí a extrema importância que tem a questão da transparência da regulação doméstica.

No GATT, há proibição expressa, no artigo XI, da adoção de medidas que sejam

consideradas restrições quantitativas ao comércio internacional. Há proibição expressa também quanto à discriminação de produtos importados em território nacional (trata-se do princípio do tratamento nacional, conforme previsto no art. III). Diferentemente do GATT, essas proibições estão previstas, no GATS, nas listas de compromissos dos diversos Estados, mas não necessariamente constam de maneira idêntica. Ao contrário, esses compromissos podem ser assumidos de maneira totalmente desvinculada do princípio da reciprocidade. O tratamento nacional exigido no GATS só é aplicável aos setores especificados nas listas positivas inscritas pelos próprios Estados. Essa é uma das facetas da flexibilidade do comércio de serviços na OMC.

Ao contrário do GATT, cujas normas são aplicadas a todos os tipos de produtos envolvidos no comércio internacional (*top down negotiation*), no GATS, verifica-se a aplicação de suas normas apenas aos setores negociados, expressamente incluídos nas listas positivas de compromissos dos Estados (*bottom up negotiation*)⁸³. Assim, são os próprios Estados que definem que setores serão liberalizados. Ademais, não fica estabelecida no Acordo uma obrigação de acesso a mercado. Conforme se depreende de uma leitura do Art. XVI do GATS, os Estados devem apenas conceder aos serviços e prestadores de serviços de outros Estados tratamento não menos favorável que aquele previsto em sua própria lista de compromissos. É assim que Celli Junior (2009, p. 96) conclui que os compromissos de acesso a mercados e de tratamento nacional são a espinha dorsal das negociações do comércio de serviços, compreendendo apenas um tratamento mínimo, apesar de vinculativo, manifestando a ampla flexibilidade do GATS.

O princípio da isonomia, conforme expresso no tratamento de nação mais favorecida (tratamento MFN ou princípio da isonomia, disposto no art. I do GATT e no art. II do GATS) é regra geral, devendo, no GATS, ser aplicada a todos os tipos modais e setores. Contudo, os Estados poderiam, durante as negociações da Rodada Uruguai, isentar alguns tratamentos preferenciais do princípio geral da isonomia, bastando, para isso, que os fizesse incluir nas listas do Anexo sobre Isenções ao Art. II, ficando, assim, a regra geral mitigada. Essas listas, que deveriam ser provisórias (nos termos do art. 6º do Anexo), acabaram por se perpetuar, estando ainda em vigor. Essa é, pois, outra faceta de flexibilidade do GATS.

Na estrutura do GATS, não há definição de “serviços”. O texto do acordo prevê quatro modos de prestação de serviços, a saber: I – *Cross-border supply* (prestação

⁸³ Vide formação dessas listas de compromissos em CELLI JR, 2009, p. 95-101.

transfronteiriça); II – *Consumption abroad* (Consumo no exterior); III – *Commercial presence* (presença comercial); e IV – *Presence of natural persons* (presença de pessoas físicas).

Assim, Celli Junior (2009, p. 88) explica que essa divisão do comércio de serviços em tipos modais e a interpretação da expressão “afetar” no art. I (1) e (3) (a) - onde se lê que o GATS aplica-se a todas as medidas que afetem o comércio de serviços - fazem com que a grande maioria das medidas governamentais tendentes ao desenvolvimento de políticas públicas incluam-se nesse âmbito de cobertura do Acordo.

No Caso *EC Bananas* ⁸⁴(WTO/DS27, 1998), o Órgão de Apelação da OMC , ao interpretar o GATS, entendeu que nada havia em seus dispositivos que sugerissem uma interpretação restritiva de sua aplicação. Em outras palavras, as distintas medidas governamentais adotadas pelos diversos Estados poderiam, sim, afetar o comércio de serviços.

Por outro lado, o Art. I (3) (b) do GATS exclui, expressamente, do seu âmbito de aplicação os serviços prestados no exercício da autoridade governamental, ou seja, serviços que não tenham base comercial com o objetivo de lucro e que não seja prestado em concorrência com outros prestadores de serviço, conforme o disposto no Art. I (3) (c).

3.7.2. Acomodação de *policy space* dos Estados no GATS

Há, ainda, algumas exceções gerais e de segurança previstas no GATS, nos artigos XIV e XIV bis, pelos quais os Estados podem deixar de cumprir com as obrigações do Acordo para a efetivação de políticas públicas nacionais, desde que não constituam discriminação arbitrária ou injustificável entre os Membros onde as mesmas condições prevaleçam, ou desde que não representem restrição disfarçada ao comércio internacional de serviços. Essa é outra faceta de flexibilidade do Acordo, inspirada e bastante semelhante, como se observa, àquela prevista no art. XX do GATT.

O Art. XIV do GATS teve a oportunidade de ser analisado no Caso *US-Gambling*, no qual tanto o Painel como o Órgão de Apelação utilizaram princípios desenvolvidos na hermenêutica do art. XX do GATT⁸⁵. Não é de se estranhar que isso tenha acontecido. Há um paralelismo entre os preâmbulos do Art. XX do GATT e do Art. XIV do GATS. As

⁸⁴ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 25 September 1997.

⁸⁵ *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Antigua e Barbuda v. EUA)*, AB Report – WT/DS285/AB/R, 7 April 2005; Panel Report – WT/DS285/R, 10 November 2004.

expressões são idênticas. Além disso, não há jurisprudência que interprete, de maneira específica, o *chapeau* do Art. XIV do GATS. Assim, a interpretação que se dá ao caput do artigo XX do GATT é estendida ao art. XIV do GATS.

Para Galan (2006), a intenção dessa repetição de palavras no GATT, no GATS e em outros acordos da OMC é evitar o abuso das exceções. Em suas palavras:

“(...) the object and purpose of art. XIV GATS could be the same as the one of art. XX GATT due to the identical wording of both provisions. We understand that the object and purpose is the prevention of abuse and that prevention of abuse involves the maintenance of a balance. The balance between the right of one member country to invoke the exceptions and the respect due to the rights of the other members” (GALAN, 2006, p. 196)⁸⁶.

Contudo, ainda que a intenção inicial dessas palavras colocadas tanto dentro do GATT como dentro do GATS seja evitar o abuso das exceções, uma interpretação de ambos os Acordos, à luz do Direito Internacional contemporâneo, tira o foco do receio do abuso e o coloca na possibilidade fundamentada do uso das exceções.

Na ausência de compromissos específicos, o GATS impõe apenas obrigações limitadas. A mais significativa delas é a obrigação MFN, que proíbe a discriminação entre os prestadores de serviços. Não há, sob essa obrigação, um dever de abrir o mercado doméstico a fornecedores estrangeiros, mas há um dever de tratar todos os fornecedores de serviços estrangeiros admitidos da mesma maneira, dentro daqueles países que se comprometeram a abrir seus mercados. Cada membro podia apresentar exceções ao compromisso MFN na data de entrada em vigor do GATS. Não houve exceções ambientais apresentadas. Contudo, como observa Cossy (2011, p. 244), quarenta e cinco Estados apresentaram exceções MFN que podem afetar serviços ambientais.

É dessa forma que se advoga, nessa pesquisa, a interpretação do GATS inserido no conjunto sistêmico que é o Direito Internacional, não podendo ser o comércio de serviços, por essa razão, desassociado da proteção dos direitos humanos. Trata-se, pois de defender o *policy space* dos Estados, garantindo-lhes a flexibilidade necessária para o cumprimento de políticas públicas que assegurem a distribuição de renda igualitária e a universalização de serviços essenciais, pautando por um desenvolvimento sustentável. E é também nessa linha que se deve compreender a regulamentação dos serviços ditos ambientais.

⁸⁶ (...) O objeto e propósito do art. XIV do GATS poderia ser o mesmo do Art. XX do GATT, devido a uma identidade de expressões usadas em ambos os artigos. Entendemos que o objeto e propósito dessa previsão é a prevenção do abuso e que esta envolve a manutenção do equilíbrio - o equilíbrio entre o direito de um estado membro de invocar as exceções e o respeito devido aos direitos de outros membros (tradução livre).

3.7.3. GATS e serviços ambientais

A Declaração de Doha, de 2002, também conclama os Estados a fazer redução e/ou eliminação às barreiras de serviços ambientais.

A expressão “serviços ambientais” é bastante complexa, pois pode passar tanto uma conotação “ecológica” como uma conotação “comercial”. É usada por ambientalistas para significar o papel que muitos ecossistemas exercem em nome da sociedade. Para esse sentido, os ambientalistas também usam a expressão “serviços ecológicos” (COSSY, 2011, p. 248).

Essa questão homônima pode levar muitos a uma certa confusão. Tem-se sugerido que os “serviços ambientais” fornecidos pelos ecossistemas deveriam entrar no controle das regras comerciais internacionais da OMC e, assim, países em desenvolvimento deveriam ser “reembolsados” pelos “serviços ambientais” de reserva de carbono prestados aos países mais industrializados, que acabam por poluir mais. A esse respeito, Cossy (2011, p. 249) observa que *[w]hile there is a legitimate question at to what extend and how one could promote ecosystem services and reward countries for maintaining ecosystems providing them, the GATS is not the right place to address these issues*⁸⁷.

Na presente pesquisa, ater-se-á à expressão “serviços ambientais”, tomando por base a classificação de serviços feita dentro dos quatro “modos de fornecimento” do GATS. E, nesse sentido, convém primeiramente esclarecer que não há um consenso quanto à definição de “serviços ambientais”. Existem, na verdade, algumas listas classificatórias distintas, sem que nenhuma delas seja, de fato, de observância obrigatória.

Nas Rodadas de negociações da OMC, tem-se levado em consideração a Lista de Classificação Setorial de Serviços (LCSS), desenvolvida durante a Rodada Uruguai pelo então Secretariado do GATT, com o objetivo de ajudar os Estados a estabelecer seu quadro específico de compromissos. Foi apresentada em 10 de julho de 1991⁸⁸.

⁸⁷ Enquanto há uma questão legítima sobre até que ponto e como se podem promover serviços ecossistêmicos e reembolsar países por manter os ecossistemas em equilíbrio, o GATS não é o fórum adequado para discutir essa temática (tradução livre).

⁸⁸ Documento MTN.GNS/W/120, Disponível em:

<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc> Acesso em 02 Mai. 2012.

Segundo a LCSS, serviços ambientais são assim classificados:

<i>Environmental Services</i>	<i>Central Product Classification da ONU (CPC)</i>
A. <i>Sewage services</i>	9401
B. <i>Refuse disposal services</i>	9402
C. <i>Sanitation and similar services</i>	9403
D. <i>Other</i>	

Essa tem sido, contudo, uma lista atualmente bastante criticada, em razão da ausência de elementos modernos de gestão ambiental e controle de danos ao meio ambiente, em razão de ter sido preparada em contexto histórico diferente do atual e em razão de não considerar necessidades industriais hoje latentes (BATISTA, 2008, p. 220). Dadas as deficiências apresentadas, há outras listas propostas.

A OCDE/EUROSTAT apresentou, em 1999, uma lista⁸⁹ que tenta lidar com essas deficiências. É bem mais detalhada e inclui gerenciamento de água de esgoto, gerenciamento de resíduos sólidos, controle de poluição do ar, controle de ruídos e vibração, mecanismos de controle de limpeza do solo, águas subterrâneas e águas superficiais, gerenciamento de atividades ambientais, serviços de educação, informação e treinamento ambiental.

Outra lista preparada foi a da UNCTAD, em 2003, cuja classificação subdivide os serviços ambientais em quatro: (i) os serviços ambientais de infraestrutura (e.g. tratamento de água e esgoto); (ii) serviços ambientais não relacionados a infraestrutura (e.g. controle de poluentes do ar, controle de barulho ambiental); (iii) serviços de prevenção de danos ambientais (e.g. construção e engenharia) e (iv) serviços auxiliares⁹⁰.

Conforme observa Batista (2008, p. 226), muitos dos países em desenvolvimento consideram essa classificação da UNCTAD mais adequada, uma vez que leva em consideração o *policy space* dos Estados. Contudo, ela não agrada muitos dos países desenvolvidos, em especial a União Europeia, que propôs lista própria (ainda como Comunidades Europeias, em 2000), muito mais detalhada e abrangente, em formato de proposta de negociações no âmbito do GATS. A lista da União Europeia subdividiu serviços ambientais em sete setores: (i) água para uso humano e gerenciamento de águas

⁸⁹ OCDE/EUROSTAT. Environmental Goods and Services Industry Manual for Collection and Analysis of Data. Paris, OCDE, 1999. Disponível em:

<http://unstats.un.org/unsd/envaccounting/ceea/archive/EPEA/EnvIndustry_Manual_for_data_collection.PDF> Acesso em 8 Mai. 2012.

⁹⁰ UNCTAD SECRETARIAT. Environmental Goods and Services in Trade and Sustainable Development: note by the Secretariat, Geneva, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/c1em21d2_en.pdf> Acesso em 8 Mai. 2012.

residuais; (ii) gerenciamento de sólidos e resíduos perigosos; (iii) proteção do ar e do clima; (iv) reestabelecimento e limpeza do solo e da água; (v) redução de barulho e vibrações; (vi) proteção da diversidade biológica e das paisagens naturais e (vii) outros serviços ambientais e de apoio ⁹¹.

A União Europeia é, de fato, uma das maiores interessadas em exportar esses tipos de serviços por estar, em seu território, uma grande maioria de empresas de exportação de serviços tidos como ambientais. Sua lista, no entanto, não agradou os países na Rodada de Negociações de Doha, uma vez que foi identificada como sendo extremamente abrangente. Uma das maiores polêmicas levantadas em sua lista foi a inclusão, entre serviços ambientais, de “*water for human use and wastewater*”. Nas demais listas, a distribuição de água potável não está expressamente incluída (CLARO et al., 2007, p. 23).

Na simplificada lista da OMC (LCSS), as expressões genéricas “*sewage services*” e “*sanitation and similar services*” não incluem os serviços de tratamento e distribuição de água potável de maneira explícita (apesar de, em alguns países, o tratamento de águas de esgoto e/ou águas residuais serem diretamente reaproveitadas para o abastecimento doméstico). Deve-se atentar, contudo, que há clara distinção entre os serviços de infraestrutura de distribuição de água e os serviços estruturais de saneamento, apesar de essa distinção nem sempre ser feita em âmbito doméstico.

Para a Organização Mundial da Saúde, saneamento refere-se especificamente à provisão de facilidades e serviços para a segura disposição dos dejetos humanos, mantidas condições higiênicas também para a coleta de resíduos e as águas residuais ⁹².

Contudo, em algumas legislações domésticas, a exemplo do Brasil, saneamento básico compreende o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável (desde a captação até ligações prediais), esgotamento sanitário (instalações, operações de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários), limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Na Lei brasileira - Lei 11.445/2007, esse é o conceito exposto de saneamento, no Art. 3º. Portanto, para o conceito de saneamento básico brasileiro e de outros países que o adotam de forma tão abrangente, a LCSS incluiria também os serviços de abastecimento de água. Para esses países que têm um abrangente conceito de saneamento básico, é extremamente importante esclarecer o que

⁹¹ Communication from the European Communities and their Member States – GATS 2000: Environmental Services, S/CSS/W/38, 22.12.2000. Disponível em:

<http://www.jmcti.org/2000round/build-in-agenda/service/S_CSS_W_038.pdf> Acesso em 8 Mai. 2012.

⁹² Disponível em: <<http://www.who.int/topics/sanitation/en/>> Acesso em 21 Jul. 2013.

realmente se deseja colocar em pauta nas negociações do GATS.

A despeito de todas essas listas e classificações apresentadas, é importante, para efeito dessa pesquisa, entender que todos os serviços são cobertos pelo GATS, independentemente de sua classificação, com a única exceção do seu Art. I (3) (b) c/c (c) – serviços prestados por autoridades governamentais, sem concorrência com o setor privado. E, portanto, não se pretende posicionar quanto a esta ou aquela lista, uma vez que, para os fins desejados, basta entender que os serviços de água, objeto do presente trabalho, são classificados, em qualquer dessas listas, como serviços ambientais (com uma abrangência menor, se tomado o conceito de saneamento da OMS ou com uma abrangência maior, se tomado o conceito brasileiro ou se adotada a lista europeia). O fato é que quaisquer serviços de água podem ser objeto de requisição para negociação nas Rodadas, o que não cria a obrigatoriedade de negociá-los para os distintos Estados, dada a flexibilidade, conforme acima exposta, do próprio GATS.

A Rodada Doha tem sido considerada como a Rodada dos Países em Desenvolvimento (PEDs) e da proteção ambiental. Como cumprimento do mandamento estabelecido no Art. XIX do GATS, a Rodada de Negociações em Serviços iniciou-se no ano 2000. A Declaração de Doha, de 2001, no Art. 31 (III), prescreve aos Estados a redução e/ou eliminação de barreiras ao comércio de bens e serviços ambientais. Nas negociações de serviços ambientais na OMC, os esforços para redução/eliminação de barreiras tarifárias ou não-tarifárias podem ser encarados como uma oportunidade para propagar “tecnologia e práticas ambientalmente corretas”. Contudo, com o mesmo fundamento (conforme já se analisou nesse capítulo, na abordagem sobre as exceções do art. XX do GATT), os países podem decidir “colocar” ou “aumentar” barreiras ao comércio de serviços ambientais.

As negociações de bens e serviços são feitas em dois fóruns distintos da OMC. Bens são negociados na Sessão Especial do Comitê de Comércio e Meio Ambiente. Serviços Ambientais são negociados na Sessão Especial do Comitê de Comércio e Serviços. Enquanto os países têm tido mais dificuldades para definir o que são “bens ambientais”, tomando-se as listas classificatórias existentes de “serviços ambientais”, ainda que de maneira incipiente, as negociações em serviços têm tido maiores avanços que as negociações em bens ambientais.

Para Cossy (2011, p. 254), essa discussão em diferentes Comitês de bens e serviços ambientais, geralmente feita por diferentes negociadores, com diferentes perspectivas, no cômputo geral, prejudica a questão ambiental. Num primeiro momento, as negociações em

serviços ambientais concentram-se em identificar quais seriam esses serviços. O segundo momento tem sido o de acesso a mercado, com o objetivo de ampliar e aprofundar os compromissos assumidos perante o GATS.

Muitos trabalhos têm sido desenvolvidos em torno da mensuração dos benefícios advindos de negociações de liberalização comercial, em especial no setor de bens e serviços ambientais (REINOSO, 2006; CLARO et al., 2007). Em 2011, Balineau e Melo publicaram um quadro geral dessas negociações, emitindo diagnóstico acerca delas. Entendem que o objetivo dessas negociações pode ser considerado, hoje, sob um prisma de tríplice ganhos: para o comércio, para o meio ambiente e para o desenvolvimento (BALINEAU; MELO, 2011, p. 2). Dessa forma, se as negociações forem bem sucedidas, o comércio será facilitado através da redução e/ou eliminação de tarifas e de barreiras não tarifárias sobre bens e serviços ambientais. Por sua vez, isso diminuiria o custo de tecnologias ambientais e de seu uso e estimularia e motivaria a transferência de tecnologia. Consequentemente, o meio ambiente seria mais preservado, especialmente se uma definição mais abrangente de bens e serviços ambientais fosse adotada para incluir todos os produtos e serviços que tivessem características de proteção e conservação ambiental, tanto em seu processo produtivo, como no seu uso e descarte. Assim, produtores de bens e serviços ambientais teriam maior acesso aos mercados tanto de países desenvolvidos como de países em desenvolvimento, o que poderia provocar uma melhora na eficiência energética e na qualidade dos serviços e bens ofertados.

A distinção entre bens e serviços ambientais não é tão clara como possa parecer ser. Celli Junior propõe, contudo, uma simplificação, salientando que o que importa, de fato, é entender que bens ambientais são aqueles geralmente usados na prestação de serviços ambientais, não devendo ser com estes confundidos (2009, p. 202).

Balineau e Mello (2011, p. 3) sugerem que as mesmas subcategorias estabelecidas pela OCDE para bens ambientais também podem ser usadas para serviços ambientais⁹³.

Alan Fairlie Reinoso (2006, p. 16), numa tentativa de compreender as classificações fornecidas, sugere duas categorias de serviços ambientais: os que cumprem uma função ambiental (têm o potencial de proporcionar um bem estar humano; e.g. capacidade de absorção de carbono, efeito de proteção da camada de ozônio) e os que se referem aos serviços de gestão ambiental (regulam ou controlam o impacto da ação humana sobre os ecossistemas; e.g., abastecimento de água e esgoto).

⁹³ Ver as implicações dessa subcategorização conforme retro mencionada, no subcapítulo relativo ao GATT e bens ambientais.

Tendo em vista que o foco de todas essas classificações é a liberalização comercial dos serviços ambientais, tem-se que ter em mente que o pressuposto deve ser a existência de um quadro regulador que assegure, dentre outros fatores, a concorrência entre prestadores de serviços domésticos e prestadores estrangeiros, bem como o desenvolvimento e bem estar da população, conforme observa Celli Junior (2009, p. 212).

Em 2006, Austrália, Canadá, EUA, Comunidades Europeias, Japão, Coreia, Noruega, Suíça e Taipei requisitaram liberalização na Rodada de Negociações, acerca de serviços ambientais, objetivando acesso a mercados, com base no Art. 31 (III) da Declaração de Doha⁹⁴. Essas negociações tomaram por base não só a LCSS e seus três subsetores especificados, mas também outras áreas não listadas. A requisição feita por esses Estados, contudo, esclarece que não abrange “água para consumo humano” (a saber, captura, purificação e distribuição de água – serviços de abastecimento). Nenhum Estado, no âmbito dessas negociações, propôs-se a assumir compromissos no subsetor de distribuição de água. Isso se deu, talvez, porque, em grande maioria dos Estados requisitantes, esse subsetor está sob o âmbito de autoridades públicas.

Até o final de 2011, numa discussão dos “últimos momentos” da Rodada Doha, cinquenta e nove países tinham assumido compromissos, em maior ou menor grau, em serviços ambientais. Contudo, como observa Cossy (2011, p. 250), os compromissos em torno de serviços ambientais no âmbito do GATS são muito limitados. Isso pode ser explicado, em parte, pelo papel de autoridades públicas no fornecimento de muitos desses serviços. As políticas de fato desenvolvidas pelos países podem ser muito mais liberais do que se reflete nas negociações do GATS.

Como se pode depreender de todas as listas indicadas, os serviços de abastecimento de água e saneamento básico estão entre os principais itens de classificação, ainda que em subcategorias distintas, a depender da lista considerada. O Brasil e outros países não consideram o abastecimento de água um serviço ambiental, para efeitos de negociações, e têm reclamado sua retirada das negociações do âmbito do GATS⁹⁵.

Contudo, como bem lembra Celli Junior (2009, p. 209), não se pode tirar conclusões precipitadas sobre a abrangência do GATS, uma vez que isso pode ser usado para argumentar que serviços ambientais relativos à água para consumo humano serão excluídos das negociações somente se prestados por autoridades governamentais, de

⁹⁴ Plurilateral Request – Environmental Services. Disponível em: <<http://www.esf.be/003/009.html>> Acesso em 30 Mai. 2012.

⁹⁵ Special Session of the Council for Trade in Services, Report of the Meeting held on 5 and 6 December 2000, S/CSS/M/7.

acordo com previsão do Art. I, 3 (c) do GATS. Em geral, são prestados por empresas privadas, mesmo que sob a supervisão ou parceria do poder público e, por isso, em princípio, estariam abrangidos pelo GATS, sendo, portanto, essa generalização muito arriscada.

Nessa mesma linha de raciocínio, Michelle Swenarchuk (2004), ao comentar o Art. I (3) (b) e (c) do GATS, observa que grande parte dos serviços públicos ditos “governamentais” são, na verdade, serviços providos de maneira mista, com uma parceria entre o setor público e o setor privado, em diferentes tipos de contratos. O texto desse artigo, principalmente o texto da alínea (c), é bastante limitado quanto ao significado desses “serviços governamentais” excluídos do GATS, para compreender aqueles que não sejam providos em “bases comerciais” ou estejam em “competição com provedores privados”. Portanto, Swenarchuk entende que essa norma é incerta e não se pode confiar na mesma para excluir os serviços públicos de maneira generalizada, principalmente em matéria de serviços de água, pois acredita que, numa disputa perante os painéis da OMC, há grande possibilidade de se entender que o GATS é, sim, aplicável.

É importante destacar que o GATS não exige a privatização ou desregulamentação de serviços públicos, tais como o de fornecimento de água. Há opções políticas a serem adotadas pelos Estados, a saber: manter o serviço na esfera pública ou sob o monopólio privado; abri-lo à concorrência privada, com participação apenas de empresas domésticas; abri-lo a empresas domésticas e estrangeiras, sem assumir compromissos no âmbito do GATS; perante o GATS, assumir compromissos, abrindo o mercado a empresas estrangeiras, que podem estar vinculadas a exigências de transferência de tecnologia (CELLI JUNIOR, 2009, p. 213).

O fato é que nenhum país assumiu, até a presente data, compromisso específico no subsetor de abastecimento de água. O Brasil, de forma generalizada, tem cautelosamente excluído, em suas propostas, a privatização desse serviço público.

Marconini (2006, p. 21) comenta que o aspecto mais delicado dessas negociações de serviços ambientais tem, de fato, sido os serviços de água. Não há um consenso quanto a isso. Alguns simplesmente consideram a água potável um recurso exaurível; outros consideram a distribuição de água como uma atividade mercadológica e outros, ainda, descartam totalmente os serviços de distribuição de água como serviços ambientais. Dada a flexibilidade do GATS, os Estados continuam tendo a discricionariedade de incluir ou não os serviços nas negociações de acesso a mercados.

Se, por um lado, os países desenvolvidos querem expandir as suas atividades de

exportação no setor de serviços ambientais, por outro lado, os países em desenvolvimento necessitam expandir os serviços, tanto em termos quantitativos, como em termos qualitativos, para a sua população, permitindo-lhe, em especial, o acesso universal dos serviços de abastecimento de água e saneamento básico. Os problemas decorrentes dessa inacessibilidade da população a esses serviços essenciais foram mostrados no primeiro capítulo dessa pesquisa e não podem, de maneira alguma, ser ignorados. Há, portanto, interesses recíprocos nessa liberalização comercial, quando necessária e feita de forma adequada, regulada e sustentável.

Os quatro modos de comércio internacional de serviços indicados no GATS são, em princípio, importantes para os serviços ambientais de uma maneira ou de outra (COSSY, 2011, p. 242). O Modo 1 (*cross-border supply*), que cobre os serviços de telecomunicações ou transportes, estão enquadrados também os serviços de consultoria e, nesse caso, poderiam haver negociações do subsetor de consultoria ambiental. O Modo 2 (*consumption abroad*) refere-se ao consumidor se deslocando para comprar fora do país o serviço, mas também pode significar a “propriedade” do consumidor movendo-se do país, a exemplo do conserto de um navio. Em matéria de serviços ambientais, esse modo é o mais limitado. O Modo 3 (*establishment of commercial presence*) é, sem dúvida, o modo mais importante para as negociações de comércio de serviços ambientais. O Modo 4 (*presence of natural persons*) enquadra o deslocamento de técnicos e gerentes que trabalhem para empresas prestadoras de serviços ambientais.

Cossy (2011, p. 250) traça um diagnóstico acerca dos compromissos assumidos em serviços ambientais, de acordo com esses quatro modos de prestação de serviços do GATS. Segundo ele, trinta e um membros mantêm o Modo 1 total ou parcialmente sem compromissos assumidos. Muitos deles consideram que o Modo *cross-border supply* não é tecnicamente viável para serviços ambientais, especialmente serviços de infraestrutura. Alguns poucos países limitam os compromissos de *cross-boeder supply* aos serviços de aconselhamento e consultoria. O Modo 2 traz, em geral, compromissos firmados, apesar de que, a relevância prática desse Modo não é muito clara para atividades relacionadas a serviços de infraestrutura ambiental. Isso, contudo, segue a tendência observada em outros setores, onde os Estados são relutantes para limitar o consumo no exterior, presumivelmente porque consideram que não têm jurisdição sobre seus próprios cidadãos no exterior. Estabelecer uma presença comercial no exterior é o Modo mais importante e, por isso, o Modo 3 tem muitos compromissos firmados. Apenas onze membros têm listado acesso setorial a mercados e/ou limitação quanto a tratamento nacional ou presença

comercial, incluindo requisições de *joint-ventures*, limitações quanto à participação de capital estrangeiro, testes de necessidades econômicas e requerimentos de concessões. Os compromissos do Modo 4 adotam o padrão encontrado nos quadros de compromissos da maior parte dos Membros para todos os setores: “não há compromissos”, exceto para algumas categorias de pessoas naturais listadas na seção horizontal do quadro. Nestes, incluem-se, geralmente, posições de gerência, funcionários transferidos dentro das próprias empresas ou pessoas contratadas por ter alguma especialização considerada necessária.

É necessário, pois, acima de tudo, que se preze por uma regulação adequada do setor de serviços ambientais em ambiente nacional, antes mesmo de colocá-los em pauta na mesa de negociações do GATS, principalmente quando se trata de serviços ditos essenciais, como os serviços de abastecimento e saneamento básico. Uma liberalização comercial desses serviços sem uma adequada regulação, que leve em consideração questões relacionadas ao desenvolvimento humano, a proteção ambiental, o parque industrial e as necessidades específicas de cada país, pode ter efeitos desastrosos.

Há grandes riscos de abertura de serviços ditos essenciais, como o serviço de abastecimento e saneamento básico, uma vez que pode passar para as mãos privadas o controle de recursos naturais, tratando-os como meras *commodities*, sem levar em consideração aspectos relacionados ao desenvolvimento humano (BATISTA, 2008, p. 228).

O principal *forum* de negociações de serviços, em geral, para o Brasil é o da OMC⁹⁶. E, em relação especificamente aos serviços de abastecimento e saneamento básico, a União Europeia tem sido a principal demandante nas rodadas de negociações, tendo-se em vista que no território de seus Estados encontram-se instaladas as principais empresas interessadas em exportar seus serviços.

Contudo, tem-se de enfatizar, também, que outras organizações de caráter multilateral – em especial, o FMI e o BIRD, têm assumido um papel de propulsão na liberalização de serviços ambientais, em troca de empréstimos e ajuda financeira, principalmente em relação a países em desenvolvimento. Há concessão de crédito para investimento no setor hídrico, que é, geralmente, condicionado à redução de subsídios a empresas públicas e à liberalização para a entrada de empresas estrangeiras no setor. As parcerias público-privadas também foram amplamente incentivadas (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2008, p. 197).

Mirandola e Sampaio (2008, p. 198) apontam que, nas três modalidades de

⁹⁶ Tem-se que mencionar que há outros *fora*, tais como o Mercosul (com o setor de serviços ainda não consolidado) e o da UE-Mercosul.

prestação de serviços juntas (prestação transfronteiriça, consumo no exterior e presença comercial), há poucos casos de compromissos em serviços ambientais. Dentre eles, merece ser mencionado o do Equador e o de Ruanda. Além disso, no subsetor de saneamento, vinte e nove Estados assumiram compromissos e, dentre estes, dezessete incluíam todos os modos de prestação de serviços do setor, sem limitações de acesso a mercado ou tratamento nacional. Dentre os Estados que excluíram de seus compromissos o setor de saneamento, estão: Bulgária, Israel, Noruega, Liechtenstein, Eslovênia, África do Sul, Suécia, Suíça, Estados Unidos, Coreia do Sul e Lesoto. A Islândia colocou limitações de acesso a mercado, exigindo licença para operação ambiental. A Coreia do Sul, por sua vez, estabelece um número máximo de prestadores de serviços, sendo 25, ao todo. A Tailândia coloca limitações quanto ao tratamento nacional para quaisquer serviços ambientais, proibindo que a participação estrangeira ultrapasse 49% do total.

Verifica-se que muitas das restrições inscritas nos seus compromissos pelos Estados, nos termos do GATS, referem-se a serviços ambientais fornecidos ao público ou a um setor específico (COSSY, 2011, p. 251). Assim é que a liberalização de serviços ambientais no subsetor de “tratamento de esgoto” é limitado, por alguns países (Estônia, Coreia e EUA) àqueles serviços prestados à indústria privada, mas excluídos os serviços prestados ao público.

Assim é que Mirandola e Sampaio (2008) já questionavam em 2008 (mas em trabalho preparado previamente à Lei 11.445/2007, que é a atual Lei de Saneamento Público, no Brasil), que a questão da liberalização dos serviços ambientais no Brasil, incluindo-se o serviços de abastecimento e saneamento básico, gira em torno do estabelecimento de instituições que possam implementar a universalização do serviço. Ao se questionarem sobre o que pode ser esperado do Brasil no tocante à liberalização do comércio internacional de serviços ambientais, trabalham duas considerações. Em suas palavras:

Em primeiro lugar, deve-se estar atento à forma como a estrutura dos mercados domésticos e o desenho das instituições regulatórias são influenciados por pressões externas. Em segundo lugar, os esforços para defender interesses nacionais em negociações comerciais internacionais devem ser entendidos como tentativas de se internalizar ganhos econômicos advindos de investimentos externos, por um lado, mas também como tentativas de se preservarem margens de manobra que sejam suficientemente amplas para implementar políticas públicas direcionadas a universalizar o acesso à água, por outro. Em consequência, a posição brasileira em negociações comerciais deve ser vista como uma estratégia de liberalização do comércio de serviços de modo a atrair capitais estrangeiros, tecnologia e empresas mais eficientes sem comprometer o grau de soberania e liberalidade necessários para atender as expectativas dos cidadãos brasileiros no que tange à política

regulatória para o setor (MIRANDOLA E SAMPAIO, 2008, p. 196).

O Brasil é um país em desenvolvimento e há, conforme quadro que se apresentou no primeiro capítulo, disparidades regionais relacionadas ao atendimento do serviço de abastecimento. Sendo detectado que não há como trabalhar a universalização com recursos públicos apenas, os interesses da sociedade devem sobrepujar os interesses políticos ou acadêmicos e deve-se permitir, se for o caso, a entrada do setor privado de forma regionalizada, sob a forma de contratos de concessões. Contudo, deve-se ter em mente que, em âmbito de negociações internacionais, o *policy space* do Estado brasileiro deve ser mantido e a meta acerca de serviços ambientais como um todo e de serviços de saneamento, de forma específica, deve ser uma política comercial equitativa com vistas à universalização, levando-se em consideração tanto questões relacionadas à eficiência e níveis de cobertura, como questões relacionadas à proteção do meio ambiente, subsídios cruzados, tributação ambiental (incentivos fiscais) e modicidade de preços.

3.8. Conclusão

Desde o texto da Declaração das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento, de 1986, afirma-se que todo ser humano tem o direito de ver garantidas as condições mínimas de estrutura contemporânea para que atinja o seu pleno desenvolvimento em várias áreas; dentre elas, na área de saúde e saneamento, na área educacional, na social, na cultural, na trabalhista, na assistencial e, numa interpretação contemporânea de seu texto, também na área ambiental.

Muitas teorias econômicas, seguidas de políticas públicas implementadas sobre suas bases, advogavam a favor da não intervenção estatal como propulsora do desenvolvimento pleno. Contudo, toda essa defesa do liberalismo econômico esbarrou na realidade da administração do bem público ou do bem comum, de maneira a se garantir o seu usufruto adequado e sustentável para todos. Uma realidade pode ser constatada: o mercado sozinho não tem o *animus* social e sustentável.

Em meio a esse debate de liberalização comercial e proteção do meio ambiente, alguns tratados de natureza ambiental ousaram impor restrições ao comércio internacional de determinados produtos, tendo em vista a prevenção de dano ambiental. Dentre eles, destacam-se os textos da CITES, de 1973, da Convenção de Montego Bay, de 1982, da Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos

Perigosos, de 1989, da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, de 2000, do Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Repartição de Benefícios, de 2010, da Convenção sobre Mudança Climática, de 1992, do Protocolo de Kyoto, de 1997, conforme são destacados nesse capítulo.

Com a criação da OMC, em 1995, muitas normas multilaterais proliferaram em diferentes setores comerciais, indicando a limitação que o sistema da OMC passou a impor sobre a flexibilidade e o *policy space* dos Estados. Surgiu, então, a necessidade de um “novo intervencionismo” do Estado, com a urgência de implementação de políticas públicas, principalmente para a garantia de direitos humanos e de uma proteção do meio ambiente. Com a introdução no cenário internacional do conceito de desenvolvimento sustentável, chega-se ao século XXI, defendendo-o como direito. E, como tal, identifica-se nos acordos da OMC, que nasceram exatamente na época de emergência desse conceito, a noção de sustentabilidade. Ressalta-se a incorporação desse conceito nos seguintes tratados comerciais: GATT, GATS, o Acordo sobre Barreiras Técnicas, o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, o Acordo sobre Agricultura, Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual.

Numa análise mais detalhada do texto do GATT e de sua interpretação, conforme feita pelos Painéis e Órgão de Apelação da OMC, identifica-se ser possível, sim, a defesa de um desenvolvimento sustentável, ainda que se esbarre num ativismo judicial exacerbado e a favor do livre comércio, nos casos analisados. Conclui-se, nessa fase, que o GATT pode, sim, acobertar também um protecionismo em prol de bens ambientais.

O GATS, por sua vez, aplica-se a todos os tipos de serviços, inclusive os serviços ambientais, dentre os quais estão incluídos os serviços de água. Tendo em vista que o foco de todas essas classificações é a liberalização comercial dos serviços ambientais, tem-se que ter em mente que o pressuposto deve ser a existência de um quadro regulador que assegure, dentre outros fatores, a concorrência entre prestadores de serviços domésticos e prestadores estrangeiros, bem como o desenvolvimento e bem estar da população. Os compromissos em torno de serviços ambientais, no âmbito do GATS, são muito limitados. Isso pode ser explicado, em parte, pelo papel de autoridades públicas no fornecimento de muitos desses serviços, e a exclusão expressa do GATS quanto aos serviços prestados no âmbito dessas autoridades.

De todo o explanado, ficou evidente a interação existente entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional do Meio Ambiente, em cada um desses tratados analisados. Na sequência, será apresentado o Regime Internacional da Água Doce

- seus elementos, atores, instrumentos, princípios, normas, regulamentação, conteúdo, a forma como tem se consolidado no plano internacional e como tem sido recepcionado no plano doméstico. Trata-se de regime híbrido, que combina normas comerciais e econômicas, normas ambientais, normas de direitos humanos e normas administrativas internacionais. Após ser demonstrada a existência desse Regime Internacional da Água Doce, será apresentado seu diálogo com o Regime do Comércio Internacional que, conforme já se expôs neste capítulo, têm tido um bom diálogo de interação com o Regime Internacional do Meio Ambiente.

4 - O REGIME INTERNACIONAL DA ÁGUA DOCE E O DIREITO HUMANO À ÁGUA

4.1. Introdução

Dentre os vários regimes em que se subdivide o Direito Internacional contemporâneo, afirma-se, no presente capítulo, a existência do Regime Internacional da Água Doce. Por água doce, compreendem-se os rios, lagos, lagoas, águas subterrâneas com baixa salinidade, nascentes e geleiras. A água em estado de vapor só é considerada “água”, para efeito de políticas públicas e aproveitamento doméstico ou comercial, quando há sua precipitação e acúmulo em um desses outros tipos já mencionados ou em reservatórios artificiais.

A expressão “água doce” contrapõe-se à água do mar. Há dois tipos de estrutura para regulamentar as águas doces: a regulamentação para águas navegáveis e a regulamentação para fins diversos da navegação. Apesar de ser brevemente mencionada, na presente pesquisa, a regulamentação para águas navegáveis, a afirmação da existência do Regime Internacional da Água Doce se pautará na regulamentação de águas para fins diversos da navegação. Far-se-á uma abordagem da água para abastecimento, tanto para fins domésticos como para fins industriais e comerciais. Para tanto, serão identificados os elementos, normas, institutos e atores do Regime Internacional da Água Doce.

O Regime Internacional da Água Doce nasceu de duas defesas: a consolidação do Direito Internacional da água doce para fins não navegáveis - com enfoques sobre a soberania dos Estados, questões transfronteiriças e gerenciamento dos recursos hídricos - e a defesa do direito humano à água - com enfoques civis, sociais e ambientais. São duas facetas distintas do Regime, porém interdependentes e conectadas entre si. É, contudo, na defesa dessa segunda faceta que o Regime Internacional da Água Doce tem se consolidado com maior força. Por essa razão, grande parte desse capítulo demonstrará a consolidação desse Regime através da consolidação do direito humano à água.

Como um direito humano que é, o direito à água requer uma discussão sobre sua eficácia. Para tanto, faz-se, aqui, uma abordagem de direito comparado, tomando as legislações de diversos países, bem como sua interpretação dada pelos respectivos tribunais nacionais. Por fim, apresenta-se a política brasileira de recursos hídricos e saneamento básico, discutindo alguns dos seus principais planejamentos e princípios, voltados para

garantir a universalização do acesso à água.

4.2. O Direito Internacional da Água Doce

Como todo regime internacional, o Regime Internacional da Água Doce tem os seus elementos próprios - suas normas e princípios, suas regras e procedimentos, seus atores e suas instituições. A defesa de um regime internacional da água perpassa pela defesa de teorias territoriais que lidam com a soberania dos Estados sobre suas águas, com a questão do direito de acesso à água, com a questão da governança da água, com a questão da natureza econômica que lhe tem sido dada e com sua defesa ambiental. Serão identificados cada um desses elementos do Regime Internacional da Água Doce, de maneira a comprovar a sua consolidação.

Entende-se que a defesa de um Regime Internacional da Água Doce consolidou-se, principalmente, com a defesa do direito humano à água e, portanto, será apresentada essa defesa como sendo a prioridade do regime cuja existência aqui é afirmada.

4.2.1. As teorias da soberania dos Estados sobre seus recursos hídricos

O Regime Internacional da Água Doce tem sido construído sobre o pilar da soberania do Estado sobre seus recursos naturais. Em uma primeira fase, deveu obediência à soberania absoluta dos Estados. Numa fase contemporânea, tem visto a cooperação e interdependência entre os Estados moldarem seus principais elementos – normas, princípios, regras e procedimentos. No transcorrer dessa evolução, algumas teorias acerca da soberania dos Estados sobre seus recursos hídricos foram ganhando adeptos e dando suporte à construção de normas e decisões judiciais.

Os Tratados de Westfália, de 1648, consolidaram o princípio dos Estados soberanos que abrangia os seus domínios absolutos sobre os seus territórios. Esse tem sido apontado como um marco para o Direito Internacional e as Relações Internacionais, fazendo com que o Estado passasse a figurar como o ator soberano do cenário internacional. Tratava-se da concepção de uma nova ordem internacional baseada no princípio da territorialidade. Essa nova ordem se consolidou com a verificação de dois processos simultâneos: a separação entre o poder temporal e o poder espiritual e a concentração do poder nas mãos do monarca (AMARAL JUNIOR, 2012, p. 29).

Bodin (1992), o primeiro a definir poder soberano, no século XVI, conceituava-o como sendo absoluto e perpétuo, uma vez que reconhecia a inexistência de limites jurídicos ao poder do Estado dentro do seu território. A Paz de Westfália, no século XVII, traz, no entanto, novos elementos para a soberania, com a formação de uma sociedade de Estados que reconheciam a sua “igualdade”, pelo menos no plano jurídico, e faziam valer o princípio do *Pacta Sunt Servanda* no plano internacional.

Desde então, a soberania estatal pode ser vista sob duplo aspecto: a soberania interna e a soberania externa (AZAMBUJA, 2008, p. 69). Por soberania interna, compreende-se o poder do Estado em relação aos seus “súditos” e a tudo aquilo que se encontrar dentro de suas fronteiras territoriais. A soberania externa compreende o poder do Estado de ser sujeito de Direito Internacional e de se relacionar, em igualdade jurídica, com os outros membros da comunidade internacional.

Essa condição prevaleceu por séculos, até meados do século XX, quando o cenário começou a mudar. O fim da II Guerra Mundial, o nascimento das grandes Organizações Internacionais, as crises econômicas mundiais, a Guerra Fria, o fim da Guerra Fria, o colapso do mundo socialista e o processo de globalização que se implantou e se desenvolveu, principalmente, da última década do século XX em diante, fizeram com que o cenário internacional se modificasse e, com ele, o poder se distribuisse, não mais apenas entre os atores soberanos desse cenário, mas agora entre os vários atores que o compunham. De um cenário de sociedade internacional, passa-se a um cenário de cooperação internacional e, posteriormente, a um cenário de interdependência e solidariedade internacional (AMARAL JUNIOR, 2012). Os Estados, contudo, não perderam a sua característica de soberanos, mas encontram-se numa fase de cooperação e interdependência.

A soberania estatal estende-se aos seus recursos naturais, dentre os quais encontram-se os seus recursos hídricos. O princípio da soberania dos Estados sobre seus recursos naturais foi reforçado, principalmente após a II Guerra Mundial e com a criação da ONU, por algumas Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, dentre elas, a Resolução 626, de 1952, a Resolução 1314, de 1958, a Resolução 1515, de 1960 e a Resolução 1803, de 1962 (todas sobre a livre exploração pelos Estados de seus recursos naturais e suas riquezas).

Esse princípio da livre exploração pelos Estados de suas riquezas faz com que surjam questionamentos quando esses recursos tiverem natureza transfronteiriça. A preocupação com os recursos naturais compartilhados foi prevista em algumas Resoluções

da ONU, dentre elas a Resolução 3129, de 1973, e a Resolução 3281, de 1974, nas quais a posição da Assembleia Geral da ONU era a de cooperação internacional.

Algumas teorias foram desenvolvidas em torno do compartilhamento de águas transfronteiriças. Stephen C. McCaffrey (2001, p. 112) identifica as quatro principais teorias que maior impacto tiveram na construção do que denomina *International Watercourse Law*: a teoria da soberania territorial absoluta (baseada na “doutrina Harmon”), a teoria da integridade territorial absoluta, a teoria da soberania territorial limitada (ou teoria da utilização equitativa dos cursos de água) e a teoria da comunidade de interesses (ou teoria do gerenciamento comum).

A teoria da soberania territorial absoluta advoga a favor de um Estado com capacidade ilimitada para o uso dos cursos de água em seu território, independente de serem estes transfronteiriços. Essa teoria ficou conhecida como teoria Harmon, em homenagem ao *Attorney General* (procurador-geral) dos Estados Unidos, Judson Harmon, que fez pronunciamento dentro de uma disputa havida entre os Estados Unidos e o México, em 1895, em torno das águas do Rio Grande - rio que corta o território desses dois Estados envolvidos. O México questionava vários desvios do Rio Grande feitos em território americano, dentro de um programa de irrigação dos Estados Unidos (país a montante), que estava diminuindo consideravelmente o fluxo das águas na parte mexicana e estava prejudicando a agricultura desse país (país a jusante)⁹⁷. O Procurador Harmon foi convidado a pronunciar-se nessa disputa diplomática. A teoria que foi ditada pelo Procurador Harmon posicionou-se no sentido de excluir a responsabilidade internacional dos Estados Unidos em relação ao uso de suas águas em seu território, uma vez que os Estados Unidos têm plena soberania sobre seu território e os recursos naturais nele contidos. Essa teoria foi momentaneamente aplicada, mas foi também amplamente criticada e não colocou um ponto final na disputa. Conforme menciona McCaffrey (2001, p. 86), o próprio Governo norte-americano entrou com ação em face da empresa *Rio Grande Dam and Irrigation Company*, do Novo México, para evitar que barragens fossem construídas na margem americana do Rio Grande até que a disputa diplomática entre o México e os Estados fosse finalmente resolvida⁹⁸. Em 1906, apesar de a doutrina Harmon ter ganhado adeptos nos Estados Unidos e na Europa, os Estados Unidos assinaram acordo com o México, no sentido de mitigar os efeitos desastrosos de seu plano de

⁹⁷ Disputa em âmbito diplomático, comentada por S. C. McCaffrey. *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford: Oxford University Press, 2001, capítulo IV.

⁹⁸ *United States V. Rio Grande Irrigation Co.*, 174 US690, 691-2 (1899)

irrigação, garantindo quantidade fixa anual de pés de acres de água a correrem para terras mexicanas (MCCAFFREY, 2001, p. 101). Não obstante o acordo, a solução dada ficou longe de resolver a situação crítica que se formou entre a população agrária mexicana ribeirinha do Rio Grande (VILLAR, 2012, p. 79). No entanto, ficou bem claro que a doutrina Harmon foi rechaçada dentro desse acordo de 1906.

McCaffrey pondera que:

[T]he practice of the United States in disputes subsequent to the Rio Grande controversy - even those (such as the controversies over Rio Colorado and Rio Grande leading to the 1944 treaty) in which the United States was in an upstream position - demonstrates that the United States has gone to great lengths to repudiate the Doctrine, and has even maintained that it never represented the law. The formation of customary international law has more to do with how nations actually behave than with what they say (2001, p. 109)⁹⁹.

Em estudo mais recente, Villar (2012, p. 79) confirma que, apesar desse posicionamento e da aceitação que recebeu por parte de muitos Estados, a teoria Harmon não ganhou amparo do Direito Internacional, nem da jurisprudência ou da literatura acadêmica das últimas décadas, tendo sido duramente criticada.

Por sua vez, a teoria da integridade territorial absoluta defende o dever de não causar prejuízo a outros Estados (McCaffrey, 2001, p. 128). O Estado a montante não poderia interferir no curso natural das águas que correm em direção ao Estado a jusante. Qualquer alteração no curso das águas dependeria de um consentimento dos Estados a jusante. Villar (2012, p. 79) pondera que essa interpretação, apesar de não ter sido amplamente aceita, não é incompatível com os princípios do Direito Internacional do Meio Ambiente (cooperação, precaução e prevenção). Foi invocada por alguns Estados em momentos específicos de questionamento, mas foi rejeitada pelo Tribunal Arbitral no Caso do Lago Lanoux, em 1957, entre Espanha e França¹⁰⁰. Quando associada com o princípio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (“use sua propriedade de maneira a não causar dano à propriedade vizinha”), encontra simpatizantes do porte de Sir Hersch Lauterpacht, juiz da CIJ na década de 1950, que o considerou um desses princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas em seus comentários sobre o trabalho da CPJI, cuja

⁹⁹ A prática dos Estados Unidos, em disputas subsequentes à do Rio Grande – até mesmo aquelas sobre o Rio Colorado e o Rio Grande, que levaram à assinatura do Tratado de 1944 – demonstram que os Estados Unidos repudiaram a Doutrina e que têm mantido a posição de que ela não representa a lei em seu território. A formação de um direito costumeiro internacional tem mais a ver com o comportamento dos Estados do que com que eles dizem (tradução livre).

¹⁰⁰ Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101. Arbitral Tribunal. November 16, 1957. (Petrén, President; Bolla, De Luna, Reuter, De Visscher).

aplicação deve ser observada pela Corte Internacional, principalmente em razão do Art. 38 de seu Estatuto (MCCAFFREY, 2001, p. 136).

McCaffrey (2001, p. 128) explica, contudo, que essa teoria poderia ter efeitos devastadores sobre Estados a montante, impedindo-os de desenvolver sua indústria ou agricultura toda vez que dependessem de projetos relacionados à sua porção de água que pudessem causar qualquer diminuição de fluxo de água para o Estado a jusante. Os efeitos poderiam ser ainda piores se o Estado a montante fosse um país em desenvolvimento. McCaffrey ainda observa que:

History has been no kinder to the doctrine of absolute territorial integrity than to its theoretical opposite, absolute territorial sovereignty. Both doctrines are, in essence, factually myopic and legally “anarchic”: they ignore other state’s need for and reliance on the waters of an international watercourse, and they deny that sovereignty entails duties as well as rights (2001, p. 135) ¹⁰¹.

A teoria da soberania territorial limitada ou da utilização equitativa, que tem ganhado mais adeptos, tanto na jurisprudência doméstica e internacional como na literatura acadêmica, defende que os Estados podem utilizar suas águas desde que esse uso não interfira com o uso razoável de outros Estados ribeirinhos (MCLNTYRE, 2007, p. 23). A teoria defende direitos iguais para todos no uso das águas. Foi defendida dentro do Caso do Rio Oder, na Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1929¹⁰². Também na arbitragem internacional do Caso do Lago Lanoux, entre Espanha e França, o órgão arbitral entendeu que há uma regra de direito que proíbe o Estado a montante de alterar as águas de um rio em circunstâncias tais que causariam sérios danos ao Estado a jusante¹⁰³. Em igual sentido, um desentendimento entre Argentina e Brasil, acerca da construção de barragens na Bacia do Rio Paraná trouxe à tona essa teoria. Nesse caso, tanto Argentina como Brasil pretendiam construir barragens no Rio Paraná, mas em diferentes pontos. A Argentina questionou a barragem que seria construída pelo Brasil, na divisa entre Brasil e Paraguai (Projeto da Hidrelétrica Itaipu), uma vez que traria prejuízos às águas argentinas do Rio Paraná. Segundo a Argentina, o Brasil deveria, previamente, entrar em processo de consultas internacionais com o Governo argentino para que nenhum dano efetivo lhe fosse

¹⁰¹ A história não foi mais gentil com a teoria da territorialidade absoluta do que o foi com a sua opositora, a teoria da soberania territorial absoluta. Ambas as doutrinas são, em essência, míopes, de fato, e anárquicas, de direito: ignoram a necessidade do Estado bem como sua dependência das águas internacionais e ainda negam que a soberania compreende deveres tanto quanto direitos (tradução livre).

¹⁰² Caso do Rio Oder, Corte Permanente de Justiça Internacional, Arrêt de 10.9.1929, entre Tchecoslováquia, Dinamarca, França, Alemanha, Reino Unido e Suécia contra Polônia.

¹⁰³ The Lac Lanoux Case. Espanha v. França (1957) 24 International Law Reports, 101.

causado. Apesar de discordar dessa posição da Argentina, o Governo brasileiro entrou em negociações com o governo argentino e assinaram tratado bilateral concernente à cooperação entre ambos os Estados para proteção ambiental e troca de informações, de maneira a se prevenir qualquer dano no Estado ribeirinho¹⁰⁴.

Essa doutrina baseia-se no princípio equitativo e representa, hoje, a base do Direito Internacional aplicável aos recursos hídricos. Villar (2012, p. 80) questiona a ambiguidade dessa teoria em relação ao que seria um “uso equitativo e razoável”, uma vez que, de qualquer maneira, os Estados ribeirinhos devem tolerar uma margem de dano advindo do uso dos cursos d’ água pelos outros Estados e tudo vai depender da questão de assimetria de poder entre os Estados e o acesso desigual aos recursos hídricos.

Apesar de também visualizar a mesma deficiência quanto à incerteza da abrangência da teoria da utilização equitativa, em sua obra, McIntyre (2007, p. 53) dedica-lhe um capítulo inteiro, numa tentativa de melhor compreendê-la. Conclui que, a despeito de lhe faltar uma substância normativa precisa, o princípio da utilização equitativa tem sido universalmente aceito como um princípio geral de Direito Internacional relacionado ao uso não navegável de cursos de água. Entende que foi um princípio primeiramente desenvolvido em tribunais domésticos que migrou para instâncias internacionais e que acabou sendo absorvido pela Convenção de Nova York, de 1997, sobre o uso não-navegável dos cursos de água. A Convenção de 1997, por sua vez, trouxe-lhe aspectos de sustentabilidade e de proteção ambiental, que têm ajudado a fortalecer a teoria (McIntyre, 2007, p. 85).

Por fim, a teoria da comunidade de interesses ou do gerenciamento comum, também chamada de teoria da bacia hidrográfica, leva em consideração a bacia hidrográfica internacional como uma unidade econômica e geográfica (MCLNTYRE, 2007, p. 28). Com base em acordo internacional ou na teoria da proporcionalidade, na prática, os Estados ribeirinhos dividiriam o uso e os direitos sobre os recursos dessas águas compartilhadas. Essa teoria foi primeiramente mencionada no Caso do Rio Oder, tendo sido, entretanto, afastada a sua aplicação pela CPJI. Villar (2012, p. 81) comenta que, apesar disso, essa teoria tem ganhado gradualmente adeptos da comunidade acadêmica e de várias entidades internacionais não governamentais que advogam a favor da governança das águas transfronteiriças, uma vez que se trata de complemento da teoria do uso equitativo e não excludente desta.

¹⁰⁴ Disputa diplomática discutida por S. C. McCaffrey, 2001, p. 140.

Numa análise da teoria da comunidade de interesses, McCaffrey (2001, p. 168) entende que há algumas vantagens quando aplicada num plano internacional. Primeiro, a expressão “comunidade de interesses”, em si, compreende uma concepção mais precisa do relacionamento entre os Estados ribeirinhos que compartilham a mesma bacia hidrográfica. Segundo, a teoria expressa, de maneira mais pontual, as consequências normativas de se considerar toda a bacia hidrográfica como uma unidade. O interesse de todos os Estados que compartilham essa unidade territorial são comuns, ainda que não sejam exatamente idênticos. Por fim, entende McCaffrey, essa teoria chama os Estados ribeirinhos para uma ação coletiva, uma governança comum e um gerenciamento conjunto da bacia hidrográfica, uma vez que se trata de uma comunidade.

Inga Winkler destaca em sua obra *The Human Right to Water* (2012) que a alocação da água é um tema de altas discussões políticas, cujas consequências refletem a divisão de poder na sociedade internacional. A jurisprudência internacional confirma suas conclusões.

O Caso Gabčíkovo-Nagymaros, julgado pela CIJ, em 1997¹⁰⁵, foi um marco em decisões internacionais sobre o uso de recursos naturais compartilhados. A CIJ entendeu que o desvio unilateral das águas do Rio Danúbio pela Eslováquia era ilegal, pautada no fundamento da teoria da comunidade de interesses mencionada no Caso do Rio Oder e na Convenção de Nova York, de 1997, uma vez que tal desvio privava a Hungria de seu direito de uso equitativo e razoável das águas do rio. Muitas críticas recebeu o julgamento desse caso, por ter sido contraditório quanto à licitude da construção do próprio canal de desvio, quanto à falta de acolhimento dos princípios da prevenção e da precaução, dentre outros. Tratou-se, contudo, de marco importante para consolidação do uso compartilhado sustentável dos cursos de águas transfronteiriças.

Em 2010, foi julgado o *Pulp Mills Case* (Caso das Papeleiras), entre Uruguai e Argentina, na CIJ¹⁰⁶. O caso versava sobre os danos ambientais provocados pela instalação de duas fábricas de papel e celulose, às margens do Rio Uruguai, em território uruguaio, mas com danos transfronteiriços. A CIJ levantou os princípios do desenvolvimento sustentável, da obrigação de não causar danos transfronteiriços, definida desde o Caso da Fundação Trail¹⁰⁷, e do princípio da cooperação internacional. Contudo, a CIJ negou o

¹⁰⁵ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 7.

¹⁰⁶ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

¹⁰⁷ O Caso da Fundação Trail consistiu em um acordo entre os Estados Unidos e o Canadá, dentro de um procedimento de arbitragem internacional, iniciado em 1935, com o objetivo de solucionar a questão da poluição de dióxido de enxofre provocada por uma fundição de zinco e chumbo, situada em território do Canadá e que poluía uma região do Estado de Washington, nos Estados Unidos. Na decisão, proferida em 1941, o tribunal arbitral reconheceu o dever do Estado de proteger outros Estados contra atos praticados por

pedido liminar para não instalação das fábricas e entendeu que o Uruguai descumpriu apenas obrigações procedimentais, mas não identificou descumprimento contratual relacionado à proteção e uso da água.

Se a jurisprudência da CIJ não tem sido tão favorável à construção do Regime Internacional da Água Doce, alguns documentos e costumes internacionais têm se destacado na construção desse regime. A seguir, far-se-á a identificação dos principais deles.

4.2.2. O desenvolvimento do Direito Internacional da Água Doce

O Regime Internacional da Água Doce tem se consolidado através de diferentes fontes do Direito Internacional. O Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça consagrou o que os internacionalistas têm denominado de as fontes formais do Direito Internacional. Em seu texto:

Art. 38 A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Faz-se importante ressaltar que não há hierarquia entre as fontes. Apenas a alínea “d”, que traz a possibilidade de busca do direito nas decisões judiciais e na doutrina, traz a classificação de “meio auxiliar”.

As convenções internacionais, também denominadas tratados, pactos, acordos, dentre outros nomes que expressam a vontade conjugada entre dois ou mais Estados (segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969), entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais entre si (segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1986) são as vontades conjugadas em prol de um objetivo comum, escritas e, posteriormente ratificadas, por esses sujeitos do Direito Internacional.

O costume internacional verifica-se quando há a conjugação de dois elementos: o elemento material, que constitui a repetição constante e uniforme de determinados atos

durante um certo período de tempo e o elemento psicológico, que é a convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica (AMARAL JUNIOR, 2012, p. 132). Esses elementos têm sido confirmados por alguns casos julgados pela Corte Internacional de Justiça, tais como o Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969¹⁰⁸, e o Caso Haya de la Torre, de 1951¹⁰⁹.

Os princípios gerais de direito, com todas as críticas que pesam sobre sua qualificação dada pelo Estatuto – “das nações civilizadas”, são também fontes formais do Direito Internacional. Em 1969, no Caso *North Sea Continental Shelf*, a Corte Internacional de Justiça entendeu que se considera um princípio geral de Direito Internacional um princípio estabelecido, amplamente divulgado e de prática consistente entre os Estados, que é reconhecido como sendo obrigatório por regra de direito que o exige¹¹⁰.

Os tratados internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais do Direito Internacional têm sido classificados como uma categoria de direito que obriga e gera obrigações para os Estados, assim chamado de *hard law*. Há, ainda, um tipo superior de *hard law*, reconhecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu Artigo 53, como *jus cogens*, ou seja, a norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e só pode ser modificada por outra de mesma natureza. Trata-se de norma imperativa de Direito Internacional, que se caracteriza como obrigação *erga omnes* que é inderrogável e tem superioridade hierárquica em relação às demais normas. Não há um conjunto predefinido do que vem a compor o *jus cogens* e essa é uma das maiores críticas que recebe, pois pode, com essa indefinição e incerteza, provocar insegurança jurídica entre os Estados. Há um consenso apenas quanto às regras de direitos humanos e de direito humanitário que proíbem a escravidão e combatem o genocídio (AMARAL JUNIOR, 2012). No restante, há mais divagação doutrinária do que convergência. Há, contudo, alguns nomes da academia que apontam algumas regras do Direito Internacional do Meio Ambiente como parte do *jus cogens* contemporâneo (VLLAR, 2012, p. 88).

Por outro lado, uma grande quantidade de normas internacionais tem surgido, principalmente no período pós-II Guerra, sob a forma de Declarações assinadas entre os Estados, Resoluções de Organizações Internacionais, regras-padrão adotadas por entidades

¹⁰⁸ North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.), 1969 I.C.J. 44 (Feb. 20).

¹⁰⁹ Haya de la Torre (Col v. Peru), 1951, I.C.J. (June 13).

¹¹⁰ North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.), 1969 I.C.J. 44 (Feb. 20).

internacionais privadas, dentre outros, que não obrigam, mas trazem um caráter educativo e influenciador do direito. Essa nova forma de direito tem sido classificada como *soft law* e tem íntima relação com o que se denomina nas Relações Internacionais de exercício do *soft power* (NYE, 1990).

Os tratados internacionais que têm sido escritos sobre águas doces são organizados em dois tipos: aqueles que regulamentam o uso dos cursos de água para navegação e aqueles que regulamentam os cursos de água para usos distintos da navegação. Os tratados que regulamentam a navegação existem há alguns séculos, sendo que neles fica evidente que a primeira preocupação com os rios se deu para a utilização destes como meios para o transporte de mercadorias.

Há uma catalogação feita pela *The Transboundary Freshwater Dispute Database* (TFDD), da Universidade de Oregon, Estados Unidos, que lista cerca de quatrocentos tratados internacionais acerca de bacias hidrográficas e rios internacionais, no período de 1827 a 2007. Destes, pouco mais de 80% são tratados bilaterais e menos de 20% são tratados multilaterais¹¹¹.

Três entidades internacionais têm se destacado na codificação do Direito Internacional da Água Doce: o Instituto de Direito Internacional ou *International Law Institute* (ILI), a Associação de Direito Internacional ou *International Law Association* (ILA) e a Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI).

Em 1911, o ILI redigiu a Declaração de Madri sobre o uso internacional dos cursos de água para propósitos distintos da navegação. Em 1961, redigiu a Resolução de Salzburg para uso de águas não marítimas internacionais e, em 1979, redigiu a Resolução de Atenas sobre a poluição de rios e lagos internacionais¹¹².

A Declaração de Madri, de 1911, prevê que Estados ribeirinhos com curso de água comum têm uma dependência física permanente um do outro, o que elimina a ideia de autonomia plena do Estado em relação à porção de água que corre em seu território. O aspecto mais interessante de seu pequeno texto (um preâmbulo e sete parágrafos) é a preocupação, em 1911, com a poluição das águas transfronteiriças por fábricas (parágrafo 2º) e o uso abusivo por fábricas ou outras construções de um lado do curso de água de maneira a prejudicar o montante de água do outro lado da fronteira (parágrafo 3º).

A Resolução de Salzburg sobre o uso de águas não marítimas, de 1961, é composta

¹¹¹ Informações disponíveis em: <<http://www.transboundarywaters.orst.edu/database/>> Acesso em 30 Mai. 2013.

¹¹² Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/005/W9549E/w9549e08.htm#bm08.1.2>> Acesso em 05 Jun. 2013.

de um preâmbulo e nove artigos. Em seu preâmbulo, menciona o princípio de não causar prejuízo a Estados vizinhos, além da preocupação com novas tecnologias que têm sido desenvolvidas utilizando os recursos hídricos. Enfatiza, no Art. 2º, que cada Estado tem o direito de fazer uso de suas águas doces territoriais, estando sujeito, porém, aos princípios impostos pelo Direito Internacional. No Art. 3º e seguintes, traz cláusulas de solução de disputas e dispõe que litígios sobre o uso das águas compartilhadas devem ser resolvidos com base no princípio da equidade, em arbitragens internacionais ou nos fóruns de alguma organização internacional.

A Resolução de Atenas, de 1979, trata da poluição de rios e lagos internacionais. Essa Resolução, apesar de reafirmar o princípio da soberania dos Estados sobre seus territórios, enfatiza o princípio de que o Estado deve evitar o uso de seus recursos territoriais de maneira a prejudicar os recursos em territórios de outros Estados.

No âmbito da ILA¹¹³, foram publicadas a Resolução de Dubrovnik sobre rios internacionais, de 1956, a Resolução de Nova York sobre o uso de águas de rios internacionais, de 1958, as Recomendações de Hamburgo sobre procedimentos de usos de águas não navegáveis, de 1960, as Regras de Helsinki sobre o uso de águas de rios internacionais, de 1966, a Resolução de Madri sobre a administração de recursos hídricos internacionais, de 1976, a Regulação de Belgrado sobre o fluxo de cursos de água internacionais, de 1980, as Regras de Montreal sobre a poluição de águas em bacias hidrográficas internacionais, de 1982, as Regras de Seul sobre águas subterrâneas, de 1986, e as Regras de Buenos Aires sobre Poluição de Meios Cruzados (água, terra e ar), de 1984.

Cabe destacar o texto das Regras de Helsinki, de 1966, com o seu pioneirismo de gestão das águas doces transfronteiriças com base na bacia hidrográfica internacional, trazendo, inclusive, o conceito desta, no Art. II, como sendo a área geográfica percorrida pelo curso de água que atravessa dois ou mais Estados, incluindo suas águas superficiais e subterrâneas. Adotou, no Art. IV, o princípio do uso razoável e equitativo das águas de uma bacia pelo Estado em seu território. No Art. V, traz uma lista, não exaustiva, do que considera um uso equitativo e razoável. Contém, ainda, normas sobre poluição e navegação dos trechos navegáveis, além de previsão de mecanismos para solução de disputas entre os Estados ribeirinhos.

Por sua vez, as Regras de Seul, de 1986, merecem destaque por constituírem o

¹¹³ Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/005/W9549E/w9549e08.htm#bm08.1.2>> Acesso em 5 Jun. 2013.

primeiro modelo para regulamentação de águas subterrâneas, em especial, as águas dos aquíferos considerados confinados (VILLAR, 2012, p. 110).

No âmbito da Europa, merece destaque a Convenção de Helsinki, de 1992, sobre a Proteção e o uso dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais e o seu Protocolo, de 1999, sobre Água e Saúde, ambos documentos redigidos pelo Comitê Econômico da ONU para a Europa. Uma das maiores contribuições dessa Convenção de Helsinki foi a conceituação de águas transfronteiriças, assim considerando águas superficiais e subterrâneas que marcam as fronteiras de dois ou mais Estados, que as atravessam ou estão nelas situadas. Em 2003, a Convenção de Helsinki foi emendada para permitir adesão de países fora do âmbito europeu. A emenda entrou em vigor em 6 de fevereiro de 2013, transformando a Convenção numa estrutura de cooperação global para águas transfronteiriças. O texto estará aberto a adesão ao final de 2013¹¹⁴.

Em 1997, a CDI teve aprovada pela Assembleia Geral da ONU e abriu à ratificação a Convenção de Nova York sobre o uso dos cursos de água para fins diversos da navegação (Convenção de Nova York de 1997). Em seu preâmbulo, a Convenção de Nova York de 1997 reconhece a importância do trabalho de organismos governamentais e não governamentais na construção do Direito Internacional sobre os cursos de água para fins não navegáveis, destacando, assim, a importância da governança global da água. No Art. 1º, é destacado o escopo da Convenção: a proteção, a preservação e o gerenciamento dos recursos hídricos para fins diversos dos da navegação. No Art. 2º, traz a inclusão das águas subterrâneas para sua abrangência. No Art. 5º, traz previsão para um uso equitativo e razoável dos cursos de água que cortam o território de um Estado, usando a mesma expressão das Regras de Helsinki. No Art. 6º, também traz uma lista não exaustiva sobre os fatores a serem considerados para efeito de verificação do que seria equitativo e razoável. O Art. 7º prevê a obrigação de não causar dano, pela qual um Estado ribeirinho abster-se-á de práticas que possam causar dano às águas e ao uso das mesmas em outro Estado ribeirinho, trazendo previsão, inclusive de como resolver a situação se o dano já tiver sido provocado. O Art. 8º prevê obrigações gerais de cooperação entre os Estados, que deve ser guiada com base na igualdade soberana, integridade territorial, benefícios mútuos e boa fé na utilização dos recursos hídricos. O Art. 10 merece muitas críticas, pois estabelece que nenhum tipo de uso específico da água deve ter prioridade sobre os demais. Isso significa colocar no mesmo patamar o uso dos recursos hídricos para fins industrial, agroindustrial e

¹¹⁴ Ver <<http://www.unece.org/env/water/>> Acesso em 26 Jul. 2013.

para dessedentação humana e animal, o que parece, no mínimo, absurdo, após toda uma defesa do direito humano à água que será abordada nesse capítulo e que se encontra em plena construção e consolidação. O parágrafo 2º desse artigo apenas menciona que, num conflito de usos da água, deve-se levar em consideração as necessidades vitais humanas. Contudo, as necessidades vitais humanas devem ser levadas em consideração muito antes do conflito. Dos Arts. 20 a 23 da Convenção, há preocupação quanto à proteção e preservação dos ecossistemas e a prevenção, redução e controle da poluição das águas doces, inclusive do curso destas em relação às águas marinhas. O Art. 24 traz norma bastante superficial quanto ao gerenciamento dos recursos hídricos, mencionando apenas a necessidade de utilização racional e a promoção do desenvolvimento sustentável. Dos Arts. 25 a 32, há normas meramente procedimentais quanto à necessidade de notificações e regulamentações a serem feitas, inclusive quanto ao uso dos cursos de água em período de conflitos armados. O Art. 33 traz uma cláusula de solução de disputas.

Tzatzaki (2008) entende que há um ganho geral com a redação da Convenção de Nova York de 1997. A falta de hierarquia entre os princípios nela expressos – o da cooperação entre os Estados ribeirinhos, o de não causar dano significativo aos cursos de água, o de proteger o meio ambiente aquático e o de utilizar os cursos de água de maneira razoável e equitativa – significa que o passo necessário para o gerenciamento desses recursos naturais compartilhados é uma perspectiva de integração, que leva em consideração o desenvolvimento econômico, as necessidades humanas e a proteção ambiental. Dentro dessa perspectiva, a Convenção de Nova York de 1997 serviria como um guia geral para criar acordos regionais que promovam esse gerenciamento integrado dos recursos hídricos.

A Convenção de Nova York de 1997 não entrou em vigor porque não recebeu o número mínimo de ratificações necessárias. Considera-se, contudo, um texto bastante incompleto quanto ao que se pretende, de fato, determinar como o direito à água para fins não navegáveis. Tem o mérito de ser uma tentativa de construção de *hard law* na área e de ter atentado para a governança global do setor ao mencionar os distintos atores na construção do Direito Internacional da Água Doce. Além disso, para efeito principalmente de solução de conflitos, tem o mérito de ser considerada um direito costumeiro quanto à consolidação do que seria um uso equitativo e razoável dos cursos de água e da necessidade de cooperação internacional nessa temática, conforme mencionado pela CIJ, no Caso Gabčíkovo-Nagymaros.

Em 2004, a ILA fez publicar as chamadas Regras de Berlin sobre Recursos

Hídricos (doravante, as Regras de Berlin). O Comitê de Recursos Hídricos da ILA desenvolveu pesquisas, de 1997 a 2004, para apresentar o que entendia ser o direito costumeiro internacional em matéria de recursos hídricos, considerando as Regras de Berlin uma revisão das Regras de Helsinki. No Prefácio da ILA para as Regras de Berlin, caracteriza-se o hibridismo do documento – sendo um aglomerado de normas que acompanham o desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente, do Direito Humanitário Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sente-se, contudo, falta do Direito do Comércio Internacional em seu texto.

No Art. 1º, as Regras de Berlin foram bastante ousadas, quando, ao estabelecer sua abrangência, preveem aplicação tanto para águas transfronteiriças como para águas domésticas. Apesar da urgência que a questão da água reclama, haveria uma relutância muito maior por parte de Estados se uma regra como essa fosse estabelecida dentro de um tratado aberto a assinaturas, por interferir demasiadamente no *policy space* dos Estados. A Convenção de Nova York de 1997 fez muito menos, pois se aplicava apenas a águas transfronteiriças, e até hoje não obteve número mínimo de ratificações. Contudo, não se descarta a importância de uma abordagem inclusiva quanto às águas domésticas, principalmente em razão das consequências transfronteiriças dos danos ambientais.

As Regras de Berlin trazem a feliz inclusão das águas subterrâneas e dos aquíferos (Arts. 3º, 5º e capítulo VIII). O Art. 4º espelha o princípio da democracia, na participação das pessoas interessadas, no gerenciamento dos recursos hídricos. Sugere, no Art. 5º, um direito e, ao mesmo tempo um dever, de gerenciamento conjunto dos recursos hídricos para os Estados, de maneira a integrar todas as fontes de água doce (rios, lagos, águas subterrâneas), de forma compreensiva. Menciona, ainda, um gerenciamento integrado entre as fontes de água doce e outros recursos (em seus comentários, a ILA menciona uma integração com o esgotamento sanitário, por exemplo).

O desenvolvimento sustentável é previsão do Art. 7º das Regras de Berlin, seguido da mitigação de danos ambientais (Art. 8º). No Art. 10, traz princípio das Regras de Helsinki, sobre a consideração da bacia hidrográfica pelos Estados ribeirinhos, no gerenciamento de seus recursos, lembrando o princípio da participação equitativa absorvido pela Convenção de Nova York de 1997, evitando-se o uso prejudicial das águas transfronteiriças de um Estado em detrimento de outro. O princípio da cooperação internacional entre Estados é estabelecido no Art. 11 e o princípio da utilização equitativa e razoável, nos mesmos moldes das Regras de Helsinki e da Convenção de NY de 1997, nos Art. 12 e 13 (neste, há uma lista exemplificativa de fatores a serem considerados para

determinar o que seria equitativo e razoável).

Afortunadamente, o Art. 14 das Regras de Berlin coloca as necessidades humanas vitais como uso prioritário, diferentemente da Convenção de Nova York de 1997. O Art. 16 traz o princípio da prevenção de danos transfronteiriços. O Art. 17 teve a felicidade de incorporar o texto do Comentário Geral n. 15 e da Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre o direito humano de acesso à água, inclusive definindo o que é esse direito (direito de acesso suficiente, seguro, aceitável, física e economicamente acessível). Prevê, também, no parágrafo terceiro desse artigo, como os Estados devem garantir esse direito. O Art. 18 traz a garantia de participação pública e do acesso à informação e o Art. 19 traz o direito à educação sobre recursos hídricos.

O Art. 20 das Regras de Berlin traz a preocupação com comunidades específicas, tais como as comunidades indígenas e outros grupos mais vulneráveis, e sua relação com as fontes de água doce, prevendo a responsabilidade do Estado quanto a essa proteção, no Art. 21, em caso de deslocamento desses grupos para uso das águas.

O capítulo V das Regras (do Art. 22 a 29), prevê a proteção dos ambientes aquáticos, inclusive estatuidando o princípio da precaução e medidas contra a poluição das águas doces. Dos Arts. 30 a 31, traz-se norma que já é habitual no direito doméstico de muitos Estados - a importância do Estudo de Impactos (ambientais, sociais, econômicos e culturais) para utilização das águas doces. A Convenção de Nova York de 1997 não fez tal previsão, mas a ILA tem-na considerado direito costumeiro internacional. O Banco Mundial, inclusive, exige esse Estudo de Impactos antes de conceder empréstimos ou financiamentos para projetos específicos.

O capítulo VII das Regras de Berlin lida com o que denomina “situações extremas” (de risco à saúde humana, risco ao meio ambiente ou mesmo à propriedade), assim considerados acidentes poluentes, enchentes e secas. O capítulo VIII traz abordagem específica para as águas subterrâneas, em especial para os aquíferos, sendo inovadora nesse aspecto.

O capítulo IX aborda a navegação em águas doces, fazendo com que as Regras de Berlin, a exemplo das Regras de Helsinki, sejam bastante abrangentes no tocante ao tema de águas doces. Limita-se, contudo, na maior parte desse capítulo, a repetir as normas previstas nas Regras de Helsinki.

O capítulo X das Regras de Berlin, de maneira também abrangente (talvez excessivamente abrangente), aborda a questão da água em momentos de conflitos armados. Já há toda uma gama de normas de Direito Humanitário Internacional que fazem tal

prescrição. Parece exagerada essa abordagem e repetitiva, em relação, principalmente à IV Convenção de Haia sobre os Costumes da Guerra e as Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário.

O capítulo XI enfatiza o dever de cooperação e, principalmente, o dever de informação entre os Estados ribeirinhos de uma bacia hidrográfica, enfatizando a necessidade de pesquisas e projetos conjuntos e harmonização dos respectivos direitos desses Estados no tocante aos seus recursos hídricos, numa prevenção de conflitos. O capítulo XII aborda a Responsabilidade do Estado pelo descumprimento do Direito Internacional relacionado às águas.

O capítulo XIII traz cláusulas de solução de disputas envolvendo pessoas ou organismos, dentro do âmbito doméstico. O Art. 69 prevê a possibilidade de acionamento por parte de pessoas e indivíduos, perante os tribunais domésticos, quando sofrerem danos em seus direitos relacionados ao manejo de recursos hídricos. Em muitos Estados, esse direito não é garantido. Trata-se de individualizar o direito de acesso à água. Prevê, ainda, uma importante cooperação jurídica internacional, quando o dano for provocado por outro Estado diferente do Estado de residência ou nacionalidade da vítima (Art. 71).

O capítulo XIV das Regras de Berlin fecha o seu texto com a previsão de cláusulas de solução de controvérsias internacionais, entre Estados. Não há, contudo, qualquer novidade nesse capítulo em relação aos meios tradicionais do Direito Internacional para solução de disputas.

Se por um lado as Regras de Berlin são muito abrangentes em alguns aspectos (se tomadas como proposta para um tratado internacional sobre água doce), por outro, podem ser consideradas o estudo mais aprofundado sobre o tema. Faltou, entretanto, fazer uma interação entre esse Direito Internacional da Água Doce e o Direito do Comércio Internacional e aplicar, onde cabível, normas e princípios acerca da navegação em águas marinhas.

Uma feliz inclusão das Regras de Berlin são as águas subterrâneas, cuja temática será exposta um pouco mais a seguir.

4.2.3. O Direito Internacional das Águas Subterrâneas

As águas subterrâneas compreendem, em grande parte dos países, a maior fonte de água doce para abastecimento. Têm sido, contudo, negligenciadas em matéria de regulamentação internacional.

Apenas 2,5 % da água do planeta é água doce, o que representam 1.386 milhões de

Km³ de água. Contudo, desse total, 68,7% estão indisponíveis ao consumo humano, pois se localizam na região das calotas polares. Os rios e lagos compreendem apenas 0,3% do volume disponível e as águas subterrâneas correspondem a 30,1% do total de água doce do mundo. De toda a água subterrânea explorada, 65% se destinam ao abastecimento público, 20% à irrigação e pecuária e 15% à indústria e mineração (VILLAR, 2012).

Em muitos países, os recursos hídricos subterrâneos confundem-se com a propriedade do terreno, a exemplo dos Estados Unidos e da Espanha. Em outros países, mesmo havendo declaração pública dos recursos hídricos, de forma geral, os agricultores exploram as águas subterrâneas em seus terrenos sem qualquer permissão pública para fazê-lo ou sem qualquer estudo de impacto ambiental. Além disso, a indústria da água engarrafada, liderada pela Nestlé, Coca Cola e PepsiCo, tem sido responsabilizada pela degradação de vários aquíferos, muitos deles em regiões que enfrentam sérios problemas relacionados à escassez hídrica (VILLAR, 2012).

Os aquíferos são definidos como corpos de solo poroso onde há fluxo de água subterrânea que transita entre os poros do meio sólido ou entre as fissuras da rocha. Há um armazenamento da água, que se move lentamente. Por vezes, têm uma interação com as águas superficiais, mas isso nem sempre acontece, como é o caso dos aquíferos confinados. Grande parte de suas águas são aproveitáveis, mas não todas. Em muitos aquíferos desconectados com as águas superficiais, a salinidade é muito alta ou a presença de outros minerais tornam impróprias as suas águas ao consumo humano e é bastante dificultoso o seu processo de tratamento (VILLAR, 2012).

Há muitos aquíferos transfronteiriços em todas as regiões do mundo, estando entre os principais e maiores: o aquífero Núbia (entre Egito, Líbia, Sudão e Chade) e o aquífero Guaraní (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). Enquanto há muita regulamentação ou tentativa de regulamentação das águas superficiais transfronteiriças, para as águas subterrâneas transfronteiriças e, em especial para os aquíferos transfronteiriços, há pouquíssima regulamentação. Em geral, as águas subterrâneas são mencionadas nos distintos documentos internacionais de maneira indireta ou incidental ou como parte integrante das águas superficiais. Os aquíferos, por sua vez, enfrentam dois problemas específicos: divisão equitativa da água em um contexto de informações insuficientes a seu respeito e assimetria de poder entre os países que o compartilham; responsabilidade de cada país quanto à proteção e os impactos do aquífero compartilhado (VILLAR, 2012).

De forma específica para as águas subterrâneas, como um todo, há apenas a Convenção de Aden, de 1910, entre o Reino Unido e o atual Iêmen (não mais em vigor) e o

Acordo sobre o Aquífero Genebra, de 1977, entre Suíça e França. O Acordo sobre o Aquífero Guarani, assinado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, ainda não entrou em vigor por falta de ratificação.

Conforme menciona Villar (2012), o Projeto Sistema Aquífero Guarani, que teve a participação de várias universidades dos quatro países envolvidos, além do GEF, do Banco Mundial e da OEA, foi desenvolvido entre 2003 e 2009, tendo como objetivo promover a gestão integrada e o uso sustentável do Aquífero Guarani. Nesse período, o Aquífero ganhou a imprensa internacional como o grande aquífero do planeta, sendo que o Brasil constava como seu maior explorador e maior detentor de suas águas. Ao final do projeto, já se sabia que não se tratava do maior aquífero do mundo e grande parte de suas águas eram inapropriadas para o consumo humano. O grande feito do projeto foi a assinatura do Acordo sobre o Aquífero Guarani, pendente de ratificação. Tem o mérito, contudo, conforme bem lembra Villar, de ser um acordo assinado em período de ausência de conflitos, prevenindo disputas antes que elas possam acontecer.

As águas subterrâneas, assim como as águas superficiais, têm sido objeto central de preocupação para muitos organismos não governamentais. A seguir, serão apresentados os principais organismos que têm se engajado, de forma direta, na defesa dos recursos hídricos.

4.2.4. Organizações e Entidades Internacionais criadas para assuntos hídricos

A sociedade civil têm tido importante destaque na consolidação do Regime Internacional da Água Doce. Muitos organismos criados em torno da temática “água” têm sido responsáveis por importantes documentos, eventos e pesquisas que chamaram a atenção da comunidade internacional para as questões hídricas.

Em 1996, numa iniciativa não-governamental, especialistas e investidores interessados (numa parceria, principalmente, da *Suez Lyonnaise des Eaux*, da França, do Ministro de Obras Públicas e Recursos Hídricos do Egito e da Agência Internacional Canadense de Desenvolvimento) foi fundado o Conselho Mundial da Água (*World Water Council* - WWC), com sede em Marseille, França. Os objetivos do WWC, conforme expressos em sua página eletrônica, são a promoção de consciência e comprometimento político em questões hídricas consideradas críticas, de maneira a facilitar a conservação, proteção, desenvolvimento, planejamento, gerenciamento e uso da água em todas as suas

dimensões, numa base ambientalmente sustentável¹¹⁵.

O WWC tem sido o responsável pela organização dos fóruns internacionais da água, cujos eventos e documentos têm tido a participação de um número maior de representantes estatais e da sociedade civil, além de outros atores envolvidos (pesquisadores, empresas, fundações) do que os próprios eventos da ONU organizados em torno do tema. Em razão disso, passou a funcionar, junto ao fórum, uma Conferência Interministerial com a finalidade de uma declaração política.

O I Fórum Mundial da Água ocorreu em 1997, no Marrocos, onde foi produzida a Declaração de Marrakesh. No ano 2000, aconteceu o II Fórum Mundial da Água, na Holanda, tendo sido produzida a Declaração de Haia sobre Segurança Hídrica no século XXI, com a participação de 120 representantes de Estados diferentes. Nesta, foi identificada uma “crise hídrica” e foi apontada a problemática da “má gestão hídrica” como sua principal causadora. A governança da água e a gestão integrada dos recursos hídricos foram apontados como solução para resolver a crise. O III Fórum Mundial da Água ocorreu em Kyoto, no Japão, onde foi produzido um Relatório de Ações sobre a Água, com a participação de 130 representantes de Estados. O IV Fórum aconteceu em 2006, na Cidade do México. Em 2009, em Istambul, aconteceu o V Fórum organizado pelo WWC, onde se reivindicava o reconhecimento do direito à água como um direito humano, não tendo recebido apoio de uma maioria dos presentes, dentre eles, os EUA e o Brasil. O VI Fórum aconteceu em 2012, em Marseille, França, tendo como principal objetivo fazer com que os Estados coloquem em suas agendas de prioridade as questões hídricas, para que se possa garantir o direito humano à água reconhecido na Assembleia Geral da ONU, em 2010. O próximo está previsto para ocorrer em Daegu Gyeongbuk, na Coreia, em 2015. Em todos esses fóruns, enfatizou-se o gerenciamento integrado dos recursos hídricos como principal ferramenta para atingir a segurança hídrica e a segurança alimentar, enfatizou-se uma garantia do acesso à água para todos e um compartilhamento equitativo dos recursos hídricos.

O *Global Water Partnership* (GWP) também tem tido destaque em questões hídricas. O GWP foi fundado na Suécia, em 1996, numa parceria da Agência Sueca de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento com o Banco Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Nasceu com o objetivo de promover a integração do gerenciamento de recursos hídricos, coordenando o gerenciamento de água,

¹¹⁵ Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

terra e recursos correlacionados, em busca de maximizar a economia e o bem estar social sem comprometer a sustentabilidade dos sistemas ambientais. Desde então, tem escritórios de atuação espalhados em cerca de 50 países, com representação nos distintos continentes. Tem atuado conjuntamente com o WWC na organização dos fóruns internacionais da água. Atualmente, tem sido apontado como o principal responsável pela reformulação do gerenciamento integrado de recursos hídricos. Em sua *homepage*, o GWP define o gerenciamento integrado de recursos hídricos como sendo o processo para a promoção do aproveitamento e gestão coordenados da água, do solo e de recursos correlacionados, de maneira a se maximizar o bem estar econômico e social, de forma equitativa, sem comprometer a sustentabilidade dos ecossistemas naturais¹¹⁶.

A *International Water Association* (IWA) também tem se destacado com importância no setor hídrico. A IWA identifica-se como uma rede global de cerca de dez mil “profissionais da água”, envolvidos em pesquisa e prática, cobrindo todas as faces do ciclo da água. Tem cinco escritórios espalhados pelas diversas regiões do globo, estando o da América do Sul em Lima, Peru¹¹⁷.

Há, ainda, a denominada *International Water Resources Association* (IWRA). A IWRA identifica-se como uma organização não governamental, de fins educacionais estabelecida em 1971, no Estado de Wisconsin, Estados Unidos, mas atualmente com sede em Montpellier, França. Encarrega-se da organização de eventos relacionados a recursos hídricos e de formar uma ponte interdisciplinar para agregar profissionais, estudantes, indivíduos, corporações e outras instituições preocupadas com o uso sustentável dos recursos hídricos. É responsável pela organização dos Congressos Mundiais da Água (*World Water Congress*), que já tiveram sede em diversos países¹¹⁸.

Em 1994, outro organismo foi criado - o *International Network of Basins Organizations* (INBO). O INBO foi estabelecido em Aix-les-Bains, França, com o objetivo de implementar um gerenciamento integrado das bacias hidrográficas. Tem sedes, hoje, em Paris e em Madri, com os nomes respectivos de *Réseau International des Organismes de Bassin* (RIOB) e *Red Internacional de Organismos de Cuenca* (RIOC)¹¹⁹.

Um projeto denominado *Global Water System Project* (GWSP), fundado em 2003, como uma parceria entre *Earth System Science Partnership* (ESSP) e seus quatro programas de *Global Environmental Change* (DIVERSITAS, IGBP, IHDP e WCRP) tem

¹¹⁶ Disponível em: <<http://www.gwp.org/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://www.iwahq.org/1nb/home.html>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹¹⁸ Disponível em: <<http://www.iwra.org/>> Acesso em 22. Abr. 2013.

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.inbo-news.org/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

também tido destaque na governança da água. Tem sede em Bonn, Alemanha, e se define como financiador de projetos de pesquisa sobre recursos hídricos do mundo¹²⁰.

Também em 2003, o Alto Comissariado para Programas das Nações Unidas fundou a UN-Water. Trata-se de um mecanismo de coordenação entre agências, como se autodenomina, que centraliza ações no âmbito da ONU. A UN-Water tem desenvolvido um importante trabalho na produção de relatórios. Também tem sido importante para o estabelecimento de agendas de conscientização sobre a problemática de assuntos hídricos. Em 2004, propôs o dia 22 de março como o Dia Mundial da Água. Em 2008, propôs a Década Global da Água e o Ano Internacional do Saneamento Básico. Em 2013, propôs a proclamação do Ano de Cooperação Internacional para a Água. O primeiro Relatório produzido pela UN-Water foi no ano de sua criação, em 2003, com o título *Water for People, Water for Life*. Em 2006, publicou outro importante Relatório denominado *Water: a Shared Responsibility*. Em 2009, foi produzido o Relatório *Water in a Changing World*. Em 2012, foi publicado seu último Relatório, intitulado *Managing water under uncertainty and risk*¹²¹.

Um instituto de caráter interestatal, específico para questões hídricas, é o UNESCO-IHE *Institute for Water Education*. Foi estabelecido em 2003, quando a UNESCO assinou um acordo com o *International Institute for Hydraulic and Environmental Engineering* (antigamente denominado Fundação IHE Delft). Tem sede em Delft, na Holanda, continuando os trabalhos desenvolvidos desde 1957 pelo IHE. Envolve-se diretamente na educação e pesquisa de recursos hídricos, proporcionando pós-graduação, em nível de mestrado e doutorado, bem como treinamento técnico nessa área¹²².

Outro instituto que tem participado ativamente do tema de governança da água é o *World's Water Pacific Institute* (WWPI). O WWPI foi fundado em 1987, em Oakland, Califórnia, e tem trabalhado na condução de pesquisa interdisciplinar em matéria de recursos hídricos. É responsável por relatórios bienais (*The World's Water*) de grande renome científico internacional¹²³.

Vê-se, assim, a importância da atuação de todos esses organismos, dentre outros mais que não foram aqui destacados, para a construção do Regime Internacional da Água Doce. Trata-se de momento, identificado pelo fenômeno da governança global, em que o

¹²⁰ Disponível em: <<http://www.gwsp.org/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹²¹ Informações e documentos disponíveis em <<http://www.unwater.org/index.html>> Acesso em 7 Jul. 2013.

¹²² Disponível em: <<http://www.unesco-ihe.org/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹²³ Disponível em: <<http://www.pacinst.org/>> Acesso em 22 Ab. 2013.

direito se consolida com a participação de distintos atores internacionais.

4.2.5. Constatações sobre o Regime Internacional da Água Doce

Verifica-se, pois, no Regime Internacional da Água Doce, que não há convenções multilaterais em vigor, com natureza de *hard law*, que estabeleçam um “direito à água”¹²⁴. Não há “tribunais específicos” para as questões hídricas (água doce). Não há institutos intergovernamentais, com a exceção do UNESCO-IHE e da UN-Water, que trabalham a questão da água. Os diversos documentos internacionais que são apontados como direcionadores do direito à água são documentos com natureza de *soft law*. Os documentos de natureza intergovernamental, ora sob a forma de Declarações, ora sob a forma de Comentários Gerais, ora sob a forma de Resoluções, não têm efeito obrigatório. Os muitos eventos havidos sobre o tema hídrico, bem como os vários documentos de caráter não governamental, mas com a larga participação de representantes estatais (os documentos dos Fóruns Internacionais da Água, por exemplo) somam, juntamente com esses outros documentos anteriormente citados, como evidência da existência de um Regime Internacional da Água Doce.

Esse regime da água tem operado no âmbito de um sistema internacional pluralista, cujos contornos estruturais têm se diversificado com o fenômeno da globalização e seu consequente fenômeno da governança global. Trata-se de um regime cujo hibridismo se verifica em seus distintos contornos: por vezes ambiental, por vezes econômico, por vezes uma defesa direta de direitos humanos.

Verifica-se, contudo, que, mesmo em sua incipiência, ali se encontram os elementos apontados por Krasner (1983) como necessários para a existência de um regime no plano internacional: princípios, normas, regras e procedimentos, sendo que os dois primeiros são endógenos ao regime e os dois últimos são-lhe exógenos. O Regime Internacional da Água Doce tem os seus princípios e normas próprios, ainda que a grande maioria dessas normas tenham natureza de *soft law*. Tem também as suas regras e procedimentos próprios, ainda que estes, que lhe são exógenos, tenham se modificado no decorrer do processo de consolidação do regime.

De uma verificação de todos os documentos e organismos que se juntam em torno da temática da água doce, percebe-se que o Regime Internacional da Água Doce tem se

¹²⁴ A Convenção de Helsinki, texto regional europeu, acaba de ser aberta à ratificação de países não europeus, sem ter tido contudo, até a presente data, adesões não europeias. Não trata, contudo, de forma específica, do “direito à água”.

consolidado, principalmente, com a defesa do direito humano à água. Para melhor compreendê-lo, far-se-á uma exposição sobre o que vem a ser esse direito – seus princípios, normas, elementos estruturais e conteúdo.

4.3. O Direito Humano à Água

O direito humano à água tem passado por uma construção histórica de afirmação, positividade e produção de eficácia interna.

Primeiramente, tem sido construído como uma faceta do direito à vida, por ser a água elemento fundamental à sobrevivência humana e por ser elemento central de um viver digno – abraçam-se, assim, duas dimensões de defesa dos direitos humanos. Nessa construção, aponta-se sua defesa nos documentos de Direitos Humanos voltados aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos e sociais.

Numa defesa de terceira dimensão, afirma-se o direito à água como um direito ao meio ambiente equilibrado, que não pode estar desassociado do direito ao desenvolvimento. Essa também é uma afirmação de alguns dos documentos internacionais de proteção ambiental firmados pelos diversos países.

Para levantar essa defesa, trabalha-se o direito à vida nas três dimensões de direitos humanos, para então afirmar-se que o direito à água faz parte dessa construção em alguns dos principais tratados existentes, em âmbito mundial e em âmbito regional. Também se extrai a defesa do direito à água de importantes julgamentos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e de importantes recomendações e relatórios preparados por organizações e entidades internacionais, de âmbito mundial ou regional, que têm sido autoridade no assunto.

Passa-se, então, a uma defesa específica do direito humano à água, construído como direito distinto dos demais direitos humanos. Alguns documentos internacionais importantes têm feito essa defesa e, para melhor compreendê-la, é importante que se entenda o seu conteúdo, que é contra majoritário, como toda defesa de direitos humanos. Portanto, faz-se uma abordagem sobre o conteúdo do direito à água e seus elementos, conforme apresentado pelo Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como por alguns *scholars* e por entendimento próprio no transcorrer dessa pesquisa.

4.3.1. O direito humano à vida: três dimensões

O direito à vida é a espinha dorsal dos Direitos Humanos. Trata-se do mais fundamental dos direitos, uma vez que dele depende o exercício de qualquer outro direito humano (liberdade, igualdade, propriedade, trabalho, lazer etc.). Sendo substancialmente superior aos demais direitos, o direito à vida tem sido interpretado em diferentes dimensões.

Numa defesa da primeira dimensão dos Direitos Humanos, o direito à vida é compreendido como o direito que tem todo ser humano de ter sua vida respeitada, de não ser privado da mesma. É concebido como um direito civil e consagrado em todos os documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, de âmbito regional ou universal.

Numa defesa da segunda dimensão dos Direitos Humanos, o direito à vida é defendido como o direito de viver de forma digna, de bem-viver, devendo ser permitidas e proporcionadas as condições mínimas para esse viver digno. Trata-se de um direito econômico, social e cultural, também consagrado nos principais documentos internacionais de Direitos Humanos.

Cançado Trindade (1993, p. 73) categoricamente afirma que “tomado em sua dimensão ampla e própria, o direito fundamental à vida compreende o direito de todo ser humano de não ser privado de sua vida (direito à vida) e o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente (preservação da vida, direito de viver)”.

Em sua terceira dimensão, os Direitos Humanos são especificados, individualizados e defendidos num plano internacional, com características de solidariedade universal. Nessa esfera, dentre outros, encontra-se a proteção do direito a um meio ambiente equilibrado, a ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Membros do Comitê de Direitos Humanos da ONU têm expressado opinião acerca do Art. 6º. do Pacto de Direitos Civis e Políticos no sentido de que todo Estado deve tomar medidas para assegurar o direito à vida, incluindo-se providências para reduzir o índice de mortalidade infantil, prevenir acidentes industriais e proteger o meio ambiente (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 73).

O Art. 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos proclama o direito à vida *strictu sensu*. O Art. 25 complementa que toda pessoa tem direito a um padrão de vida que garanta a si e a sua família saúde e bem-estar.

A Assembleia Geral da ONU (Resolução 37/189ª, 1982) e a Comissão de Direitos

Humanos da ONU (Resoluções 1982/7, 1983/43) têm afirmado que todos os povos e indivíduos têm um direito inerente à vida, estando esse direito fundamental salvaguardado por condições que lhes asseguram o exercício e gozo pleno, tanto no âmbito dos direitos civis e políticos, quanto no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Cançado Trindade ensina que:

O direito fundamental à vida, abrangendo o direito de viver, acarreta obrigações negativas assim como positivas em favor da preservação da vida humana. O seu gozo é uma pré-condição para o gozo de outros direitos humanos. Pertence, a um tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, e ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a indivisibilidade de todos os direitos humanos (1993, p. 81).

Numa sequência desse raciocínio, o direito à vida também pode ser defendido como um direito difuso. A defesa de interesses cujo objeto é juridicamente indivisível, que alcança um número indeterminado de pessoas, com ausência de uma clara associação entre os interessados, tendo havido lesão massiva e onde se verifica uma associação meramente fática entre os titulares do interesse é a defesa de interesses difusos propriamente dita, conforme conceituação de Paulo de Bessa Antunes (1993, p. 21).

A defesa do meio ambiente é um dos exemplos clássicos de defesa de interesses difusos. É nessa compreensão que o direito ao meio ambiente faz parte também do direito à vida. Trata-se de visão antropocêntrica, sim, mas teleologicamente voltada à proteção da vida no planeta, em todas as suas formas. Não se descarta, contudo, com essa visão, a defesa ecocêntrica, que filosoficamente se opõe à antropocêntrica, mas cuja finalidade é a mesma (MILARÉ, 2009).

Por sua vez, o direito ao desenvolvimento foi apontado pela Declaração das Nações Unidas, de 1986, como um direito humano econômico e social, de natureza inalienável. Todo ser humano tem, portanto, o direito de ver garantidas as condições mínimas de estrutura contemporânea para que atinja o seu pleno desenvolvimento em várias esferas, dentre elas a educacional, a social, a cultural, a trabalhista e a assistencial. Não se pode afastar, assim, o direito ao desenvolvimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Devem coexistir. A consolidação do direito ao desenvolvimento sustentável, conforme verificado em capítulo anterior, traz consigo a preocupação com os recursos hídricos e, conseqüentemente, com a afirmação do direito humano à água.

Bobbio (1992, p. 30) afirma que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente

encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Nessa linha de raciocínio, muitos documentos produzidos por organizações internacionais, governamentais ou não governamentais, passaram a dar ênfase à importância do reconhecimento de um novo direito fundamental, que passou a ser denominado genericamente como “o direito à água”.

Partindo do pressuposto de defesa universal dos direitos humanos, Mirandola e Sampaio (2005) identificam as diferentes dimensões em que o direito à água é tido como um direito fundamental: a dimensão humanitária e da dignidade da pessoa humana, a dimensão econômica, a dimensão social e a dimensão sanitária. Trabalham com uma tentativa de buscar o fundamento para essa afirmação.

Nessa esteira, o direito à água tem sido construído como um direito humano fundamental, sendo abraçado, assim, pelas três dimensões de Direitos Humanos, conforme se exporá adiante.

4.3.2. A construção do Direito Humano à Água

A crise do setor hídrico, conforme identificada em capítulo anterior, agravada pelas preocupações acerca do abastecimento de água em várias partes do mundo, tem feito emergir uma corrente doutrinária que clama pelo “direito à água”, cerceado a muitos em vários países, inclusive no Brasil, ora por políticas de privatização inadequadas, ora por políticas de comercialização marginalizadoras, ora por políticas públicas ineficientes (CAUBET, 2005, 2006; MIRANDOLA; SAMPAIO, 2005; PETRELLA, 2009; VIEIRA; BARCELLOS, 2009).

Mirandola e Sampaio (2005, p. 4) identificam os três movimentos iniciais que deram impulso à defesa do direito à água: o movimento ambientalista, o movimento dos direitos sociais e o movimento do direito ao desenvolvimento. Para os ambientalistas, as fontes de água doce devem ser preservadas para as presentes e futuras gerações. Para o movimento dos direitos sociais, a água deve ser acessível também às minorias marginalizadas. Para o movimento do direito ao desenvolvimento, o acesso à água em qualidade e quantidade suficientes deve representar um padrão de vida adequado. Esses três movimentos têm impulsionado a defesa do direito humano à água.

Mas o que significa a afirmação da existência de um direito humano à água?

Um Relatório preparado pelo *World Water Council*, explica o significado abrangente do direito humano à água afirmando que se trata de uma obrigação subdividida em “respeitar, proteger e cumprir”, nos seguintes termos:

The obligation to respect requires that States Parties (that is, governments ratifying the treaty) refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to water (...) The obligation to protect requires that States Parties prevent third parties such as corporations from interfering in any way with the enjoyment of the right to water (...). The obligation to fulfill requires that States Parties adopt the necessary measures to achieve the full realization of the right to water (WWC, 2003, p. 07)¹²⁵.

Assim, a proteção da necessidade humana básica de se ter acesso à água tem tido de ser defendida pelo “império do direito” e, de maneira mais específica, como um direito humano fundamental. Dworkin (2007, p. 492) oferece uma resposta para o que vem a ser o império do direito. Segundo ele, o império do direito é definido pela atitude, de maneira interpretativa, auto reflexiva e dirigida à política no mais amplo sentido, onde fica confirmado o caráter contestador do direito, de maneira que se estabeleçam os compromissos públicos da sociedade para com os princípios.

Parece ter sido acreditando nesse império do direito que os movimentos, cada qual com seu prisma distinto, passaram a levantar a bandeira do direito à água, conforme construção que se apresenta.

4.4. O Direito Internacional e o Direito à Água

O Direito Internacional, por mais críticas que receba, tem sido um dos mais eficientes instrumentos para a proteção dos direitos humanos dos cidadãos em face de seus próprios Estados. Não apenas os tratados internacionais de direitos humanos como também as interpretações dadas pelos tribunais internacionais têm servido como parâmetro para a construção de uma sociedade mais igualitária, onde o respeito aos direitos individuais e coletivos é resguardado por diversos sistemas de monitoramento, internacionais ou internos.

Por vezes, a norma internacional, com caráter de *soft law*, tem sido respeitada como costume internacional e, como tal, tem sido incorporada nos diversos ordenamentos internos. Por outras vezes, a norma internacional, com caráter de *hard law*, tem sido fundamento para a cobrança dos direitos humanos em face de Estados violadores nos

¹²⁵ A obrigação de respeitar requer que os Estados (aqueles ratificantes do Tratado) abstenham-se de interferir, direta ou indiretamente, com o direito de gozo da água (...) A obrigação de proteger requer que os Estado previnam terceiros, tais como empresas, de interferir, de qualquer maneira, no gozo do direito à água (...) A obrigação de cumprir requer que os Estados adotem as medidas necessárias para a plena realização do direito à água. (tradução livre)

tribunais internacionais e, em muitos Estados democráticos, tem sido o fundamento para a cobrança individual ou coletiva de direitos fundamentais nos próprios tribunais nacionais.

O direito à água é mais comumente expresso em documentos internacionais que não geram aos Estados obrigações propriamente ditas, com natureza de *soft law*, tais como as resoluções e declarações. Tais documentos, tanto de caráter internacional como de caráter regional, partem do pressuposto de que grande parte dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à saúde, dependem do acesso à água em qualidade e quantidade suficientes. Por outro lado, em outros documentos com natureza de *hard law*, o direito à vida e à saúde tornaram-se obrigações dos Estados e o direito à água tem sido defendido de forma implícita em seus textos, cujo escopo é, por vezes, a defesa dos direitos humanos propriamente dita, por vezes a defesa do direito humanitário *strictu sensu* e, por vezes, a defesa ambiental.

A Carta das Nações Unidas não defende de forma específica o direito à água, mas promove as condições de estabilidade e bem-estar entre os povos, com base nos princípios da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos. O art. 55 da Carta visa a promoção de níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social e enfatiza a necessidade de se buscar a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional.

Em razão do crescimento populacional e, por razões naturais ou antrópicas e dada a escassez hídrica, a defesa do direito à água tem se tornado um caminho necessário para a promoção das metas prescritas na Carta da ONU.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo texto produzido pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, tinha como escopo tornar-se um inventário padrão de direitos individuais com natureza de *soft law*, tornou-se direito costumeiro internacional e teve seu conteúdo reafirmado em vários instrumentos internacionais e nacionais. Em seu Art. 25, a Declaração preceitua que todo ser humano tem direito a um padrão de vida que seja capaz de lhe assegurar saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, dentre outros direitos sociais reconhecidos.

Scanlon et al. (2004) questionam o porquê de o direito à água não ter sido incluído no texto da Declaração. Após reflexão, concluem que o direito à água está, na verdade, implicitamente incluído pela própria expressão contida no trecho do Art. 25, no qual se lê “inclusive alimentação, vestuário, habitação (...)”, uma vez que essa expressão passa a

noção de um texto não taxativo, mas exemplo do que seriam as condições necessárias para um padrão de vida adequado. Consequentemente, concluem que seria impossível atingir esse padrão proposto pela Declaração sem o acesso à água em qualidade e quantidade suficiente para todos.

As Convenções e Protocolos de Genebra sobre Direito Humanitário reconhecem, de forma explícita, o direito à água, tendo como foco o direito à “água potável” em circunstâncias de proteção do direito humanitário (prisioneiros de guerra e civis em Estados em guerra). Individualizando seus respectivos textos, encontra-se o direito à água para beber e para higiene pessoal explicitamente reconhecido na III Convenção de Genebra de 1949 (Arts. 20, 26, 29 e 46), na IV Convenção de Genebra de 1949 (Arts. 85, 89 e 127), no I Protocolo Adicional de 1977 (Arts. 54 e 55) e no II Protocolo Adicional de 1977 (Arts. 5 e 14).

O Pacto de Direitos Civis e Políticos (PDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC), ambos de 1966, reconhecem, de maneira implícita, o direito à água, e têm sido usados como base para fundamentar muitas das reclamações individuais que pleiteiam esse direito.

No PDCP, o direito à vida é garantido no Art. 6º, no qual se lê que o direito à vida é inerente à pessoa humana e deve ser protegido por leis. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, numa análise desse dispositivo, opinou por uma interpretação ampliativa do seu texto, de maneira a incluir medidas para reduzir a mortalidade infantil, para aumentar a expectativa de vida, para eliminar a desnutrição e as possíveis epidemias. O Comitê entendeu que a expressão “o direito à vida é inerente à pessoa humana” não pode ser interpretado de maneira restritiva. Sendo assim, como a água é de natureza fundamental à vida e a um viver digno, o Art. 6º do PDCP pode e deve ser usado como base para afastar qualquer medida arbitrária que interrompa ou impeça o acesso à água em quantidade e qualidade suficientes¹²⁶.

O PDESC tem sido continuamente lembrado quando se trata de defender o direito à água, em razão do conteúdo de seus Arts. 11 e 12. O Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n. 15, de 2002, numa interpretação desses Arts. 11 e 12 do PDESC, entende que “o direito humano à água é indispensável para uma vida digna. É pré-requisito para a realização de outros direitos

¹²⁶ Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n. 6, adotado na 16a. Sessão (1982), sobre o Art. 6º do PDCP.

humanos”¹²⁷.

Os Comentários Gerais do Comitê são documentos de interpretação autorizada do Pacto e representam autoridade documental no tema. Trata-se, portanto, de uma classificação oficial do direito à água como um direito humano. Segundo o Comitê, os Estados têm um “dever constante e contínuo” de garantir o direito à água para todos, de forma igualitária, segura e saudável, sem nenhum tipo de discriminação, como também os serviços de saneamento básico. A obrigação que traz o PDESC aos Estados não é de garantir de forma imediata todos os direitos nele elencados, mas de tomar as medidas necessárias para que esses direitos sejam garantidos. Nesse Comentário Geral n. 15, o Comitê elenca, conforme se exporá mais adiante, uma série de medidas para garantir a eficácia do direito humano à água.

Nesse sentido, portanto, faz-se a defesa de que a não concessão do direito de acesso à água é uma infração dos Arts. 11 e 12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, estabelece, no Art. 1º, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, estando, portanto, todo ser humano habilitado a participar do desenvolvimento econômico, social, político e cultural, contribuindo e desfrutando do mesmo, com a realização plena de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. No Art. 8º, parágrafo 1º, fica declarado que os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos. A Resolução n. 54/175 da Assembleia Geral da ONU, numa interpretação desse artigo, esclarece que o direito à alimentação e à água potável é um direito humano fundamental e sua promoção constitui um imperativo moral, tanto para os Estados em nível nacional, como para a comunidade internacional.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher explicitamente defende o direito à água. Com base na Carta das Nações Unidas que reafirma a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, a Convenção condena, no Art. 2º, todas as formas de discriminação contra a mulher e, no Art. 14, parágrafo 2º, prevê que os Estados deverão adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação

¹²⁷ Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n. 15, (2002), sobre “O direito à água (Arts. 11 e 12 do PDESC)”, Adotado na 29ª sessão, Genebra, 11-29 de Novembro . E/C.12/2002/11.

contra as mulheres nas zonas rurais, de maneira a assegurar, sua participação no desenvolvimento rural, devendo, em particular, assegurar-lhes o direito de gozar de condições de vida adequadas, especialmente no tocante à habitação, saneamento, fornecimento de eletricidade e abastecimento de água, transportes e comunicações.

Em comentário a esse dispositivo, Scanlon et al. (2004) explicam que o reconhecimento expresso do direito à água nesse artigo se dá em razão de, em muitos países em desenvolvimento, ser tarefa da mulher buscar água em poços e outras fontes, geralmente distantes de casa. A Convenção coloca sobre o Estado a obrigação de minorar os problemas causados à saúde e bem-estar da mulher em razão desse ônus cultural que lhe é imposto.

Também de maneira explícita, mas sob diferente perspectiva, a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece, no art. 24, parágrafo 2º, “c”, o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde, devendo os Estados envidar esforços para que seja garantida a toda criança a plena aplicação desse direito, em especial para combater as doenças e a desnutrição, no contexto dos cuidados básicos de saúde, através da aplicação de tecnologia disponível e do fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental.

Da mesma forma, os Princípios das Nações Unidas para Pessoas Idosas, de 1991, traçam, como de fundamental importância para a sua independência, o acesso da pessoa idosa à água, dentre outros bens de necessidade vital (Princípio n. 1)

Nos vários instrumentos internacionais de natureza ambiental, a água é protegida como bem ambiental que é. Dentre esses instrumentos, destacam-se, de maneira explícita ou implícita, em seus textos, a Declaração de Estocolmo, o Plano de Ação de Mar del Plata, as Regras de Dublin, a Agenda 21, a Declaração do Milênio e a Declaração de Johannesburgo.

Sendo um dos primeiros instrumentos de proteção ambiental de âmbito internacional, a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 1972, traz o reconhecimento do direito a um meio ambiente de qualidade, que permita uma vida digna e um bem-estar a todos, no Princípio n. 1. Prevê, ainda, no Princípio n. 2, que os recursos naturais da terra, incluindo a água, devem ser salvaguardados para o benefício da presente e das futuras gerações, mediante um cuidadoso planejamento e administração adequada.

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi produzido um documento de natureza *soft law* denominado Agenda 21. O Capítulo 18 da Agenda 21 dispõe metas e objetivos a serem alcançados em relação à

água doce, identificando que um direito à água necessariamente compreende três elementos, a saber: acesso, qualidade e quantidade. Conclama os Estados a garantirem água potável a todos, em qualidade e quantidade adequadas, independentemente do seu estado de desenvolvimento e de suas condições sociais e econômicas. Propõe as seguintes áreas de programas para o setor de água doce: desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; avaliação dos recursos hídricos; proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; água e desenvolvimento urbano e sustentável; água para a produção sustentável de alimentos; desenvolvimento rural sustentável e impacto da mudança do clima sobre os recursos hídricos.

A Convenção das Nações Unidas contra a Desertificação, de 1994, traz no Art. 2º, parágrafo 2º, o objetivo de proteger os recursos hídricos, de maneira a melhorar as condições de vida, principalmente em nível comunitário. No Art. 10, são previstas uma série de medidas a serem adotadas pelos Estados Membros para atingir os seus objetivos.

Também do mesmo ano de 1994, o Plano de Ação de Cairo sobre População e Desenvolvimento afirma o direito de todo ser humano a um padrão de vida adequado, incluindo acesso à água potável e saneamento básico (Princípio n. 2).

A Agenda Habitat, preparada na Conferência das Nações Unidas havida em Istambul, em 1996, expõe uma série de problemas prejudiciais à saúde e conclama os Estados participantes a adorem medidas para mitigá-los. Dentre os problemas expostos, estão: precária qualidade da água fornecida e precárias condições de saneamento básico (Parágrafos 129 e 136).

A Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar, também de 1996, propõe princípios de erradicação da fome e da miséria, traçados em forma de objetivos. Dentre eles, encontra-se previsto o acesso à água (Parágrafo 19, Objetivo n. 2.1).

A Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, não traz, de forma explícita, o reconhecimento do direito à água. Contudo, ao prever, no Capítulo 3, o desenvolvimento e a erradicação da pobreza, aborda, no parágrafo 19, que, até 2015, deve ser reduzido à metade o número de pessoas que não têm acesso à água potável ou carecem de meios para obtê-la. No Capítulo 4, parágrafo 23, explicita a decisão de pôr fim à exploração insustentável dos recursos hídricos, formulando estratégias de gestão nos planos regional, nacional e local, capazes de promover um acesso equitativo e um abastecimento adequado.

Em 2002, o Plano de Implementação de Johannesburgo acerca da Declaração do Milênio traçou medidas a serem adotadas para alcançar os objetivos almejados. Dentre

essas medidas, sugere: um gerenciamento hídrico integrado entre os Estados Membros (parágrafo 24); um programa de ação para se atingir a meta de água potável segura para todos até o ano de 2015 (parágrafo 25), incluindo: a) uma mobilização financeira internacional e doméstica para promover serviços de abastecimento e saneamento básico com inclusão social; b) a informação a todos, inclusive às mulheres, acerca do gerenciamento sustentável dos recursos hídricos; c) a promoção de ações de prioridade entre os investidores do setor de gerenciamento de recursos hídricos, de maneira a consolidar o quadro doméstico; d) uma intensificação das medidas de prevenção da poluição da água, através de um melhor planejamento de saneamento básico; e) a promoção do uso sustentável da água e f) a prevenção dos períodos de escassez. O Plano de Ação continua, em seu texto, principalmente nos parágrafos 26, 27, 28 e 29, a prever várias outras medidas de importância para a questão do direito à água.

Em 2012, com a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, chamada Rio + 20, houve a consolidação do direito humano à água, dentro do documento “O Futuro que Queremos”. Expresso em seu texto, conforme no original, encontra-se:

Water and sanitation

119. We recognize that water is at the core of sustainable development as it is closely linked to a number of key global challenges. We therefore reiterate the importance of integrating water in sustainable development and underline the critical importance of water and sanitation within the three dimensions of sustainable development.

120. We reaffirm the commitments made in the Johannesburg Plan of Implementation and Millennium Declaration regarding halving by 2015 the proportion of people without access to safe drinking water and basic sanitation and the development of integrated water resource management and water efficiency plans, ensuring sustainable water use. We commit to the progressive realization of access to safe and affordable drinking water and basic sanitation for all, as necessary for poverty eradication and to protect human health, and to significantly improve the implementation of integrated water resource management at all levels as appropriate. In this regard, we reiterate these commitments in particular for developing countries through the mobilization of resources from all sources, capacity building and technology transfer.

121. **We reaffirm our commitments regarding the human right to safe drinking water and sanitation**, to be progressively realized for our populations with full respect for national sovereignty. We also highlight our commitment to the 2005-2015 International Decade for Action “Water for Life.”

122. We recognize the key role that ecosystems play in maintaining water quantity and quality and support actions within the respective national boundaries to protect and sustainably manage these ecosystems.

123. We underline the need to adopt measures to address floods, droughts, and water scarcity, addressing the balance between water supply and demand including where appropriate non-conventional water resources, and to mobilize financial resources and investment in infrastructure for water and sanitation services, in accordance with national priorities.

124. We stress the need to adopt measures to significantly reduce water pollution

and increase water quality, significantly improve wastewater treatment, and water efficiency and reduce water losses. In order to achieve this end we stress the need for international assistance and cooperation¹²⁸. (grifo nosso)

Esse direito à água esteve em processo de construção em documentos específicos, ao longo das últimas décadas e, por mais que esteja, no plano internacional, firmado nesse documento com natureza de *soft law*, não se pode descartar o efeito moralizador, socializador e educador do Direito Internacional.

A seguir, identificar-se-á a construção de documentos específicos que foram antecessores dessa declaração firmada na Rio + 20 e que ajudaram a consolidar, no cenário internacional, a garantia do direito à água e o Regime Internacional da Água Doce.

4.5. O Direito Internacional à Água propriamente dito

Após a II Guerra Mundial, a tendência para a modificação do ponto de partida de análise das Relações Internacionais tem sido contínua. Na última metade do século XX, um direcionamento contemporâneo introduziu os direitos humanos como preocupação central nas Relações Internacionais, através do trabalho de organizações internacionais governamentais e não-governamentais, bem como através da proliferação dos tratados de direitos humanos.

Uma vez que a água é um elemento vital, tanto quanto o ar, não pode ser tratada apenas como objeto de tratados de natureza comercial ou política. O direito ao abastecimento de água é parte do direito de viver e parte do direito de viver de forma

¹²⁸ Princípio 119: “Reconhecemos que a água está no centro da discussão do desenvolvimento sustentável e está ligada a vários desafios globais, reiterando-se a importância de a água e o saneamento básico serem considerados nas três dimensões do desenvolvimento sustentável); Princípio 120: Nós afirmamos que a meta de redução, até o ano de 2015, do número de pessoas sem acesso à água potável segura e saneamento básico é reafirmada, bem como um gerenciamento integrado dos recursos hídricos, assegurando-se um uso sustentável da água. Essa meta é considerada necessária para a erradicação da pobreza e para a proteção da saúde humana e implementação de um gerenciamento integrado dos recursos hídricos em todos os níveis, em especial, para os países em desenvolvimento, devendo haver mobilização de recursos de todas as fontes, bem como transferência de tecnologia; Princípio 121: nós afirmamos que o direito humano à água potável e saneamento a ser progressivamente conquistado para as populações, em geral, respeitando-se, contudo, a soberania nacional; Princípio 122: nós reconhecemos o papel que os ecossistemas desempenham na manutenção da quantidade e qualidade da água, além da necessidade de ações de apoio dentro das fronteiras nacionais para gerenciar de maneira sustentável esses ecossistemas; Princípio 123: nós destacamos a necessidade de adotar medidas relacionadas a enchentes, secas e escassez de água, endereçando o equilíbrio entre o abastecimento de água e a demanda, incluindo, quando apropriado, fontes não convencionais de água, de maneira a se mobilizar recursos financeiros e investimento em infraestrutura para serviços de água e saneamento básico, de acordo as prioridades de cada país; Princípio 124: nós confirmamos a necessidade de se adotar medidas que significativamente reduzam a poluição da água e aumentem a qualidade da água, bem como o tratamento de águas de esgoto, objetivando a eficiência hídrica bem como a redução de desperdício de água, devendo haver, para tanto, assistência e cooperação internacional” (tradução livre).

digna, assim como é também parte de um direito ao desenvolvimento sustentável. Trata-se, portanto, de um direito defendido pelas três dimensões de direitos humanos, que deve ser levado em consideração no momento de planejamento dos tratados internacionais, da defesa dos direitos fundamentais no plano interno, bem como das negociações de gerenciamento dos recursos hídricos.

Não obstante a importância da água para a vida no planeta, o direito humano à água foi desenvolvido, principalmente, por uma oposição à tendência da política econômica neoliberal voltada à privatização do abastecimento de água. A água passou a ser defendida sob uma perspectiva de bem essencial à vida, tal qual o ar. As preocupações em torno de sua privatização têm levado os internacionalistas a construírem princípios acerca de seu acesso. Nesse ínterim, várias foram as Conferências Internacionais e os documentos nelas produzidos que passaram a enfatizar a preocupação com o acesso à água. Dentre eles, destacam-se: a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano (Estocolmo, 1972); a Conferência das Nações Unidas sobre Água (Mar del Plata, 1977); a Conferência Internacional sobre Água e o Meio Ambiente (Dublin, 1992); A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92); a Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento Sustentável (Paris, 1998); a Declaração de Nova Deli de 1990; a Declaração do Milênio, de 2000; a Conferência Internacional sobre a Água Doce (Bonn, 2001) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2012.

Na Conferência de Mar del Plata, de 1977, foi decidido que a década de 1980-1990 seria a “Década Internacional de Abastecimento de Água e Saneamento”, numa tentativa de enfatizar a garantia do acesso de água potável para todos¹²⁹. Nessa Conferência, foi traçado o Plano de Ação das Nações Unidas, que reconheceu o acesso à água como um “direito”, declarando que todos têm o direito à água potável em quantidade e qualidade equitativas às suas necessidades básicas.

Na Conferência de Nova Deli, de 1990, foi elaborada a “Avaliação Global da Década”. Nessa Conferência, foi produzida a Carta de Nova Deli, documento que destacava a importância de se garantir uma quantidade mínima de água a todos até o ano de 2000¹³⁰.

Em 1992, em Dublin, a Assembleia Geral da ONU produziu um documento que

¹²⁹ A Década da Água foi confirmada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 35/1980 (UN Doc A/RES/35/18 (1980)).

¹³⁰ International Drinking Water Supply and Sanitation Decade, documento disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r181.htm>> Acesso em 22 Abr. 2013.

ficou conhecido como a Declaração Universal dos Direitos da Água¹³¹. No Princípio n. 2 dessa Declaração, é disposto que a água é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não se pode conceber como seriam a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. No Princípio n. 4, enfatiza-se que o equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos, que devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra.

Em 1996, o *World Water Council* promoveu o I Fórum Mundial da Água, em Marrocos. Junto ao Fórum, passou, desde então, a funcionar uma Conferência Interministerial com a finalidade de adoção de declarações políticas. Já aconteceram seis fóruns internacionais da água organizados pelo WWC, nos quais houve produção de importantes documentos para a afirmação do direito humano à água, conforme já identificados anteriormente.

O Protocolo de Londres, de 1999, preparado pela Comissão Econômica da ONU para a Europa, estatui o princípio do acesso à água equitativo à população de todos os Estados Membros.

Na sequência, a Declaração do Milênio de 2000 (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM), no âmbito da Assembleia Geral da ONU, estabeleceu uma meta a ser alcançada por todos os países, com a intenção de se garantir água potável e serviços de saneamento básico a todos os seus cidadãos até o ano de 2015, apontando, ainda, para uma exploração sustentável dos recursos hídricos¹³².

Em 2001, ocorreu a Conferência Internacional da Água, organizada pelo Governo alemão, em Bonn, na Alemanha, onde houve forte movimento contra a privatização do setor¹³³. O Relatório nela produzido destaca a problemática da exclusão hídrica e sua relação com a pobreza, bem como a necessidade de se reverter esse quadro. Identifica, ainda, a necessidade de financiamento internacional para resolver essas questões de transferência de tecnologia entre os Estados e de observância da boa governança da água.

Em 2002, em Johannesburgo, a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável traça o objetivo de redução à metade do número de pessoas sem serviços de abastecimento.

Nesse mesmo ano, o Comitê Econômico, Social e Cultural da Assembleia Geral da

¹³¹ “The Dublin Statement on Water and Sustainable Development”, documento disponível em: <<http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹³² United Nations Millennium Declaration A/55/2, documento disponível em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>> Acesso em 22 Abr. 2013

¹³³ Documento disponível em: <<http://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/BonnConferenceReport.pdf>> Acesso em 22 Abr. 2013.

ONU publica o Comentário Geral n. 15¹³⁴, trazendo a afirmação do direito público à água e o significado e conteúdo desse direito, bem como os deveres de cada Estado para concretizar sua eficácia. Esse documento, conforme se exporá adiante, tem servido, desde então, para mapear e monitorar o direito à água.

Tendo em vista a preocupação com o tema, a ONU declara o ano de 2003 como o “Ano da Água”¹³⁵ e o ano de 2008 como o “Ano de Saneamento Básico”¹³⁶. Em 1992, a Assembleia Geral da ONU já tinha designado o dia 22 de março como o Dia Internacional da Água¹³⁷.

As Regras de Berlin, da ILA, de 2004, sobre o Uso das Águas e dos Rios Internacionais, conforme já comentadas, reconheceram ao indivíduo, em seu Art. 17, o direito de dispor de água suficiente, segura, física e economicamente acessível para satisfazer as necessidades humanas vitais.

Em julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU reconheceu que o direito de acesso à água potável é um direito humano¹³⁸. Proposto pela Bolívia, o texto informa que cerca de 2.600.000.000 pessoas vivem sem instalações sanitárias adequadas, o que tem contribuído para a morte anual de 1.500.000 crianças em razão de doenças provocadas pela falta de água. Com essa decisão, a Assembleia Geral confirma o preâmbulo da Declaração da Conferência de Mar del Plata, de 1977, segundo o qual todas as pessoas têm direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade suficientes para suprir suas necessidades básicas. Conforme observa Inga Winkler (2012), esse reconhecimento formal do direito humano à água traz o tema para uma agenda internacional, mas não responde muitas dúvidas sobre o conteúdo desse direito humano.

Na Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, havida no Rio de Janeiro, em 2012, a consolidação do direito humano à água é destacado dentro do documento “O Futuro que Queremos”, conforme já abordado anteriormente.

Segundo dados do Banco Mundial¹³⁹ e da Organização Mundial da Saúde¹⁴⁰, uma pessoa precisa de cerca de 20-40 litros de água, por dia, para seu consumo pessoal, estando

¹³⁴ Resolução sobre o Direito à Água - A/64/L.63/Rev.1

¹³⁵ UN Doc A/RES/55/196 (2003), In: <<http://www.un.org/events/water/brochure.htm>> Acesso em 22 Abr. 2013.

¹³⁶ UN Doc A/RES/61/192 (2008), In: <<http://esa.un.org/iys/>> acesso em 22 Abr. 2013.

¹³⁷ UN Doc A/RES/47/193 (1992).

¹³⁸ GA/10967 UM Doc A/64/L.63/REV.1.

¹³⁹ Dados disponíveis em:

<<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTOED/EXTWATER/0,,contentMDK:22510243~pagePK:64829573~piPK:64829550~theSitePK:6817404,00.html>> Aceso em 22 Abr. 2013.

¹⁴⁰ Dados disponíveis em: <<http://www.who.int/topics/water/en/>> Acesso em 22 Abr. 2013.

incluída a dessedentação e higiene pessoal. A Agenda 21 propõe que seja garantida, a cada pessoa, por dia, o mínimo de 40 litros de água. Gleik (1996) aponta a necessidade mínima de 50 litros de água, por pessoa, por dia.

Contudo, conforme esclarecem Villar e Ribeiro (2010, p. 312), a despeito de todas essas iniciativas, as metas ainda estão longe de serem cumpridas. Em 2002, os números eram de 1.1 bilhão de excluídos hídricos e 2.6 bilhões de pessoas sem saneamento básico, com base nos dados da OMS, de 2004. Em 2010, houve uma pequena queda nesses números. Porém, há, ainda, cerca de 900 milhões de pessoas que não tem acesso a um sistema de abastecimento básico que lhes proporcione, ao menos, 20 litros de água potável por pessoa por dia e, com tudo isso, cerca de 2,5 bilhões de pessoas continuam sem acesso ao saneamento.

O Programa de Monitoramento Conjunto da OMS/UNICEF (JMP) publicou, em 2010, um Relatório, intitulado "*Progress on Sanitation and Drinking-Water: 2010 Update Report*", avaliando a atual situação e as tendências em 209 países em relação ao alcance dos Objetivos do Milênio para a água potável e saneamento básico. Segundo esse Relatório, após o desenvolvimento de políticas públicas adotadas pelos diversos países em cumprimento das metas do milênio, cerca de 87% da população mundial estão usando fontes seguras de água potável, o que são dados bastante otimistas. O Relatório não se mostra nada otimista, contudo, em relação ao melhoramento das instalações sanitárias nos diversos países, apontando que cerca de 39% da população mundial tem vivido sem usufruir desse direito. Aponta, assim, a necessidade urgente de se prestar mais atenção às políticas públicas voltadas para o saneamento básico.

O direito à água tem sido defendido também em uma base internacional regional, ora como interpretação dos documentos de direitos humanos próprios de cada organismo, ora como documento específico do direito à água. Passa-se a uma identificação desses documentos regionais.

4.6. O Direito Internacional Regional e o Direito à Água

Muitos instrumentos regionais reconhecem, de maneira implícita ou explícita, o direito à água. Corroboram com a existência do Regime Internacional da Água Doce e, em alguns casos, trazem exemplos a serem seguidos no tocante à defesa da água em outras bacias hidrográficas. Dentre os muitos documentos regionais, são aqui destacados alguns no âmbito da União Europeia, das Américas e da África.

A Convenção Europeia sobre o uso dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais – Convenção de Helsinki - é comumente lembrada como uma Convenção de proteção do direito internacional regional à água, por sua defesa política e ambiental. Em 1999, foi publicado seu Protocolo Adicional sobre Água e Saúde, que, de forma explícita, defende o direito à água. No Art. 1º, ao traçar os objetivos do protocolo, o texto informa que deve ser promovida a proteção da saúde humana e do bem estar, individual e coletivo, dentro de uma base de desenvolvimento sustentável, através de uma melhora no gerenciamento dos recursos hídricos, de maneira a prevenir, controlar e reduzir doenças relacionadas à água. No art. 4º, lê-se que os Estados devem tomar todas as medidas adequadas para assegurar um fornecimento de água potável adequada, bem como um adequado serviço de saneamento básico, além da proteção das fontes de água potável. Uma espécie de “agenda de implementação” dessas garantias é traçada no Art. 6º. A Convenção de Helsinki e seu Protocolo foram, em 2013, abertos à adesão de países não europeus, pretendendo ser, assim, uma convenção multilateral sobre o tema.

A União Européia, com base nos debates de Johannesburgo, em 2002, lançou a *European Union Water Initiative - EUWI*, cujo objetivo é promover, em nível nacional, o planejamento adequado dos recursos hídricos. Apesar de se encontrar no âmbito administrativo da União Europeia, a EUWI não é uma construção unicamente estadocêntrica, uma vez que tem se valido da participação de atores não governamentais para mobilizar recursos financeiros (PAHL-WOSTL et al., 2008).

Em razão de uma consulta endereçada ao Conselho Europeu de Direito Ambiental – CEDAM (*European Council on Environmental Law – ECEL*), este chegou a afirmar o direito à água na Resolução de 28 Abril de 2000 (ECEL, 2000, p. 265). Nesse documento, o CEDAM estatui que o direito à água não pode estar desassociado de outros direitos humanos já reconhecidos, pedindo aos Estados que adotem políticas públicas para garantir o direito à água para todos dentro da União Europeia. Essa Resolução é baseada na Declaração de Madeira sobre Gerenciamento Sustentável de Água, seguindo o princípio nela estabelecido de que nenhuma pessoa pode ser privada da quantidade de água necessária para suas necessidades básicas.

Nessa Resolução de 2000, o CEDAM trabalhou a questão sobre até que ponto o direito à água pode ser considerado um direito humano. Partindo do pressuposto de que se trata de uma necessidade básica, o CEDAM chegou à conclusão de que o direito à água consiste, dentre outros aspectos, em dar acessibilidade a todas as moradias do serviço de abastecimento e saneamento, independente de o gerenciamento desses serviços estar em

mãos públicas ou privadas. Além disso, o CEDAM entendeu que o direito à água compreende a garantia de uma cota mínima de água gratuita para todos, suficiente para a manutenção da vida e da saúde humana, assim incluindo água para beber, cozinhar e higiene pessoal, bem como, em áreas rurais (ou mesmo urbanas, em certos países), a água necessária para a produção da agricultura familiar. Essa quantidade excede o montante de 40 litros por pessoa por dia, o que ainda está muito abaixo da média de consumo atual na Europa (cerca de 120 litros por pessoa por dia). O CEDAM manifestou-se, ainda, no sentido de que o direito à água não estende sua proteção ao uso comercial, industrial ou ao agronegócio (irrigação).

Por fim, o CEDAM concluiu que o direito à água é uma interpretação do Art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo qual deve ser garantido a todos um padrão de vida adequado, não podendo estar o direito à água desassociado do direito à alimentação. Da mesma forma, trata-se de uma faceta do direito à saúde, conforme previsto no Art. 12 do Pacto. Ademais, a Resolução leva em consideração o entendimento do Conselho Europeu de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo qual o direito à água está vinculado ao direito à habitação.

O CEDAM também levou em consideração o Art. 1º da Convenção Aarhus sobre o Acesso à Informação, Participação Pública no Processo Decisório e Acesso à Justiça em Questões Ambientais, para afirmar o direito à água como parte de um desenvolvimento sustentável.

Em razão de todas essas inclusões, o CEDAM entendeu não haver necessidade para se criar um direito humano à água autônomo, independente desses outros direitos humanos já reconhecidos. Porém, propôs aos Governos dos Estados europeus que, de maneira explícita, reconheçam o direito individual à água, de maneira que possa ser executável sob o amparo de um devido processo legal, não meramente como aspiração ou meta política.

Há outros documentos da União Europeia que também têm sido usados como indicação de uma defesa do direito à água, ainda que de maneira implícita. Dentre eles, destacam-se: a Convenção sobre Informação, Participação Pública e Processo Decisório no Acesso à Justiça Ambiental, de 1988, no Art. 1º; a Convenção sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, nos Arts. 2º e 8º; a Carta Social Europeia, de 1961, nos Arts. 11, 12, e 13, e a Carta Social Europeia Revisada, de 1996, no Art. 31 (LANGFORD et al., 2004).

No sistema interamericano, não há previsão expressa acerca do direito à água. A Convenção Americana de Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa

Rica), de 1969, apresenta-se como a Carta de proteção dos direitos civis e políticos nas Américas e o Protocolo de San Salvador, de 1988, apresenta-se como a Carta de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Pacto de São José da Costa Rica prevê, no Capítulo III, Art. 26, que os Estados adotarão medidas de cooperação internacional para atingir a realização plena dos direitos humanos.

O Protocolo de San Salvador prevê o direito à saúde (Art. 10), o direito a um meio ambiente sadio e a serviços públicos básicos (Art. 11) e o direito à alimentação (Art. 12), reconhecendo, assim, implicitamente o direito à água.

Compreende-se, assim, que, no sistema interamericano, a defesa do direito à água é uma interpretação dos dispositivos mencionados nesses dois documentos normativos.

Alguns documentos africanos defendem o direito à água, de maneira explícita ou implícita. De maneira explícita, tem-se apenas a Carta Africana sobre os Direitos da Criança, de 1990, cujo Art. 14 prevê que toda criança tem o direito de gozar das melhores condições possíveis de saúde física, mental e espiritual e que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para garantir esse direito, dentre elas, medidas que assegurem uma nutrição adequada e água potável segura.

Implicitamente, a Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981, defende o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado para todos (Art. 24), bem como o direito à saúde física e mental, de maneira individual (Art. 16) e para a família (Art. 18).

Pode-se dizer, portanto, que o direito à água pode ser defendido nesses dois documentos africanos como parte de um desenvolvimento sustentável e como parte do direito à saúde.

4.7. Tribunais e Comitês Internacionais e o Direito à Água

O direito à água foi-se consolidando de maneira sutil nos julgamentos de alguns importantes casos em tribunais internacionais e organismos de monitoramento dos direitos humanos. Por vezes, foi defendido como o direito a um meio ambiente e a um desenvolvimento sustentável; por vezes foi defendido como parte do direito à moradia, do direito à alimentação, do direito à saúde, do direito à propriedade, dentre outros.

Destacam-se, a seguir, alguns casos que se tornaram importantes para consolidação do direito à água nos tribunais e organizações internacionais que têm autoridade na defesa de Direitos Humanos.

A Corte Permanente de Justiça Internacional só teve a oportunidade de se manifestar sobre questões relacionadas à água doce uma única vez, no caso do Rio Oder, de 1929, anteriormente mencionado. Toda a discussão gerada tratava da soberania territorial dos Estados sobre suas águas. Nada mencionou sobre o direito à água.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal tribunal internacional, no âmbito da ONU, teve a oportunidade de se manifestar sobre questões relacionadas à água doce duas vezes. Não se tratou, contudo, de questionamento direto acerca do direito à água.

O Caso Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997, já comentado anteriormente, trazia questionamentos diversos. Dentre eles, havia questionamentos de natureza ambiental, territorial e quanto ao cumprimento de tratados. A boa construção jurisprudencial dessa decisão (lembrando que se tratava de posicionamento tomado em 1997) pode ser resumida no seguinte extrato do julgamento:

Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risk for mankind – for present and future generations – of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development¹⁴¹.

A CIJ desenvolveu uma importante tese no sentido de que a proteção do meio ambiente é parte de uma doutrina contemporânea de direitos humanos, indispensável à defesa de vários direitos fundamentais, tais como o direito à saúde e o próprio direito à vida. Por sua vez, o dano ao meio ambiente pode impedir o exercício de alguns dos direitos humanos mais básicos. Não se trata de uma defesa direta do direito à água propriamente dito, mas, conjugado com construções mais recentes deste, serve de base para sua

¹⁴¹ Através dos tempos, o ser humano tem, por razões econômicas e outras, constantemente interferido na natureza. No passado, isso foi feito sem qualquer consideração aos danos ao meio ambiente. Em razão de novas descobertas científicas e de crescente conscientização dos riscos para o ser humano – para as presentes e futuras gerações – de perseguição tais intervenções de forma desenfreada, novas normas e padrões têm sido desenvolvidos e inseridos em grande parte de instrumentos nas últimas duas décadas. Essas normas devem ser consideradas e esses novos padrões devem observados pelos Estados não apenas em relação às suas novas atividades, como também em relação às atividades iniciadas no passado mas em continuidade no presente. Essa necessidade de reconciliar o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente é expressada pelo conceito de desenvolvimento sustentável (tradução livre).

Disponível em:

<<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf?PHPSESSID=3e3b412cb376c5857339d6a5bc632ce5>> (parágrafo 141, p. 75) Acesso em 9 Mar. 2011.

sustentação.

Outro caso julgado pela CIJ, o *Pulp Mills Case*, de 2010, também já comentado anteriormente, enfoca danos ambientais com efeitos transfronteiriços e, infelizmente, a CIJ não trouxe, nesse caso, qualquer construção que sirva de amparo ao direito à água.

A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu acerca do direito à água, de forma específica, em 1993. No Caso *Zander v. Sweeden*, a discussão se dava em torno da poluição da água de um poço causada pelo depósito de lixo em terreno vizinho. A família Zander ficara impedida de usar a água desse poço, que era sua única fonte de água potável, em razão de a água se encontrar altamente poluída. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a família estava sendo privada do acesso a esse poço em razão da poluição causada pelo lixo depositado na vizinhança e era, portanto, violação direta do Art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nesse caso, a Corte entendeu que o direito à água dessa família era parte do seu direito à propriedade¹⁴².

Em outro julgamento de 1994, o Caso *Lopez-Ostra v. Spain*, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisou uma situação em que uma usina de tratamento de lixo, na Espanha, que contaminava a água, além de causar outras doenças à população local, estava forçando a população a se mudar da região. A Corte entendeu que qualquer dano ambiental, com sérias consequências aos indivíduos residentes, ainda que não atinjam diretamente sua saúde, constitui a violação de vários direitos humanos, dentre eles, o direito a uma vida privada e o direito à habitação¹⁴³.

A Organização dos Estados Americanos tem um reconhecido sistema de monitoramento de direitos humanos, baseado, principalmente, no trabalho da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não há recomendações da Comissão ou decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconheçam, de forma explícita, o direito humano à água. Os dois casos aqui mencionados trazem uma abordagem do direito à água de maneira indireta, tendo como defesa principal o direito ao meio ambiente.

O primeiro foi o Caso Yanomami, de 1985, onde se discutia uma estrada que passava pelo território Yanomami, além da extração de ouro na região. Em ambas as situações, a poluição da área, a contaminação da água e outros fatores provocaram graves doenças aos membros da comunidade indígena. A Comissão, em recomendação publicada, chamou a atenção do Governo brasileiro para a necessidade de proteção dos direitos

¹⁴² Zander v. Sweden, ECHR (1993), Series A, No. 279B.

¹⁴³ Caso No. 41/1993/436/515. Julgamento em 9 de dezembro, 1994.

humanos do povo Yanomami. Dentre esses direitos, houve destaque para a proteção do direito à saúde e do direito a um meio ambiente sadio¹⁴⁴.

Em 1997, a Comissão emitiu um Relatório, concernente à situação dos direitos humanos no Equador. Neste, era descrita a situação de alguns cidadãos equatorianos, residentes nas proximidades de uma área de extração de petróleo, expostos a produtos altamente tóxicos que contaminavam sua água potável, ameaçando-lhes a vida e a saúde. Numa recomendação feita ao Equador, a Corte asseverou que “*where environmental contamination and degradation pose a persistent threat to human life and health, the foregoing rights (right to life, to physical security and integrity) are implicated*”¹⁴⁵.

No Caso Awas Tingni, de 2001, a Corte Interamericana reconheceu a relação entre direitos humanos e meio ambiente e entendeu que o Estado da Nicarágua violou os direitos de uma comunidade indígena sobre sua terra e seus recursos naturais; dentre eles, a nascente de água que nela se encontrava. O Governo havia cedido a terra, em contrato de concessão, a uma empresa coreana para exploração de madeira, sem consentimento da população indígena. Tratava-se de nítida violação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁶.

Apesar de não ser um tribunal propriamente dito, a Comissão Africana de Direitos Humanos tem tomado importantes decisões, em formato de comunicados, na defesa do direito à água. Pelo sistema de monitoramento e controle dos direitos humanos na África, a Comissão pode receber reclamações diretas de organismos reconhecidos em face de seus Estados.

Nos Comunicados 25/89, 47/90, 56/91 e 100/93, todos contra a República do Zaire, entendeu que uma negligência do Governo em prover serviços básicos, tais como água potável e eletricidade e remédios, constitui violação do Art. 16 da Carta Africana de Direitos Humanos, que determina que todo indivíduo tem o direito de gozar das melhores condições de saúde física e mental, devendo os Estados adotar todas as medidas necessárias para proteger a saúde de seu povo¹⁴⁷.

No Comunicado 155/96, foi a vez de a Nigéria receber uma recomendação da

¹⁴⁴ Caso Yanomami Resolução n. 12/85, Caso n. 7615 (Brasil). Relatório Anual da CIDH, 5 de março, 1985.

¹⁴⁵ Quando a contaminação ambiental e a degradação colocam uma ameaça à vida e à saúde humana, os direitos respectivos (direito à vida, à integridade física e à segurança) estão em jogo (tradução livre). Relatório sobre a situação de Direitos Humanos no Equador, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1 (1997) p. 88.

¹⁴⁶ Caso Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v. Nicaragua, Julgamento da CIDHs., 31 de Agosto 31, 2001.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/25-89_47-90_56-91_100-93.html> Acesso em 4 Mar. 2011. Comunicados comentados em SCANLAN, CASSAR e NEMES (2004).

Comissão Africana¹⁴⁸, em razão de vazamento de óleo por parte da empresa de exploração de petróleo no país, com consequente contaminação da água potável.

A seguir, será identificada a importância que têm tido alguns Relatórios do Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na consolidação do direito humano à água.

4.8. Relatórios do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Comitê da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais tem tido voz autorizada na interpretação e monitoramento dos direitos humanos previstos no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Relatório Conclusivo do Comitê, em 1997, sobre o cumprimento do Pacto pelo Azerbaijão expressa sua preocupação pelo declínio na qualidade de vida, evidenciado pelo aumento da pobreza e por ter uma grande parcela da população vivendo sem água potável segura (parágrafo 23). O Comitê faz, dentre algumas outras recomendações, a recomendação de que o Azerbaijão tome medidas urgentes para atender as necessidades básicas da população; dentre outras, medidas para assegurar o acesso à água potável¹⁴⁹.

Em 1998, chamou a atenção o caso do Canadá¹⁵⁰, que tem, para a população em geral, um dos melhores serviços de distribuição de água potável do mundo. Contudo, o Comitê demonstrou preocupação em relação à comunidade dos aborígenes, discriminada no Canadá principalmente em relação aos serviços públicos básicos; dentre eles, o acesso à água potável e saneamento básico.

Em 1999, a República dos Camarões recebeu advertência do Comitê em relação ao precário acesso da população à água potável¹⁵¹. A República Democrática do Congo

¹⁴⁸ Disponível em:

<<http://www.cesr.org/text%20files/Final%20Decision%20on%20the%20ECOSOC%20matter.doc>> Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁴⁹ Azerbaijão. 22/12/97. E/C.12/1/Add.20. Disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument)> Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁵⁰ Canadá. 10/12/98. E/C.12/1/Add.31, Disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument)> Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁵¹ Camarões. 08/12/99. E/C.12/1/Add.40. Disponível em:

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/be038c6af192b6b0802568420051bf78?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/be038c6af192b6b0802568420051bf78?Opendocument)> Acesso em 4 Mar. 2011.

também recebeu semelhante advertência do Comitê, em 2000¹⁵².

Em 2001, o Comitê chamou a atenção para o caso da Bolívia, com grande parte da população vivendo abaixo da linha de pobreza, tendo como indicador o precário acesso aos serviços de saneamento e água potável. Recomendou ao Governo boliviano que tomasse medidas urgentes para atender os direitos humanos econômicos e sociais de sua população¹⁵³.

Semelhante recomendação foi dada no caso da Colômbia, em 1995¹⁵⁴, no caso da República Dominicana, em 1994¹⁵⁵ e 1996¹⁵⁶; no caso de El Salvador, em 1996¹⁵⁷ e outros¹⁵⁸.

Em 2011, foi divulgado o relatório preparado pela *independent expert* do Comitê em relação aos Estados Unidos¹⁵⁹. No relatório, comenta-se a preocupação em relação ao direito à água e a política contra a discriminação nos Estados Unidos, principalmente no tocante à falta de água e saneamento básico das comunidades indígenas norte-americanas.

Os Relatórios do Comitê não geram obrigação aos Estados, mas têm servido como monitoramento do direito de acesso à água e ao saneamento básico.

Identificar toda essa construção do direito humano à água pelos tribunais e demais organizações e entidades internacionais levanta o questionamento sobre o conteúdo do direito à água. A seguir, identificaremos esse conteúdo e sua expressão normativa.

¹⁵² Congo 23/05/2000. E/C.12/1/Add.45. Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/130d3e0af1217356802568e4004863b2?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/130d3e0af1217356802568e4004863b2?Opendocument)>
Acesso em 4 Mar 2011.

¹⁵³ Bolívia. 21/05/2001. E/C.12/1/Add.60. Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/63d5544c3a5a1832c1256a4c002e02d1?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/63d5544c3a5a1832c1256a4c002e02d1?Opendocument)>
Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁵⁴ Colômbia. 12/12/96. E/C.12/1995/12; E/1996/12. Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/975c32e988faf98a8025648a004ecd6f?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/975c32e988faf98a8025648a004ecd6f?Opendocument)> Acesso em 4 Mar.2011.

¹⁵⁵ Dominican Republic. 19/12/94. E/C.12/1994/15, Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/77eb9f84a2c59425c12563e9003459b7?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/77eb9f84a2c59425c12563e9003459b7?Opendocument)>
Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁵⁶ Dominican Republic. 06/12/96. E/C.12/1/Add.6, Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/b1eb1544bee918f6c1256414004ee774?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/b1eb1544bee918f6c1256414004ee774?Opendocument)>
Acesso em 4. Mar. 2011.

¹⁵⁷ El Salvador. 28/05/96. E/C.12/1/Add.4. Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/aeb32d0abb5acfe0c125636100480676?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/aeb32d0abb5acfe0c125636100480676?Opendocument)>
Acesso em 4 Mar. 2011.

¹⁵⁸ Ver lista produzida por LANGFORD et al., 2004.

¹⁵⁹ United States. 04/03/11. E/C/. Disponível em:
<<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10807&LangID=E>> Acesso em 30 Jun. 2012.

4.9. Conteúdo Normativo do Direito à Água

O Comentário Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 2002, no parágrafo 1º, classifica a água como “bem público fundamental à vida e à saúde” e dispõe que reconhecer o direito a esse bem é um problema a ser enfrentado tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento. O Comitê propõe-se, nesse Comentário, a trazer uma elucidação autorizada sobre o conteúdo dos Arts. 11 e 12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de maneira a apontar como o direito humano à água é compreendido por esses dois dispositivos.

O Art. 11, parágrafo 1º, dispõe:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Por sua vez, o Art. 12 dispõe:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Numa interpretação desses dois dispositivos, o Comentário n. 15 discorre, no parágrafo 2º, sobre o que seria entender esse direito de acesso à água em sua amplitude, subdividindo seu conteúdo, conforme o fez a Agenda 21, em diferentes aspectos, a saber: a) disponibilidade (quantidade suficiente e continuidade); b) qualidade e c) acessibilidade

(física, econômica, não discriminação e acesso à informação). No parágrafo 6º, o Comentário amplia esse conteúdo para compreendê-lo como parte do direito à alimentação, à saúde, à moradia, ao trabalho e até mesmo à cultura.

O comentário traz, ainda, um desenvolvimento, nos parágrafos 10 a 12, do conteúdo normativo do direito à água. Para o Comitê, o direito à água contém liberdades (*freedoms*) e direitos (*entitlements*). As liberdades incluem o direito de manter o acesso existente às fontes de água necessárias ao gozo do direito à água e o direito de estar livre de interferências como desconexões arbitrárias ou contaminação da água. Por outro lado, os direitos (*entitlements*) incluem o direito a um sistema de fornecimento de água e gerenciamento de recursos hídricos capaz de prover igualdade de oportunidades a todos para o pleno gozo do direito à água.

O Comitê sugere uma interpretação ampliativa do conteúdo do direito à água, quando, no parágrafo 11, sugere que *the adequacy of water should not be interpreted narrowly*. Ou seja, não se deve fazer referência apenas a quantidades volumétricas e tecnologias adequadas. A água deve ser tratada, primeiramente, como um bem social e cultural e não como um bem econômico. Ademais, como menciona o Comentário, a realização do direito à água deve ser sustentável, levando-se em consideração as presentes e futuras gerações.

Quanto à disponibilidade, o Comentário Geral n. 15, em seu parágrafo 12, alínea “a”, compreende que o abastecimento de água deve ser contínuo e suficiente para cada pessoa, de maneira a atender usos pessoais e domésticos, tais como o consumo, o saneamento, a limpeza de roupas, a preparação de alimentos e a higiene pessoal e doméstica.

Ademais, em relação à quantidade de água disponível para cada pessoa, deve-se obedecer as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (cerca de 40 litros por pessoa por dia). Reconhece-se, contudo, que, em virtude de questões de saúde, clima e condições de trabalho, algumas pessoas podem necessitar de quantidade adicional e essa circunstância também deve ser levada em consideração.

Gleik (1999, p. 9), que sugere quantidade maior do que essa, explica que a recomendação de 50 litros de água por pessoa por dia (para beber, cozinhar, higiene pessoal e doméstica) é justificável e apropriada, mas o número específico é, de fato, menos importante do que o estabelecimento de metas para se garantir o direito à água para todos. Bilhões de pessoas não têm acesso à quantidade de 50 litros por pessoa por dia, mas isso não se dá necessariamente por escassez de água em sua região, mas por falta de políticas

públicas adequadas para um eficiente serviço de abastecimento de água. Por outro lado, muitos países que sofrem com a escassez de água têm sido capazes de prover uma quantidade básica à sua população através de processos os mais diversos, dentre eles o da dessalinização. Esse é o exemplo do Kuwait.

Em relação à qualidade, o Comentário Geral n. 15, parágrafo 12, alínea “b”, dispõe que a água a ser fornecida para uso pessoal e doméstico deve ser potável. Água potável é aquela que pode ser consumida por seres humanos e animais sem riscos para a saúde, livre de micro-organismos, substâncias químicas ou radioativas, com cor, cheiro e sabor aceitáveis ao paladar humano.

No Brasil, a Portaria n. 518/2004 do Ministério da Saúde define os padrões de potabilidade da água, com base nas Diretrizes para Água Potável estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), já em sua terceira edição revisada¹⁶⁰. No Prefácio dessas Diretrizes, a OMS traz uma abordagem do acesso à água de qualidade como parte do direito humano à saúde. Assim, a água é segura quando não representa riscos à saúde. É aceitável quando sua cor e odor são palatáveis aos seres humanos.

Quanto à acessibilidade, o Comentário Geral n. 15, alínea “c”, estabelece que a água, bem como suas instalações e serviços, devem ser acessíveis a todos, não podendo haver discriminação, dentro do Estado Parte, em relação ao acesso da água aos seus habitantes, por ser tratar de bem fundamental à vida humana. Ao definir a “acessibilidade”, o Comentário a apresenta em quatro dimensões: acessibilidade física, acessibilidade econômica, não discriminação e acesso à informação.

Por acessibilidade física, entende-se que deve ser acessível a todos os setores da população a água em si, bem como suas instalações e serviços.

Por acessibilidade econômica, compreende-se que deve estar ao alcance de todos a água e seus serviços, devendo os custos e encargos diretos e indiretos relacionados ao abastecimento ser economicamente viáveis, sem comprometer ou colocar em risco o exercício de outros direitos reconhecidos no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por “acesso sem discriminação”, compreende-se que a água e seus serviços devem estar acessíveis a todos, de fato e de direito, com a inclusão dos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, não podendo haver discriminação racial, cultural, econômica, religiosa, política, geográfica ou qualquer outra em relação ao acesso da água

¹⁶⁰ WHO Drinking Water Guidelines, Disponível em:
<http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/fulltext.pdf> Acesso em 11 Fev. 2011.

em termos quantitativos e qualitativos.

Por acesso à informação, compreende-se que todos têm o direito de solicitar, receber e difundir informações adequadas e verídicas sobre a água e seu acesso.

Assim, a acessibilidade dos serviços de água compreende um preço justo e um acesso contínuo para todos, o que implica a adoção de algumas políticas públicas, tais como: a) cobertura dos custos de maneira que haja continuidade do serviço, contrabalanceando-se o preço com o seu custo; b) garantindo um preço acessível a todos, havendo a necessidade da adoção de uma política que favoreça os menos favorecidos da sociedade, de maneira que estes tenham acesso, independente de pagamento, de uma quantidade mínima de água para sua sobrevivência (SMETS, 2000).

Smets (2000) explica que o acesso à água para todos é um direito perfeitamente possível de ser garantido. Não há razões tecnológicas, econômicas, financeiras ou políticas que possam ser invocadas para prevenir a realização dessa garantia.

Quando se pensa no direito à água para países em desenvolvimento, tem-se de fazer uma subdivisão para melhor compreender as dificuldades. Primeiro, tem-se os países em desenvolvimento cuja infração do direito à água não se deve à escassez natural de água, mas a uma má política de administração e distribuição. Para esses, sugere-se tomar como exemplo o Comentário n. 15 e suas propostas de desenvolvimento de políticas públicas sustentáveis. Segundo, tem-se os países em desenvolvimento realmente pobres em recursos hídricos. Para esses, não há outro caminho senão o da cooperação internacional.

Assumindo a classificação do direito à água como um direito público (Comentário Geral, n. 15, parágrafo 1º), tem-se em mente que a responsabilidade da autoridade pública pelo fornecimento de água é total, uma vez que o serviço é essencial e público. Independentemente do tipo de gerenciamento dos serviços de água e abastecimento e do grau de envolvimento do setor privado nesses serviços, as autoridades públicas devem exercer controle sobre os serviços de abastecimento de água e saneamento básico. Esse controle deve incluir, em particular, o financiamento de serviços de acesso, a fiscalização da qualidade da água e dos serviços prestados, a continuidade do serviço, o controle sobre o preço do mesmo, a regulamentação do setor e a participação do usuário nesse controle de maneira a se garantir um serviço público mais eficiente.

Cerca de 70% da água disponível para consumo tem sido usada na agricultura, principalmente em processos de irrigação para a chamada indústria agrícola e seus custosos processos de irrigação. Há quem defenda que o uso da água na irrigação não tem sido o responsável pela escassez, uma vez que esse fenômeno é decorrente de outros fatores, tais

como questões geográficas, pobreza e má administração pública (WWC Report, 2003, p. 18).

Contudo, o fato é que o aumento da produção de comida tendo como fator preponderante a irrigação não tem sido acompanhado proporcionalmente pelo declínio das estatísticas de fome e subnutrição no mundo.

Assim é que, numa defesa do direito à água, deve-se ter em mente que a água é importante não só para a nutrição diária (bebida, usada para preparação de alimentos e cultivo de horta doméstica), como também para a produção agrícola em larga escala (para consumo nacional ou exportação)¹⁶¹. Portanto, devem-se desenvolver políticas públicas de maneira a se prever uma distribuição equitativa, tendo-se em vista esses dois tipos de consumo da água. Não se pode olvidar, contudo, que há prioridades e a agricultura em larga escala (agricultura industrial) não pode ser a prioridade primária no gerenciamento dos recursos hídricos.

Quando se refere à relação entre o direito à água e o direito à saúde, não só se tem em vista o direito de beber água suficiente e em qualidade aceitável, como também o direito à higiene básica. Portanto, quando se fala no direito à água, sob o ponto de vista da higiene ambiental, tem-se que levar em consideração a necessidade de se proteger as fontes e nascentes de água de contaminação e poluição, bem como a necessidade de se fornecer água dentro de uma aceitabilidade de saúde pública (em relação às instalações e tratamento sanitário de água e esgoto).

Ao se defender o direito à água como direito à saúde, tem-se em vista, principalmente, as políticas públicas voltadas ao saneamento básico. O grau de desenvolvimento de um povo também é medido pelo acesso que tem ao saneamento básico que, conseqüentemente afeta os índices de saúde pública. Basta dizer que, segundo a Organização Mundial da Saúde e a UNICEF, a diarreia (doença provocada principalmente pela falta de serviços de tratamento de água e esgoto) é, hoje, a maior causadora da mortalidade infantil no mundo¹⁶².

O *WWC Report* (2003) chama a atenção para o fato de que a defesa do direito à água é também parte da defesa do direito à cultura, em diferentes regiões do mundo. Em várias culturas, a exemplo das áreas indígenas, a água faz parte de cerimônias religiosas e de outras práticas culturais. Na Índia, por exemplo, existe o ritual do banho sagrado no

¹⁶¹ A água usada para a produção de alimentos e outros produtos é denominada “água virtual”. Ver ALLAN, J.A. *Virtual Water: a Strategic Resource Global Solutions to Regional Deficits*. Ground Water Publishing Co. Vol. 36, Issue 4, 1998, p. 545.

¹⁶² WHO/UNICEF Joint Monitoring Programme on Water Supply and Sanitation, *Assessment 2000 Report*.

Ganges. Em várias comunidades indígenas da América do Sul, a pesca em água doce faz parte do direito de manter sua cultura alimentar. Dessa forma, as autoridades públicas devem levar em consideração a questão cultural do povo, ou mesmo de uma minoria étnica, no momento do planejamento do gerenciamento dos recursos hídricos.

A água é importante para a produção alimentar agrícola ou industrial. É importante para a pesca de consumo ou industrial. É extremamente importante, em muitos países, para a produção de energia elétrica. É também usada como fonte de energia em vários outros processos mecânicos de produção e de transporte. Em todos esses usos, a água é, portanto, geradora de trabalho (*WWC Report*, 2003). Obstruir, poluir ou escassear as fontes de água tem influência direta na oferta e qualidade do trabalho de muitos indivíduos. Por isso, a defesa do direito à água é também uma defesa do direito ao trabalho.

Há estimativas de que cerca de 600 milhões de pessoas nas áreas urbanas e cerca de 1 bilhão de pessoas nas áreas rurais são vítimas de condições precárias de habitação (*WWC Report*, 2003). Em grande parte, esses números se devem às pobres condições de abastecimento de água e saneamento básico. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU produziu um Relatório Especial, em 2002, acerca do “direito à habitação”, onde se identifica que “[n]o dwelling should be deprived of water because such deprivation would render it unliveable”¹⁶³.

Esse direito à água como parte do direito à habitação é comumente desrespeitado nas áreas rurais, mesmo em países com um grau maior de desenvolvimento. Geralmente, as desculpas são o difícil acesso do serviço público de fornecimento. Nas áreas urbanas, contudo, a situação não é melhor. Os mais pobres, residentes em favelas e áreas marginalizadas, ficam, na grande maioria das vezes, excluídos das redes de distribuição de água e saneamento básico por diversas razões, dentre elas, a impossibilidade de pagamento pelo serviço, a falta de documentação necessária ou mesmo a situação de risco ou situação provisória em que vivem.

No desenvolvimento de políticas públicas, as autoridades devem considerar o direito à habitação com essa amplitude: a oferta de água em quantidade e qualidade suficientes, bem como o tratamento do esgoto sanitário.

A defesa do direito à água também é uma defesa do direito das minorias. É perceptível essa faceta do conteúdo do direito à água de uma leitura do texto do Comentário n. 15, onde há uma preocupação constante com a discriminação feita em

¹⁶³ Nenhuma moradia deveria ser privada de água porque tal privação a torna inabitável (tradução livre) - Special Rapporteur on adequate housing (E/CN.4/2002/59, para. 56).

muitos países em relação às minorias. O parágrafo 16 do Comentário enumera, de forma detalhada, cada um desses que se pretende proteger. São eles: mulheres, crianças, pessoas que vivem no meio rural, pessoas que vivem em áreas urbanas marginalizadas, indígenas, nômades e comunidades nômades, refugiados e solicitantes de asilo, prisioneiros e detidos, idosos, pessoas com necessidades especiais, vítimas de desastres naturais, habitantes de áreas de risco, habitantes de regiões áridas e semiáridas e habitantes de ilhas. Para estes, os Estados devem dar especial atenção, identificando o problema individual de acesso à água de cada um.

Em todas as defesas do direito à água (como direito à vida, direito à saúde, direito à propriedade, direito ao meio ambiente, dentre outras), fica enfatizada a noção de um olhar não só para o presente, como também um olhar para o futuro.

Ao se fazer a defesa de um direito humano à água, tem-se de ter em mente que se trata de defender também um direito ao desenvolvimento. Conforme sustenta Cançado Trindade (1993, p. 81 e 179), a inter-relação entre o direito à vida e o direito ao desenvolvimento como um direito humano tornar-se clara, uma vez que este requer sejam feitos todos os esforços para superar os obstáculos (da pobreza e do subdesenvolvimento) que dificultem ou impeçam a satisfação das necessidades humanas básicas. Trata-se de elevar a pessoa humana a “sujeito central do desenvolvimento”, deixando de “tratar os seres humanos como simples fatores de produção”.

A água é mola propulsora do progresso humano, tanto para o desenvolvimento econômico (atividades industriais, atividades agrárias, atividades farmacêuticas, atividades comerciais, dentre outras), como para o desenvolvimento pessoal (saúde, higiene, nutrição, bem-estar, dignidade, dentre outras). O nível de desenvolvimento de um país é medido também pela qualidade de saneamento básico disponível à sua população, pois esse é um dos reflexos da qualidade de vida de um povo. Assim, defender o direito à água é defender o direito ao desenvolvimento sustentável, para as presentes e futuras gerações.

O direito humano à água tem implicações as mais distintas quanto à própria distribuição de água. Num exame dessas implicações, é necessário colocar o direito à água num contexto mais amplo dos diferentes usos da água e analisá-los conjuntamente com outros direitos humanos que também dependem de água para sua realização (WINKLER, 2012).

Nessa linha de raciocínio, o Comentário Geral n. 15, de 2002, bem como os ensinamentos de alguns *scholars*, impulsionam os Estados a desenvolverem, no âmbito interno, instrumentos próprios de proteção e gerenciamento da água, dentro de uma base de

desenvolvimento sustentável, como se exporá adiante. Trata-se de identificar a relação intranacional do Regime Internacional da Água Doce, através de uma constatação de eficácia do direito à água.

4.10 – A eficácia do Direito à Água

Como um direito humano que é, o direito à água requer algumas ações por parte dos Estados para que seja garantido. O Comentário Geral n. 15 do Comitê Econômico, Social e Cultural da ONU enumera, nos parágrafos 21 a 36, as três principais obrigações dos Estados quanto à garantia e produção de eficácia do direito humano à água: Respeitar, Proteger e Cumprir.

Os Estados devem, portanto, respeitar o acesso existente, não interferindo, direta ou indiretamente, no gozo do direito à água. Trata-se de uma obrigação com ordens negativas ao Estado e os parágrafos 21 e 22 do Comentário Geral n. 15 assim a exemplificam de forma detalhada: os Estados não devem se engajar em nenhuma prática ou atividade que impeça ou limite o uso igualitário da água; não devem interferir arbitrariamente em costumes ou tradições para modificar a alocação dos recursos hídricos; não devem escassear ilegalmente ou poluir as fontes de água, através, por exemplo, de instalações estatais ou teste de armamento bélico; não devem destruir os serviços de água e suas infraestruturas como medida repressora em conflitos armados, o que violaria o direito humanitário internacional.

Devem os Estados também proteger o direito à água, de maneira a regulamentar as atividades de terceiros que possam interferir no seu acesso, conforme disposto nos parágrafos 23 e 24 do Comentário Geral n. 15. Essa é uma obrigação que inclui, dentre outras medidas, a necessidade de adotar leis e outros mecanismos normativos para evitar que terceiros possam impedir o acesso igualitário à água potável ou para evitar que terceiros venham a poluir ou explorar inadequadamente os recursos hídricos.

Devem, ainda, os Estados cumprir com os compromissos assumidos em relação ao direito de acesso à água (facilitar, promover e prover), nos termos do Art. 25 e seguintes do Comentário Geral n. 15. Dentre as obrigações voltadas para o dever de “cumprir”, citam-se: o dever de educar a população em relação à higiene, ao desperdício e ao uso racional da água; providenciar para que esse direito seja reconhecido através de legislação doméstica; adotar uma política nacional da água de maneira a planejar um gerenciamento adequado dos recursos hídricos; adotar uma política nacional de saneamento básico; adotar

mecanismos financeiros para tornar o acesso à água possível a todos; adotar uma política de desenvolvimento sustentável em relação aos recursos hídricos, prevendo seu uso para as presentes e futuras gerações.

Ademais, os Estados devem, também, observar um dever internacional de acesso à água, nos termos do parágrafo 30 e seguintes. Isso significa que os Estados têm de planejar o gerenciamento hídrico de tal forma que sua política não interfira ou restrinja o direito de acesso à água em outros Estados. Significa, ainda, que não se pode ignorar a situação de extrema escassez em várias partes do mundo e, para minorar suas consequências, os Estados devem adotar políticas conjuntas de cooperação internacional, seja no plano comercial ou político, através da promoção de tratados internacionais que abranjam o tema e de políticas de financiamento internacional para os Estados menos favorecidos.

Um interessante e ousado dispositivo do Comentário Geral n. 15 é o parágrafo 33, no qual se dispõe que os Estados devem tomar medidas para prevenir seus cidadãos e suas empresas de violar o direito de acesso à água de outros Estados. Essa prevenção poderia ocorrer tanto no campo da política administrativa quanto no campo legislativo, uma vez que se trata da proteção de direitos humanos.

Outro dispositivo que merece destaque é o do parágrafo 36, que prevê os Estados na condição de membros de organizações internacionais, principalmente das organizações financeiras internacionais, tais como o FMI e o Banco Mundial, e, como tais, devem advogar no sentido de promover políticas de empréstimo e de crédito internacional, tendo em vista a promoção do direito humano de acesso à água. Nesse ponto, deve ser incluído o papel da OMC, como fórum de negociações de muitos acordos comerciais internacionais, não se podendo olvidar a delicada questão do comércio internacional de água, tanto como mercadoria como quanto serviço.

Definir o acesso à água como um direito humano constitui um passo importante para torná-lo realidade para todos, pois, conforme Relatório do *World Water Council* (2003, p. 9) estabelecer esse direito significa que: 1º) a água potável passa a ser um direito subjetivo que pode, conseqüentemente, ser reclamado nas cortes e tribunais de justiça; não se trata simplesmente de uma mercadoria ou serviço provido por caridade; 2º) o reconhecimento do direito à água como um direito humano leva à aceleração do processo de garantir o acesso a todos, em seu nível básico e melhorado; 3º) as desigualdades sociais diminuem na medida em que os menos favorecidos são também incluídos na política de acesso; 4º) a comunidade e os grupos mais vulneráveis da sociedade terão acesso ao processo de decisão das políticas públicas; 5º) os mecanismos de monitoramento dos

direitos humanos das Nações Unidas (e também de outras instituições regionais) serão usados para fiscalizar o cumprimento do direito à água pelos Estados Partes.

No entendimento do *WWC Report*:

Approaching development from a rights perspective informs people of their legal rights and entitlements, and empowers them to achieve those rights. Rather than seeing people as passive recipients of aid, the rights-based approach puts the individual at the centre of development (2003, p. 9)¹⁶⁴.

Assim, o direito à água chama a responsabilidade, primeiramente, das autoridades públicas, que são as responsáveis pelo fornecimento de água potável e pelo saneamento básico. Na ausência de ação por parte das autoridades públicas, em razão da existência de um direito individual à água, a população pode cobrar ação por parte do Governo, quer por meios administrativos, quer por meios judiciais, com fundamentos os mais diversos (proteção ambiental, direito fundamental à vida, direito fundamental à saúde e outros).

As autoridades públicas têm, portanto, a obrigação de planejar o uso prioritário da água. Dubreuil (2006, p. 04) identifica a sequência de prioridades para as quais as autoridades públicas devem olhar. Primeiro, a água é uma questão de sobrevivência (*water for life*) e, por isso, as autoridades públicas devem garantir a água em qualidade e quantidade suficientes para a dessedentação humana e animal e para a higiene pessoal. Segundo, as autoridades devem priorizar a água para interesses públicos (*water for citizens*), tais como saúde, educação, lazer, dentre outros. Por fim, as autoridades públicas devem atentar para a água como fator de desenvolvimento (*water for development*), tendo em vista atividades agrícolas e industriais, eletricidade, dentre outras.

Portanto, as autoridades públicas devem adotar várias medidas para garantir o direito à água para todos e facilitar o pleno exercício desse direito. Smets (2000) sugere algumas dessas medidas, subdividindo-as em classes, conforme serão apresentadas a seguir.

Primeiramente, as autoridades públicas devem melhorar a disponibilidade de água potável, podendo fazê-lo através de algumas ações específicas: proteção de poços e outras fontes de água potável para aqueles que não estão ligados diretamente ao fornecimento público; proteção das áreas de extração de água; melhora da qualidade da água distribuída; ampliação das redes de distribuição de água; instalação de fontes públicas e postos de

¹⁶⁴ Tratar o desenvolvimento sob uma perspectiva jurídica informa a todos seus direitos e garantias e lhes dá poder para perseguir esses direitos. Ao invés de ver as pessoas como recipientes passivos de uma caridade, a visão baseada no direito coloca o indivíduo no centro do desenvolvimento (tradução livre).

coleta de água gratuitos em regiões de grande escassez e grande pobreza; proibição do corte de fornecimento de água sem um devido processo legal; redução nas perdas de água potável, com a melhora das instalações.

Além disso, definir o direito à água como um direito humano remete a uma política de igualdade entre todos, onde seria responsabilidade pública a inclusão social, com a proteção de gênero, raça, cor, grupo social e grupo geográfico-político. Há muitos países onde o direito de acesso à água é limitado em razão de raça (a exemplo do Estado de Israel, onde os palestinos são excluídos de acesso igualitário e de qualidade), em razão de gênero (a exemplo de muitos países africanos, que colocam sobre a mulher a responsabilidade de buscar água em poços distantes), em razão de grupos sociais (a exemplo da Índia, com tradição de exclusão social por castas), em razão de discriminação geográfico-política (a exemplo do Brasil, onde a política de distribuição de água desconsidera as necessidades urgentes das regiões onde há maior escassez, que são também as regiões mais pobres).

Em relação ao pagamento pelo serviço de distribuição de água, as seguintes medidas poderiam ser adotadas: a) pagamento justo pela água distribuída; b) redução ou abolição do custo fixo ou custo de subscrição no sistema tarifário; c) preferência por um sistema rígido de controle do pagamento baseado em preço/volume de água usada; d) um sistema tarifário “social” para o volume inicial de água usada, de maneira a desaconselhar uso abusivo; e) sistema de assistência social inclusivo para a camada menos favorecida da população; f) destinação orçamentária e criação de fundos sociais para a prevenção dos cortes de água; g) equalização geográfica das tarifas cobradas e redução da carga tributária.

Uma das medidas já adotadas em alguns países é a tarifa progressiva, que consiste em prover um primeiro montante de água a um preço bem menor do que um segundo montante, numa tentativa de diminuir o consumo de água. Para famílias numerosas, a medida pode funcionar como fator educativo na economia de água.

Em Lisboa, por exemplo, o primeiro montante de água, equivalente a 5 m³ por unidade habitacional, por mês, é quatro vezes mais barato do que o segundo montante. Na Bélgica (primeiro na região de Flandres, depois adotada por Bruxelas e outras regiões) foi adotada a cota mínima gratuita de 15 m³ por pessoa, por ano, o que torna a política mais equitativa, uma vez que levará em consideração o número de moradores de cada unidade habitacional, tornando-se uma “tarifa social”. Um fundo social, suportado pelo pagamento de um montante extra em cada conta que ultrapasse o montante mínimo, financia essa política pública. Mas não são apenas países desenvolvidos que têm adotado essa política. Na África do Sul, onde a tarifação progressiva também é adotada, o primeiro montante

também é gratuito. Alguns outros países, tais como Estados Unidos, Argélia, Burkina Faso, Bolívia e México, têm também adotado essa política de tarifação progressiva (DUBREUIL, 2006, p. 33).

Contudo, é certo que, em muitos países, a implementação de várias dessas medidas públicas voltadas para o acesso à água não seria possível sem uma pesada política de subsídios, o que já ocorre há muito em países desenvolvidos. Em países em desenvolvimento, por falta de recursos públicos, essa política de subvenção é menos utilizada. Há, contudo, dois países em desenvolvimento que têm se destacado por seus subsídios ao setor de abastecimento e saneamento básico. São eles: o Chile e a Colômbia.

No Chile, o programa de subsídios é administrado pelo Ministério do Planejamento Social, de forma conjunta com os Municípios, de maneira a fiscalizar as Companhias de Água, do setor privado. Por lei, os subsídios podem cobrir de 25-85% da conta de água de uma unidade habitacional, prevendo um consumo subsidiado de 15 metros cúbicos por mês, devendo o consumidor arcar com o restante. Essa cota é subsidiada para os comprovadamente necessitados, que são previamente cadastrados. Acima desse montante, a tarifa é colocada em seu valor máximo (GOMEZ-LOBO, 2010, p. 23).

Na Colômbia, a Lei dos Serviços Públicos Residenciais, de 1994, prevê uma política de subsídios cruzados¹⁶⁵ e utiliza um sistema de medição para determinar se o consumidor deve receber um benefício ou pagar um valor a mais na tarifa, a depender do consumo. A Lei classifica, em cada Município, as residências em seis tipos diferenciados de categorias socioeconômicas. Aquelas classificadas em categoria 1 (baixo-baixo) e 2 (baixo), tanto em zonas urbanas como rurais, são elegíveis para receber um subsídio de 50% e 40% do custo médio do serviço, respectivamente. As residências classificadas no nível 3 (médio-baixo) também são elegíveis a um subsídio de 15%, a depender de regulamentação legal de uma comissão. Os fundos financiadores desses subsídios são variados, podendo ser desde uma sobretaxa aplicada aos consumidores de nível 5 e 6, até uma taxa diferenciada para a indústria e o comércio. A maior crítica que se faz a esse sistema é que o custo e os riscos da fiscalização são muito altos, uma vez que podem haver muitos erros no enquadramento dos níveis residenciais (GÓMEZ-LOBO, 2010).

Dubreuil (2006, p. 15) sugere algumas maneiras de assistir as políticas públicas de garantia do direito humano de acesso à água. São elas: a) publicar leis e desenvolver políticas integradas, com autorização legal ou constitucional para que as autoridades

¹⁶⁵ Através do acréscimo da tarifa para as camadas de população economicamente mais fortes, permite-se obter uma tarifa diferenciada para as camadas mais pobres.

responsáveis possam agir dentro do necessário e possível; b) criar ou destinar mecanismos de judicialização e monitoramento do direito de acesso à água; c) incentivar a mobilização local, através das comunidades organizadas; d) incentivar a regulamentação local ou regional do direito à água, mesmo quando não há regulamentação em nível nacional.

Roaf et al. (2005) desenvolveram importante trabalho de coleta de dados e apresentação de indicadores para avaliar e monitorar a garantia do direito humano à água pelos vários Estados, por outros atores interessados ou responsáveis, bem como para servir de apoio no planejamento de uma melhor utilização dos recursos hídricos. Numa avaliação do indicador “acesso”, em termos de custos (*affordability*), identificaram que uma das maneiras de garantir o direito à água dá-se através de tarifas diferenciadas em relação ao nível econômico do consumidor. Concluíram que, em razão das singularidades de cada Estado, cada qual deve avaliar individualmente o que é a sua “linha de pobreza” (que, em muitos Estados deve ser avaliada de maneira regional), para identificar a capacidade contributiva de cada consumidor de água. De qualquer forma, sugerem que os mais pobres devem pagar, no máximo, três vezes menos do que o consumidor médio. O trabalho é concluído com a apresentação de uma série de passos que devem ser seguidos para desenvolver indicadores de eficácia do direito à água.

A garantia e produção de eficácia do direito humano à água têm suas fases legislativa, administrativa e judicial, no plano dos Estados. Convém identificar como tem ocorrido, de forma comparada, nos distintos Estados.

4.11. O direito à água no Direito Comparado

A história da humanidade está repleta de casos aparentemente isolados de clamor social por direitos que se entrelaçam tomando um mesmo rumo. A observância do direito comparado nos faz acreditar que o direito à água é mais um clamor histórico do homem, que vem sendo levantado em diferentes partes do mundo, sob diferentes perspectivas e com diferentes fundamentos. Não é demais dizer que o Regime Internacional da Água Doce teve suas origens em clamores individualizados que se regionalizaram e, posteriormente, se internacionalizaram.

Em um trabalho de pesquisa sobre o direito à água e o direito costumeiro internacional, Scanlon et al. (2004) identificaram que cerca de 60 constituições se referem a obrigações ambientais, mas menos da metade destas expressamente conferem aos seus cidadãos o direito a um meio ambiente saudável e, de forma mais específica, pouquíssimas

trazem de maneira expressa um direito à água.

A Constituição da África do Sul traz uma previsão explícita quanto ao direito de acesso à água suficiente para cobrir as necessidades básicas. Contudo, mesmo nesses países onde é feita dentro da Constituição referência a um direito a um meio ambiente equilibrado, pouco se tem discutido judicialmente acerca do conteúdo desse direito.

Em muitos países, principalmente os pertencentes à família *Civil Law*, os direitos ditos constitucionais não eram considerados *self-executing*, dependendo de legislação complementar ou regulamentar para criar para o cidadão um direito subjetivo de reclamá-lo. O crescimento mundial do constitucionalismo tem feito com que o Judiciário, nos mais distintos países, considere a Constituição como uma Carta independente de direitos, autoexecutáveis mesmo na ausência de legislação complementar. Assim, o Poder Judiciário em muitos países tem se valido das provisões ambientais para proteger os recursos hídricos da poluição antrópica e para garantir o direito de acesso à água para satisfazer as necessidades humanas básicas. Além disso, nas constituições que não protegem de forma direta o meio ambiente, a proteção do direito à água tem sido feita sob o manto do direito à vida (SCANLON et al., 2004).

Tanto países de tradição *Civil Law* como países de tradição *Common Law* têm incorporado a doutrina dos bens públicos ou *Public Trust Doctrine*, em suas constituições. Trata-se de doutrina que remonta a era Justiniana (530 A.D.) e requer dos governantes a proteção dos recursos naturais, tais como a água, que, em muitos países, considera-se que os governantes administram de acordo com a doutrina do *trust for the public*. Várias das Constituições dos Estados norte-americanos têm incorporado essa doutrina e as cortes americanas, em pelo menos cinco Estados, têm-na utilizado para rever os atos dos administradores públicos (SCANLON et al., 2004).

Da mesma forma, as Cortes de Justiça da Índia e do Sri Lanka têm adotado a *Public Trust Doctrine* para proteger o meio ambiente. No Caso M.C. Mehta v. Kamal Nath 51 (1977), referente ao desvio de curso de um rio, a Corte Suprema indiana entendeu que os governantes violaram a *Public Trust Doctrine* ao arrendar uma área de floresta para uma Companhia. Por sua vez, a Corte Suprema de Sri Lanka, num outro caso envolvendo o projeto *Eppawela Phosphate Mining*, entendeu que a *Public Trust Doctrine* tinha uma abrangência muito limitada e desenvolveu a doutrina do *Public Guardianship*, para proteger o território e as áreas agricultáveis de uma cultura antiga, impedindo a retirada de seus antigos moradores.

A África do Sul foi o primeiro país do mundo (e continua sendo um dos poucos) a

reconhecer de forma explícita, em sua constituição (1996 *Bill of Rights, section 27*), o direito humano à água. A seção 27 do *South Africa 1996 Constitutional Bill of Rights* prevê que “*everyone has a right to have access to sufficient food and water*”¹⁶⁶.

Como consequência dessa previsão constitucional, o Governo sul-africano tem desenvolvido políticas públicas de acesso à água que preveem água para todos nas áreas urbanas e rurais. Uma das políticas desenvolvidas com base nesse direito foi o *White Paper on Water and Supply and Sanitation Policy 1*, que prevê as medidas a serem adotadas em relação ao abastecimento e saneamento básico na África do Sul. Nesse *White Paper*, a regulamentação africana prevê, como *basic level of service*, a quantidade de 25 litros de água por pessoa, por dia, e um máximo de 200 metros de distância da habitação à fonte de água. Além disso, a regulamentação estabeleceu uma cota mínima gratuita de água, pela qual cada pessoa comprovadamente pobre tem o direito a um montante de 6000 litros de água por mês. Essa regulamentação teve a preocupação central com a política de privatização dos serviços de abastecimento e saneamento básico na África do Sul, de maneira a impedir os cortes de água por não pagamento, a inclusão social dos menos favorecidos e uma melhora na saúde pública, com consequente aumento do nível de desenvolvimento do país.

Em comentário à política sul-africana, Dubreuil expõe que:

Access to basic water services improved from 60% of the population in 1994 to 86% in 2004. By late 2004, almost 31 million people (66% of the total population) were served by ‘free basic water’, of which almost 54% were poor households. However there are still an estimated five million people in rural areas who do not have access to safe water supplies (2006, p. 19)¹⁶⁷.

A exemplo da Constituição sul-africana, a Constituição da Uganda, no parágrafo XIV de seu preâmbulo, traz reconhecido como dever para o Estado garantir ao povo ugandense a água segura e limpa. Não identifica, contudo, um direito humano à água.

Também o texto da Constituição da Etiópia assegura como dever do Estado, dentre outros deveres sociais, a garantia de água limpa ao povo (art. 90). A Constituição da Gâmbia dispõe acerca do dever do Estado em facilitar o acesso à água segura e limpa. Um texto semelhante traz a Constituição da Zâmbia (1996), em seu art. 112.

O texto de 1991 da Constituição Colombiana, traz o reconhecimento expresso, em

¹⁶⁶ Todos têm o direito de acesso à alimentação e à água suficientes (tradução livre).

¹⁶⁷ Acesso aos serviços básicos de água melhoraram. Em 1994, somente 60% da população tinha acesso. Em 2004, o acesso cresceu para 86%. Até o final de 2004, quase 31 milhões e pessoas (66% da população total) tinham o serviço gratuito de água, dos quais 54% eram moradias pobres. Entretanto, há ainda cerca de 5 milhões de pessoas nas zonas rurais que não têm acesso aos suprimentos de água segura (tradução livre).

seu art. 366, como parte de uma garantia dos direitos sociais do povo colombiano, o direito à água potável.

A Constituição do Panamá (texto de 1994) prevê o dever do Estado de zelar pela saúde pública, devendo tornar disponível a todos o acesso à água potável (art. 106, parágrafo 3º). Além disso, o art. 114 dispõe que o Estado tem o dever fundamental de garantir à população um ambiente saudável, livre de poluição, onde o ar, a água e a comida satisfaçam o desenvolvimento adequado de uma vida humana.

Em 2004, o Uruguai se tornou o primeiro país da América Latina a reconhecer em sua Constituição, de maneira expressa, o direito à água como um direito humano, após um *Referendum* com o apoio de 64% de seus cidadãos. A Seção 47 da Constituição do Uruguai (texto com emenda de 2004) estabelece que a proteção do meio ambiente é de interesse geral e que a água é uma fonte natural essencial à vida, sendo, portanto, o acesso à água um direito humano. No restante da seção, o legislador uruguaio se preocupa com alguns aspectos do direito à água, tais como: proteção ambiental; participação da sociedade no gerenciamento sustentável dos recursos hídricos; o estabelecimento de prioridades para a distribuição de água; a preocupação com o saneamento básico; a regulamentação das concessões com observância do direito humano à água; o monopólio público dos serviços de abastecimento e saneamento básico e a solidariedade internacional com outro Estado que esteja passando por situação de escassez.

A Constituição do Equador não se refere a um “direito humano à água”, mas reconhece, de forma explícita, o direito à água em alguns dos seus dispositivos. O Art. 23 reconhece o direito à água potável e os Arts. 42, 246 e 249 estabelecem algumas medidas a serem adotadas pelo Estado para garantir o direito à água potável e saneamento básico.

A Constituição portuguesa (texto de 1997) apenas menciona como dever primário do Estado, em assuntos sociais e econômicos, a adoção de uma política nacional da água, com seu uso racional, planejamento e gerenciamento dos recursos hídricos (Art. 81, “m”).

Decisões do Poder Judiciário de vários países ora têm admitido o direito à água como parte do direito à vida, ora o tem defendido como parte do direito a um meio ambiente equilibrado.

A Índia é um dos países onde mais se tem desenvolvido judicialmente o direito à água como parte do direito à vida e do direito a um meio ambiente equilibrado. A *High Court* indiana, no Caso *L. K. Koolwal v. State of Rajasthan e Outros*, de 1988, entendeu que a manutenção da saúde, a preservação do saneamento e do meio ambiente é uma construção constitucional, respaldada pelo Art. 21 da Constituição Indiana, e, portanto, o

Município de Japur violou o direito à vida de seus residentes por não ter implementado um sistema adequado de saneamento básico¹⁶⁸.

No Caso *Attakoya Thangal v Union of India*, de 1990, a Corte Indiana considerou a legalidade do ato de extrair água subterrânea para aumentar a capacidade de abastecimento nas ilhas Lakshwadeep. A decisão final concluiu que a agência administrativa de água não podia impedir o exercício do direito fundamental à água potável, como parte do direito à vida, reconhecido no Art. 21 da Constituição indiana¹⁶⁹.

No Caso *Subash Kumar*, 1993, a Corte Indiana entendeu que o direito à vida inclui o direito a água e ar livres de poluentes para um gozo pleno da vida. E, num caso subsequente, *D. D. Vyas v. Ghaziabad Development Authority*, 1993, a Corte entendeu que o cidadão indiano tem direito aos recursos previstos no Art. 32 da Constituição para remover a poluição da água ou ar, bens imprescindíveis a uma boa qualidade de vida.

Decisões semelhantes da Corte Indiana, ora defendendo o direito à água como o direito à vida, ora defendendo como parte do direito a um meio ambiente equilibrado, podem ser encontradas nos Casos *M.C. Mehta v. Union of India e Outros* (1988); *Virendra Gaur and others v State of Haryana* (1995); *Vellore Citizens Welfare Reform v. Union of India* (1996); *Rural Litigation and Entitlement Kendra v. Uttar Pradesh* (1988)¹⁷⁰.

Em Bangladesh, a Corte de Apelação e a *High Court* entenderam que os Arts. 31 e 32 da Constituição desse Estado protegem o direito à vida como um direito fundamental, que compreende a proteção e preservação do meio ambiente, livre de poluição do ar e da água, bem como um sistema de saneamento adequado, sem os quais dificilmente pode haver gozo de vida¹⁷¹.

No Paquistão, a Suprema Corte, no Caso *Shala Zia V. WAPDA* (1994), numa interpretação constitucional (apesar de a Constituição paquistanesa não trazer previsão expressa sobre a proteção do meio ambiente), decidiu que o direito à vida compreende o direito a um meio ambiente sadio¹⁷². Essa decisão serviu como base para, no Caso *Salt Miners*, do mesmo ano, a Corte paquistanesa entender que as companhias mineradoras tinham violado o direito dos cidadãos paquistaneses de terem água para beber livre de poluição. Concluíram que, nos locais onde o acesso à água é dificultoso ou limitado, o

¹⁶⁸ *K. Koolwal v State of Rajasthan*, 1988 A.I.R. (Raj.) 2 (*High Court of Rajasthan*, 1988), apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁶⁹ Caso mencionado por Rosencranz and S. Rustomjee, “*Citizens' Right to a Healthful Environment under the Constitution of India*”, p. 07, apud. SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁷⁰ SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II

¹⁷¹ Caso discutido em: Jona Razzaque, “Human Rights and the Environment – National Experiences”, *Environmental Policy and Law*, 32/2 (2002), p. 101, apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁷² *Shala Zia v. WAPDA*, PDL (1994) SC 693, apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

direito de ter água livre de poluição e contaminação faz parte do direito à vida, que é um direito de toda pessoa, independente de onde vive¹⁷³.

No Nepal, a Corte nepalesa, no Caso *Inc. v. Godawi Marble Industries*, 1995, decidiu que uma mineradora de mármore contaminou as fontes de água potável e o solo, violando o direito constitucional à vida dos residentes circunvizinhos¹⁷⁴.

No Equador, a Corte Constitucional entendeu, no Caso *Arco Iris v. Instituto Ecuatoriano de Minería*, 1990, que a degradação ambiental no Parque Nacional Podocarpus é uma ameaça ao direito humano ambiental dos habitantes das províncias de Loja e Zamora Chinchipe, que compreende o direito de viver em uma área onde há provisão de água contínua e natural¹⁷⁵.

Nos Estados Unidos, alguns Municípios adotaram o direito humano à água, em Estados como Maine, New Hampshire e Califórnia. Em 2008-2009, o Estado da Califórnia chegou a discutir, em algumas de suas sessões legislativas, um *Bill on the Human Right to Water*. Em Boston, no Estado de Massachusetts, os residentes têm um direito ao serviço de abastecimento de água reconhecido. Em nível nacional, apenas um documento reconhece, de forma explícita, o direito à água. Trata-se do *Water for the Poor Act*, de 2005, que prevê o direito à água segura e economicamente acessível para os mais pobres¹⁷⁶.

A Corte Suprema do Estado de Montana, EUA, no Caso *Montana Environmental Information Center v. Department of Environmental Quality*, decidiu que não era necessário provar uma ameaça à saúde pública ou aos padrões de qualidade da água para que os cidadãos americanos pudessem invocar o direito constitucional a um meio ambiente limpo e equilibrado¹⁷⁷.

Na Argentina, em 2002, foi julgado um importante caso de respaldo ao direito à água, principalmente no tocante à cota mínima gratuita de água. Neste, algumas famílias argentinas viviam abaixo da linha de pobreza e se encontravam em débito para com a Companhia de Água, concessionária do serviço de fornecimento de água. Houve corte no fornecimento. Segundo o contrato de concessão para a região de Córdoba, a empresa

¹⁷³ Caso discutido em: General Secretary, West Pakistan Salt Miners Labor Union Khwra, Khelum v. The Director, Industries and Mineral Development, Punjab, Lahora, Human Rights Case No. 120 of 1993, (1994) S.C.M.R. ps. 2061 e 2070, apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁷⁴ LEADERS, Inc. v. Godawi Marble Industries (Supreme Court Nepal, Oct. 31, 1995), apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II

¹⁷⁵ Caso Arco Iris v. Instituto Ecuatoriano de Minería, Case No. 224/90, Judgment No. 054-93-CP (Constitutional Court of Ecuador), apud SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁷⁶ US Human Rights Network, Disponível em: <<http://www.ushrnetwork.org/content/campaignproject/right-water-and-sanitation>> Acesso em 3 Mar. 2011.

¹⁷⁷ Caso discutido em: SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

deveria fornecer cota mínima gratuita por família de 50 litros de água por dia. Além de entender que a Companhia havia infringido o contrato de concessão pelo corte total, em decisão inédita, o tribunal de justiça argentino entendeu que esse montante, apesar de contratual, era inconstitucional, porque não permitia a sobrevivência de uma família. Determinou que a cota mínima a ser fornecida por família deveria ser de 200 litros por dia, gratuitamente, porque o fornecimento de água é um serviço público essencial¹⁷⁸.

Em 2004, O Centro de Direitos Humanos e Meio Ambiente – CEDHA, da Argentina, entrou com uma ação, em litisconsórcio com as famílias atingidas, em face do Município e da Província de Córdoba, para reclamar a infração de direitos humanos de moradores carentes da região. Esses moradores estavam sofrendo de falta de água porque os serviços de abastecimento não lhes eram disponibilizados pela Companhia de Água e a fonte direta que utilizavam estava sendo altamente contaminada pelo próprio sistema de tratamento de esgoto, que continha vazamentos em suas proximidades. A Constituição Argentina garante o direito a um ambiente saudável e incorpora os direitos humanos previstos nos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais. O Tribunal de Justiça argentino determinou que o Município de Córdoba garantisse um tratamento adequado de saneamento básico e que a Província de Córdoba passasse a fornecer 200 litros diários de água potável às famílias prejudicadas até que um serviço adequado de abastecimento lhes fosse disponibilizado¹⁷⁹.

Na África do Sul, onde a Constituição expressamente prevê um direito à água, no Caso *Residents of Bon Vista Mansions v Southern Metropolitan Local Council*, a Corte Suprema entendeu que o corte de fornecimento de água era, *prima facie*, uma violação do dever do Estado de respeitar o direito de acesso à água de cada cidadão. Nessa decisão, a Corte, acatando pedido de residentes, entendeu que o Município não provou que havia razões suficientes para cortar o fornecimento de água, nem que o fez de acordo com o devido processo legal¹⁸⁰.

Na França, a Lei das Águas, de 1992, prevê que o uso da água pertence a todos. Partindo desse pressuposto, a Corte Regional de Rouanne, em 1996, condenou uma empresa privada de distribuição de água pela interrupção ilícita do fornecimento de água à população local, com o fundamento de que a empresa fornecedora de água deve recorrer ao

¹⁷⁸ Caso Quevedo Miguel Angel y otros c/Aguas Cordobesas S.A. Amparo, Cordoba, Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. April 8, 2002. (Caso comentado em LANGFOR et al., 2004, p. 113).

¹⁷⁹ Caso comentado por DUBREUIL (2006, p. 25).

¹⁸⁰ Caso discutido em: SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

Judiciário para realizar o corte do fornecimento de água por não pagamento do serviço¹⁸¹.

Na Bélgica, em situação semelhante, em 1998, a Corte de Arbitragem reconheceu o direito de todos a uma cota mínima gratuita de água, com base na Constituição Belga, Art. 23, que prevê o direito à proteção de um meio ambiente sadio¹⁸².

A seguir, será apresentada a política brasileira de recursos hídricos e saneamento básico, de maneira a verificar a garantia, no Brasil, do direito à água e de identificar se há uma defesa normativa deste como um direito humano.

4.12. O Direito à Água e a Política Brasileira de Recursos Hídricos e Saneamento Básico

A Constituição Federal brasileira, de 1988, não traz expresso o direito à água. Estabelece ora competência concorrente ora competência comum entre a União, Estados e Municípios para atuarem sobre aspectos relacionados à água.

Nos termos do Art. 21 da Constituição brasileira, incisos XIX e XX, compete à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, bem como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. No Art. 22, inciso, IV, compete privativamente à União legislar sobre águas. No Art. 23, fica estabelecida a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. No Art. 24, traça-se a competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre conservação da natureza e dos recursos naturais, bem como sobre a proteção do meio ambiente e controle da poluição. No Art. 30, incisos I e V, traça-se a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local. No Art. 200, inciso IV, trabalha-se a competência do Sistema Único de Saúde (SUS), que abrange participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

Ademais, o Art. 20 da Constituição Federal brasileira, dispõe que são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território

¹⁸¹ Caso discutido em: SCANLON, CASSAR e NEMES, 2004, Anexo II.

¹⁸² Arrêt n°36/98, 1 April 1998, Commune de Wemmel, Moniteur belge, 24/4/98 (Caso comentado em LANGFORD et al. 2004, p. 114)

estrangeiro ou dele provenham. O Art. 26 dispõe que estão incluídos entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvados os bens da União. Verifica-se a complexidade do sistema brasileiro que se estende mesmo à questão do pertencimento do “bem água” a dada unidade da federação.

No Art. 225, o legislador constitucional faz defesa abrangente sobre o meio ambiente, no qual se encontra expresso o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, devendo o poder público, bem como a coletividade, defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O art. 6º da Carta brasileira defende o direito à saúde como um direito social.

É basicamente nessas duas esferas que se tem sustentado, constitucionalmente, o direito à água no Brasil: trata-se de proteção ambiental e de saúde pública.

Além dessas duas defesas constitucionais, outra defesa infraconstitucional que tem sido levantada nos tribunais brasileiros diz respeito aos direitos do consumidor, conforme positivados no Código de Defesa do Consumidor.

Quando foram publicadas a Lei dos Recursos Hídricos, em 1997, e a Lei do Saneamento Básico, em 2007, a proteção do direito à água circundava exatamente em torno das duas preocupações destacadas constitucionalmente. Não se fala, nessas duas leis brasileiras, de um direito humano água, de forma explícita, mas, conforme será apresentado a seguir, é possível levantar a defesa do direito humano à água dentro de seus textos, interpretando-os à luz do Pacto de Direitos Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil em 1992.

4.12.1. A Política Nacional de Recursos Hídricos

A Lei 9.433 de 1997, também chamada “Lei das Águas”, no Brasil, cria a política nacional de recursos hídricos e seu sistema de gerenciamento.

No Art. 2º, a Lei das Águas expõe os seus principais objetivos, destacando a necessidade de:

- I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
- II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

No art. 5º, traça os instrumentos que devem ser utilizados no desenvolvimento das políticas públicas de recursos hídricos, no Brasil. São eles: I - os Planos de Recursos Hídricos; II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V - a compensação a municípios; e VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

O enquadramento em corpos de água visa estabelecer metas de qualidade. Por sua vez, a outorga do direito de uso e a cobrança pelo uso dos recursos hídricos são formas de aplicação dos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Deve-se esclarecer, contudo, que sendo bem ambiental, nos termos do Art. 225, da Constituição Federal brasileira, a água é, conseqüentemente, bem inalienável. São cobrados os serviços prestados de abastecimento e tratamento. Prepondera, na lei, uma visão de planejamento conjugado, donde se observa que o princípio da transparência e da informação, norteadores do Direito Administrativo no Brasil, são levantados à categoria de instrumentos.

Esses instrumentos estão baseados em fundamentos gerais da lei, estabelecidos no Art. 1º, sobre os quais deve estar alicerçada a política nacional de recursos hídricos. Incorporando vários dos princípios internacionais de proteção da água como bem ambiental, a Lei destaca seus fundamentos na ordem exposta a seguir.

Primeiro, é disposto que a água é um bem de domínio público. Convém mencionar que essa assertiva não exclui o mandamento constitucional do Art. 225, de que todo bem ambiental (incluindo-se, portanto, a água) é um bem de uso comum do povo. Interpretando a norma legal à luz da Constituição, traz-se à tona o sentido *lato sensu* de “bem de domínio público”, não meramente o seu sentido civilista ou administrativista, que não exclui a expressão constitucional “bem de uso comum do povo”. Prefere-se, na presente pesquisa, enfatizar o espírito da lei, não simplesmente sua letra crua ou técnica equivocada de redação legislativa.

Em seguida, a lei pontua que a água é um “recurso natural limitado”, que tem o seu “valor econômico”. Em que pesem acertados posicionamentos críticos a esse respeito (CAUBET, 2004), entende-se que o legislador quis elevar a um patamar de valor econômico o “bem ambiental água”, outrora usado sem qualquer custo, quando, por exemplo, eram perfurados poços subterrâneos nas muitas indústrias (que os usavam sem internalizar seus custos ambientais), na agricultura (maior consumidora de água, depois do abastecimento público), nos “fundos de quintal” ou nos “lava-jatos” da esquina. Hoje, há exigência legal de outorga pelo poder administrativo e cobrança por seu uso (Arts. 5º, 11,

12 e 19), o que não descaracteriza a natureza jurídica da “água”.

No Art. 19, é levantado um dos motivos para essa caracterização econômica da água: incentivar a racionalização do seu uso. Deve-se, contudo, ter um cuidado todo especial com a valoração econômica que é dada a esse bem, conforme destaca-se mais adiante, numa defesa da universalização do direito à água.

O legislador traz, na sequência, a feliz inclusão do “dever ser” em situações de escassez: o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais, o que corrige qualquer interpretação negativa que lhe seja dada no inciso anterior, no qual o valor econômico da água é destacado. Infelizmente, contudo, na prática, como bem lembra Caubet (2004), em muitas situações, dá-se prioridade ao uso industrial e agrícola, em detrimento do consumo humano.

No inciso IV, lê-se que a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas, a saber, o abastecimento, serviços de saneamento, produção de energia, dentre outros. Nesse sentido, deve ser lembrado o trabalho desenvolvido por Ferraz (2010), onde os instrumentos de gestão são destacados em comum acordo entre o meio urbano e o meio rural.

Num acerto que merece aplausos (talvez seu maior acerto), a Lei 9.433/97, destaca como unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos a “bacia hidrográfica”. Assim, apesar de a Constituição enfatizar que a água é “bem da União e dos Estados” (Arts. 20 e 26, respectivamente), a mesma traz para o âmbito de competência legislativa concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e, numa interpretação ampliativa, também os Municípios (no seu planejamento territorial), criar normas ambientais (Arts. 24 e 30), o que já trouxe conflitos legislativos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (FERRAZ, 2010).

Fazer com que a unidade territorial seja a bacia hidrográfica e não o Município ou o Estado ou a União (no caso de rios ou lagos interestaduais ou internacionais) privilegia o real interesse da população local no entorno dessas bacias, diminuindo disputas políticas municipais ou estaduais, principalmente. Essa concepção de ter a bacia hidrográfica como unidade de gerenciamento dos recursos hídricos é herança de uma experiência francesa bem-sucedida.

A França, que tem o seu sistema de abastecimento e saneamento básico quase totalmente privatizado, por razões históricas, há mais de século, criou, já no final da segunda metade do século XX, esse gerenciamento participativo por bacia hidrográfica, privilegiando os conselhos das bacias, nos quais se inserem vários componentes da

sociedade civil (BARRAQUÉ, 1995).

Em caso de rios internacionais, haveria necessidade de uma política conjunta entre os Estados confrontantes, como é o caso da Bacia do Prata, formada pelas sub-bacias do Rio Paraná, Paraguai e Uruguai e seus afluentes, irrigando terras brasileiras, argentinas, paraguaias, uruguaias e bolivianas. Trata-se de privilegiar a proteção da água pelo seu motivo principal: o antropocêntrico, ou, numa linguagem jurídica acertada, o motivo maior que é a proteção dos Direitos Humanos das populações que vivem no entorno desses rios, independente de suas origens e nacionalidades.

No fecho do Art. 1º, o legislador prevê a descentralização dessa gestão, ao dispor que a gestão dos recursos hídricos deve contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. Cria-se, mais adiante, na mesma lei (Art. 33), dentre outros agentes de importância fundamental para a gerência dos recursos hídricos, a Agência Nacional de Águas (ANA) e os Comitês de Bacias Hidrográficas.

A Lei 9.433, de 1997, previu a criação da ANA, nos moldes dos Arts. 41 e seguintes, mas foi a Lei 9.984, de 2000, que efetivamente criou a ANA - autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, cujo objetivo é a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e a coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Em 2009, a ANA foi apontada como membro do *Board of Governors* do Conselho Mundial da Água (*World Water Council* - WWC), recebendo poder de deliberação e voto neste, juntamente com outras 35 organizações de caráter governamental e não governamental, tais como a *United Water*, dos Estados Unidos, e o Ministério de Recursos da Água, da China, dentre outras¹⁸³.

Nessa defesa, outro instrumento que surge para trazer bases ainda mais sólidas à proteção da água como direito humano é a implantação da política nacional de saneamento básico, a seguir exposta.

4.12.2. A Política Nacional de Saneamento Básico

Dez anos após a publicação da Lei 9.433, vê-se publicado, no Brasil, outro importante instrumento de proteção da água como direito fundamental: a Lei 11.445, de 2007, conhecida como a Lei do Saneamento Básico. Como signatário dos Objetivos do Milênio das Nações Unidas, o Brasil assumiu o compromisso de reduzir pela metade o

¹⁸³ Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org>> Acesso em 15 Fev. 2011.

número de pessoas em seu território que não têm acesso ao saneamento básico, até o ano de 2015.

Por saneamento básico, conforme o disposto no Art. 3º da Lei 11.445, entende-se o abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, realizados de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

É mister que se destaquem duas importantes conquistas introduzidas na Lei 11.445: a universalização do direito ao saneamento básico e a proposição dos Planos Municipais, com seus respectivos Fundos Municipais de Saneamento.

Conforme já exposto, segundo dados do Banco Mundial e da Organização Mundial da Saúde, uma pessoa precisa de cerca de 40 litros de água, por dia, para seu consumo pessoal, estando incluída a dessedentação e higiene pessoal. A Agenda 21 propõe que seja garantida, a cada pessoa, por dia, o mínimo de 40 litros de água (GONÇALVES, 2006). Gleik (1996) aponta a necessidade mínima de 50 litros de água, por pessoa, por dia.

Contudo, segundo o Ministério das Cidades, no Brasil, infelizmente, cerca de 3,4 milhões de residências brasileiras vivem sem serviço de abastecimento de água encanada. Além disso, o serviço de abastecimento de água é cortado aos que possuem seu acesso sempre que a conta não é paga.

O serviço de abastecimento de água é considerado serviço essencial e, portanto, a sua suspensão feriria direitos humanos estabelecidos, no Brasil, dentro do Código de Defesa do Consumidor, no Art. 22 deste.

Mas qual é a proposta de universalização do serviço de saneamento básico da Lei 11.445 de 2007?

O Art. 2º da Lei de 2007 diz ser princípio fundamental a “universalização ao acesso”. No Art. 3º, inciso III, “universalização” é considerada ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico.

Há quem defenda que a universalização refira-se à disponibilidade para todos, mas não necessariamente gratuita. Outros já defendem uma cota mínima gratuita de água para atender os menos favorecidos (CAUBET, 2004). Em ambas as situações, parte-se do pressuposto da defesa de um direito humano à água.

Em projeto de lei apresentado no Senado brasileiro, em 2001 (PLS n. 34), foi feita a proposta do fornecimento gratuito de cota mínima para consumo residencial unifamiliar. O projeto foi arquivado ao final daquela legislatura.

Smets (2000, p. 48) ensina que o princípio financeiro básico para a distribuição de água através de redes é que o custo do “serviço de água” deve ser rateado de tal maneira

que cada pessoa possa gozar do direito à água. O preço pago pela água pode ser ajustado para assegurar que cada usuário tenha acesso aos serviços de água e saneamento de acordo com os seus recursos próprios. Ou seja, o preço da água deve ser acessível a todos os consumidores. Esse rateamento do custo entre os consumidores deve ser conduzido em cada agência, pública ou privada, responsável pelo serviço de abastecimento e saneamento.

Ao fazer previsão quanto à universalização do acesso ao saneamento básico, a Lei 11.445, dispõe, no Art. 30, que

Observado o disposto no Art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores:

(...) III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente.

Entende-se que esse dispositivo, conjugado com os acima expostos, é suficiente para afirmar o direito humano à água e, inclusive, o direito à cota mínima de abastecimento.

A própria lei cria instrumentos para permitir esse acesso universal. Dentre os instrumentos criados por lei, estão: o Plano Nacional de Saneamento Básico (construção conjunta entre a União e o Ministério das Cidades, nos termos do Art. 52 da Lei 11.445), o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Art. 53) e o desafio que deixa lançado para que os Municípios criem o Plano Municipal de Saneamento Básico.

Nessa proposta de universalização do direito à água, os Planos Municipais devem se preocupar com a política financeira. Seria utópico falar em universalização do saneamento, sem uma forma de custeá-lo. Tendo em vista esse planejamento, alguns Municípios brasileiros criaram Fundos de Saneamento Básico.

Um dos primeiros foi o Município de Florianópolis que, em 2007, pouco após a publicação da Lei 11.445, criou o Fundo Municipal.

No Município de São Paulo, o Fundo de Saneamento Ambiental e Infraestrutura foi criado em 2009, pela Lei Municipal 14.934/2009. Dentre as muitas previsões, a lei municipal paulistana determina que a SABESP (Empresa de Saneamento Básico do Estado de São Paulo) destine ao Fundo, trimestralmente, 7,5% da receita bruta obtida na capital, além de dever investir, no mínimo, 13% em ações de saneamento básico ambiental de sua receita bruta obtida no Município de São Paulo.

Mas tem sido garantido esse direito à cota mínima?

A verdade é que, a despeito da Lei 11.445, de 2007, e dos muitos documentos nacionais e internacionais que garantem o direito à universalização, as empresas de abastecimento de água continuam cortando o serviço pelo não pagamento, no Brasil.

Num país como o Brasil, com alto índice de desemprego e precárias condições de moradia em muitas regiões, não se pode garantir o direito universal de acesso ao abastecimento de água (e demais serviços de saneamento), se não houver uma cota mínima de abastecimento para aqueles que não podem pagar pelos serviços de água. É tratar os desiguais de forma desigual para garantir-lhes seus direitos humanos básicos, dentre eles, o de viver e o de viver de forma digna.

Não é possível adotar, no Brasil, a argumentação adotada pelas concessionárias na África do Sul, conforme exposto em tópico anterior, mesmo que as empresas de saneamento nos distintos Estados brasileiros adotem um modelo de concessão. Qualquer contrato assinado ou em andamento, sob a vigência da Lei 11.445/2007, deve respeitar as garantias previstas nesta. Dentre elas, está a garantia a uma cota mínima de água através da “universalização do acesso”.

Não tem sido pacífico o entendimento dos tribunais superiores brasileiros no tocante à garantia do direito à água. A despeito disso, há alguns bons julgados que o têm garantido, ora frente a uma preocupação de acessibilidade, ora frente a uma preocupação de qualidade, ora frente a uma preocupação ambiental.

No Superior Tribunal de Justiça, não há posição pacificada. Em decisão unânime, de 1999, entendeu-se que o fornecimento de água é serviço público, com subordinação, portanto, ao princípio da continuidade, não sendo possível sua interrupção, nem mesmo por atraso em seu pagamento. Em seus votos, o Ministro Garcia Vieira manifesta o seu entendimento, por se tratar da defesa de um direito básico da consumidora, não podendo a pessoa jurídica criar descontinuidade, pois os serviços essenciais se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas¹⁸⁴.

Também foi essa a decisão do STJ em outro julgamento de 2001, onde foi decidido pela ilegalidade do corte de água com base no Código de Defesa do Consumidor (seria uma exposição do consumidor ao ridículo), ordenando-se à concessionária utilizar meios próprios para garantir o pagamento¹⁸⁵.

¹⁸⁴ REsp. n. 201112/SC, 1999.

¹⁸⁵ REsp. n. 122812/ ES, DJ 26.03.2001.

No julgamento do REsp 943850/SP, no STJ, entendeu-se que o Art. 22 do Código de Defesa do Consumidor assevera que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. E nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas nesse artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista nesse Código¹⁸⁶.

Contudo, em decisões mais recentes, o STJ não tem sido um “garantidor” do direito à água ao cidadão brasileiro. Em muitas decisões recentes, tem autorizado o corte do abastecimento de água, podendo ser este realizado após a continuidade da falta de pagamento e após a devida notificação pela concessionária. Faz-se ressalva apenas quanto aos casos de cobrança de débitos antigos e consolidados, devendo ser estes cobrados por vias ordinárias¹⁸⁷.

Deve-se ponderar, no entanto, que essas decisões do STJ foram tomadas na vigência da Lei nº 11.445, de 2007, sendo que o Tribunal fundamentou-as na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Não aplicou o princípio da universalização do acesso, previsto no Art. 2º da Lei 11.445, o que é um posicionamento contrário ao próprio espírito da Lei de Saneamento Básico no Brasil.

No Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal Brasileira, o direito à água foi discutido em sua amplitude ambiental. Sua Primeira Turma decidiu, em março de 2012, que o Município de Lutécia deveria cessar o lançamento de esgoto no Córrego Boa Esperança e que a Companhia de Água (SABESP) deveria cumprir com sua obrigação de investir no sistema de tratamento de água de esgoto do Município. Compreendeu-se que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, poderia determinar à Administração Pública a adoção de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente consagrados como essenciais, sem que isso viesse a configurar violação do princípio da separação dos poderes¹⁸⁸.

No mesmo sentido, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 254.764/SP firmou entendimento pela viabilidade de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para proteção do meio ambiente, visando o tratamento de esgoto a ser jogado em

¹⁸⁶ REsp 943850 – Primeira Turma – J. 28.08.2007 – DJ 13.09.2007

¹⁸⁷ REsp 662204/RS – Primeira Turma – Julgamento em 20.11.2007, Publicado no DO em 03.12.2007; REsp 678044/RS – Segunda Turma – Julgamento em 01.03.2007, Publicado no DO em DJ 12.03.2007.

¹⁸⁸ AI 589.398/SP, Primeira Turma do STF. Julgamento em 20.03.2012.

rio, condenando a Prefeitura de Sorocaba a submeter os efluentes da rede de coleta de esgotos urbanos a tratamento prévio, antes de seu lançamento no Rio Sorocaba e seus afluentes diretos ou indiretos¹⁸⁹.

4.13. Conclusão

Afirma-se, no presente capítulo, a existência do Regime Internacional da Água Doce e seus princípios, normas, regras e procedimentos. Identifica-se que é um regime que tem se consolidado, principalmente, com base em duas defesas, a saber: a defesa do Direito Internacional da Água Doce para fins não navegáveis e a defesa do direito humano à água.

Nessa primeira defesa, após apresentação das várias teorias que tratam da soberania dos Estados sobre seus recursos hídricos, foram identificados os princípios preponderantes nelas construídos, dentre eles, o do uso equitativo e razoável das águas transfronteiriças e o princípio da comunidade de interesses ou princípio da cooperação entre Estados ribeirinhos, conforme afirmados pela CIJ, no Caso Gabčíkovo-Nagymaros.

Verificou-se que o Regime Internacional da Água Doce tem se consolidado, principalmente, através de fontes do Direito Internacional consideradas *soft law* – Regras, Resoluções, Declarações e outros instrumentos normativos emitidos pelas distintas organizações e entidades internacionais, governamentais ou não governamentais. Nesse ínterim, convém destacar que algumas das principais entidades internacionais para a temática hídrica têm natureza não governamental, tais como o WWC, o GWP e o *Pacific Institute*, dentre outras. Tanto esse aspecto normativo difuso quanto esse aspecto institucional descentralizado e, em grande parte, não governamental, confirmam a governança global do setor.

A Convenção de Nova York sobre o uso dos cursos de água para fins diversos da navegação, de 1997, preparada pela CDI, não está em vigor por não ter recebido número mínimo de ratificações. Tem o mérito de absorver os princípios da cooperação entre os Estados e do uso equitativo das águas, tendo sido considerada, pela CIJ, nesse sentido, direito costumeiro internacional. Seu texto, porém, está muito aquém de defender o direito à água conforme construído contemporaneamente. Nesse sentido, as Regras de Berlin

¹⁸⁹ Recurso Extraordinário 254.764/SP, Julgamento: 24.08.2010.

sobre Recursos Hídricos, preparadas pela ILA, representam documento mais completo, apesar de ser demasiadamente abrangente em alguns pontos e de ter omitido alguns aspectos econômicos do setor. Em 2013, a Convenção Europeia sobre a Proteção e o uso dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais (Convenção de Helsinki, de 1992) e o seu Protocolo sobre Água e Saúde, de 1999, tiveram seus textos abertos para a adesão de Estados não europeus. Se ratificada por estes, será a primeira convenção multilateral sobre água doce para fins não navegáveis. Seu texto, pouco abrangente, merece as mesmas críticas já feitas nesse capítulo à Convenção de Nova York de 1997 e às Regras de Berlin de 2004.

Um aspecto importante do Regime Internacional da Água Doce é o tratamento específico que deve ser dado às águas subterrâneas, conforme aqui discutido, por se tratar, hoje, da principal fonte de abastecimento para a grande maioria dos países do mundo.

Na defesa do direito humano à água, foi identificada a construção deste como parte da defesa do direito à vida – em âmbito civil, social e ambiental – e foram apresentados os distintos instrumentos do Direito Internacional geral que o consagram. Contudo, o direito humano à água propriamente dito tem sido construído em documentos específicos; dentre eles, destacam-se o Comentário Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 2002, e as Declarações dos vários fóruns internacionais da água, organizados pelo WWC - em especial, o fórum de 2003. A Assembleia Geral da ONU, em 2010, reconheceu expressamente o direito humano à água, tendo sido este ratificado pelo Relatório “O Futuro que Queremos”, da Rio + 20, de 2012.

Em âmbito regional, vários documentos apontam para a defesa do direito humano à água, sendo que os tribunais e comitês de monitoramento internacional têm, também, de forma direta ou indireta, levantado tal defesa.

Numa interpretação dos Arts. 11 e 12 do PDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU entende que o conteúdo do direito à água deve abranger disponibilidade, qualidade e acessibilidade. Quanto à garantia desse direito, o Comitê entende que a responsabilidade dos Estados abrange três esferas: Respeitar, Proteger e Cumprir. Esses três aspectos foram amplamente interpretados pelo WWC *Report*, de 2003.

Fez-se, nesse capítulo, uma comparação da garantia do direito à água nos distintos Estados. Em alguns, como na África do Sul e no Uruguai, o direito humano à água foi incluído na própria Constituição. Em outros, os tribunais têm tido de compreendê-lo como parte do direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento sustentável ou como proteção do

consumidor.

No Brasil, a Constituição Federal não traz, expressamente, o direito humano à água. As Leis 9433/1997 e 11445/2007, que traçam, respectivamente, a Política Brasileira de Recursos Hídricos e Saneamento Básico, apesar de não mencionarem expressamente o direito à água, apontam para a consagração desse direito, inclusive com o seu aspecto de universalização. O tema não é pacífico nos tribunais superiores brasileiros, mas entende-se que, nos casos onde não houve reconhecimento do direito à água, houve uma aplicação e interpretação equivocada da legislação que se encontra em vigor, cuja hermenêutica deveria ser pautada pelo princípio da conformidade com a Constituição brasileira e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Compreende-se, contudo, que o Regime Internacional da Água Doce, como todo e qualquer outro regime internacional, não é autossuficiente. Quer-se, no presente trabalho, numa completude dessa pesquisa, fazê-lo dialogar com o Regime do Comércio Internacional, com o objetivo de apontar a melhor interação entre esses regimes e melhores soluções para as questões hídricas. Para tanto, partir-se-á do pressuposto de que todos os regimes internacionais pertencem ao sistema do Direito Internacional, que tem grande pluralidade normativa, mas, no qual, todos os regimes devem respeito a uma coerência sistemática.

5 - O DIÁLOGO SUSTENTÁVEL ENTRE O REGIME INTERNACIONAL DA ÁGUA DOCE E O REGIME DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

5.1. Introdução

Fazer dialogar as distintas normas do Regime Internacional da Água Doce com as normas do Regime do Comércio Internacional ou, em outra linguagem, propor uma interação entre esses dois regimes, requer uma compreensão acerca das dimensões em que podem dialogar ou interagir.

Tendo em vista as normas já prontas e consolidadas desses dois regimes e os distintos interesses que cada qual advoga, não é difícil imaginar uma interação conflitual entre ambos. Isso significa propor soluções para os possíveis conflitos que venham a existir, uma vez que, de fato, não houve, ainda, conflitos entre as normas desses dois regimes em âmbito judicial e não há, portanto, interpretações judiciais específicas a serem analisadas.

Por outro lado, de maneira construtiva, algumas normas do Regime Internacional da Água Doce podem nascer de um prévio diálogo com as normas do Regime do Comércio Internacional. Isso significa que a sua construção levará em consideração as normas de comércio internacional já existentes, bem como o seu impacto sobre elas.

O presente capítulo pretende fazer dialogar o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional. Num primeiro momento, será apresentada uma interação conflitual entre ambos e, para tanto, os textos do GATT e do GATS serão analisados, tendo em vista a possibilidade de sua aplicação à água.

Num segundo momento, será apresentada uma interação relacional entre esses dois regimes. Para tanto, propor-se-á a criação de uma organização internacional específica para assuntos hídricos, no âmbito da ONU, uma convenção-quadro para assuntos hídricos e um mecanismo de desenvolvimento limpo para a água. Por fim, discorrer-se-á acerca da legitimidade dessa interação relacional, que pode ocorrer fora do âmbito do consentimento dos Estados.

5.2. Uma interação possível

Alguns aspectos dos documentos que defendem o direito à água são imediatamente

identificáveis e influenciam a maneira como se fará uma interação do Regime Internacional da Água Doce com o Regime do Comércio Internacional. Os documentos acerca da água já criados foram desenvolvidos ao longo das três últimas décadas. São documentos, em sua maioria, com natureza de *soft law*, de produção descentralizada, confeccionados em distintas instâncias e organismos – alguns de natureza intergovernamental, outros de natureza privada com a participação de representantes estatais. Não há análises judiciais sobre o seu conteúdo, salvo casos específicos analisados em tribunais nacionais, conforme se verificou no capítulo sobre o Regime Internacional da Água Doce. Na existência de um conflito de normas entre eles, o tribunal internacional a analisar o caso estaria agindo de primeira mão em sua interpretação. Esses documentos, em sua maioria, servem para os Estados como modelos de orientação, sugestões a serem seguidas, agendas a serem traçadas, mas, em regra, não como obrigações a serem cumpridas.

Por outro lado, o Regime do Comércio Internacional, com seus acordos e convenções com natureza de *hard law*, tem tido vasta interpretação, principalmente nos fóruns da OMC, conforme já demonstrado em capítulo próprio. São documentos de produção centralizada – a grande maioria produzida no âmbito da OMC. São documentos que geram obrigações para os Estados, dentro de um sistema *pacta sunt servanda* internacional, com possibilidade, inclusive de sanções com o seu descumprimento, ainda que haja deficiências no sistema de execução dessas sanções.

Não há, contudo, impedimentos para uma interação sustentável entre esses dois regimes. Margaret Young (2012, p. 91) postula que o impedimento para a interação entre dois ou mais regimes ocorre quando: a) há tentativas de limitar ou reduzir o papel de um regime frente ao outro com alegações de que a importância de um desses regimes se dá apenas dentro de sua área específica; b) há falta de coordenação política em nível doméstico; ou c) há falta de transparência e abertura para um dado regime. Ela observa que, no sistema de solução de controvérsias da OMC, os procedimentos têm permanecido amplamente fechados a terceiros, mas já há a submissão de *amicus briefs* e de consultas feitas pelos painéis e Órgão de Apelação da OMC a organismos pertencentes a outros regimes.

Além disso, como observa Young (2012, p. 88), “[...] the study of these regimes must be undertaken in parallel with an understanding of the general principles and overall

system of international law [...]”¹⁹⁰. Não devem ser vistos de forma isolada, mas devem compreender sua interdependência e o sistema dentro do qual se incluem – o do direito internacional.

A seguir, serão feitos dois tipos de análises de interação entre regimes. A primeira será uma análise de uma possível interação conflitual entre as normas do comércio internacional e o Regime Internacional da Água Doce. A segunda será uma análise do que tem sido denominado uma “interação relacional”, em âmbito geral, cuja aplicação específica será trazida para o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional da Água Doce.

5.3. Uma interação conflitual

Não há, até o momento, litígios internacionais, no âmbito da OMC ou de outros organismos regionais de integração comercial, que envolvam o comércio internacional de água. Falar de uma interação conflitual entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional é antecipar-se a possíveis futuros conflitos, bem como construir, antecipadamente, *guidances* que poderão conduzir a uma interação entre esses dois regimes. Essa construção pode servir, inclusive, para orientar a interação entre outros regimes ainda em consolidação, sempre que questões ambientais estejam envolvidas.

Serão levantadas duas interações conflituais específicas, tomando-se como base os textos do GATT e do GATS e suas aplicações à água doce.

5.3.1. O GATT e sua aplicação à água

O GATT, no Art. I, estabelece o princípio denominado como “princípio da isonomia” entre os Estados signatários, também chamado de “*the most favored nation clause*” (a cláusula da “nação mais favorecida”). Em seu texto, o Art. I traz a abrangência do GATT, no qual se lê que o acordo se aplica a “qualquer produto originado de” ou “destinado a” um país signatário. No texto original:

[...] Any advantage, favor, privilege or immunity granted by any contracting party to **any product** originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.¹⁹¹ (grifo nosso)

¹⁹⁰ O estudo desses regimes deve ser realizado em paralelo com o entendimento dos princípios gerais e do sistema geral do direito internacional (tradução livre).

¹⁹¹ Qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedido a qualquer parte contratante para produto

Por sua vez, o Art. XI do GATT impõe proibições a restrições quantitativas ou leis que limitem a importação de qualquer produto. No parágrafo 1º, lê-se, conforme o texto original, que:

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of **any product** of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of *any product* destined for the territory of any other contracting party.¹⁹² (grifo nosso)

Um questionamento que se coloca é se a água está abrangida pelo GATT, como um produto nos termos dos Arts. I e XI. As exceções às regras dispostas nesses dois artigos são estabelecidas em seus parágrafos integrantes. Não se lê, contudo, em nenhum deles, norma que especificamente se refira à água.

O texto do caput do Art. I não traz exceções. Numa leitura dos parágrafos seguintes, nos quais algumas exceções são feitas, nenhuma delas se refere especificamente a um produto, mas são exceções relativas a integrações regionais diversas, conforme listadas nos anexos A, B, C, D, E e F do Acordo.

Por sua vez, as exceções apontadas no Art. XI referem-se muito mais a questões de aplicação de políticas públicas do que a um “bem” de forma específica e são todas circunstanciais, a exemplo do parágrafo 2º, no qual se lê que as restrições podem ser aplicadas em caráter temporário e em períodos de *shortage*.

Resta, contudo, uma dúvida: teria a água natureza jurídica de “produto” ou “bem”, nos termos do GATT? Se puder ser excluída sua natureza como “produto” ou “bem”, pode-se dizer que o GATT não se aplica à água *in natura*.

Weiss (2005, p. 69) argumenta que um produto é aquilo que é produzido através de métodos naturais, químicos ou industriais e água *in natura* e *in bulk* não seria, portanto, um produto. No entanto, há pouca diferença entre a água e o petróleo bruto nesses termos, sendo que o último tem sido negociado como um produto no mercado internacional.

Ao contrário, não se questiona a natureza do petróleo bruto como “produto”, mas

originado ou destinado a qualquer outro país será acordado imediatamente e incondicionalmente ao produto semelhante originado ou destinado ao território de todos os países signatários (tradução livre).

¹⁹² Nenhuma proibição ou restrição, que não sejam impostos, taxas ou outros encargos, ainda que efetivados através de quotas, licenças de importação e exportação ou outras medidas, deverão ser instituídas ou mantidas por outra parte contratante na importação de qualquer produto do território de qualquer parte contratante ou na exportação ou venda para exportação de qualquer produto destinado ao território de qualquer outra parte contratante (tradução livre).

sua comercialização é excluída do âmbito da OMC, principalmente por razões históricas e políticas, uma vez que muitos dos países negociadores do petróleo, membros da OPEP, não são signatários do GATT e, por uma razão de especificidade, aquela é a organização internacional própria para essas discussões (Smith, 2009, p. 3). O mesmo não se pode dizer da água. Não há fórum específico para suas negociações.

Weiss (2005, p. 85) sugere três soluções para lidar com esse problema: 1) emendar o GATT para, de forma explícita, nos termos do Art. XX, excluir a água; 2) aplicar exceções específicas relativas à água *in bulk*, a serem incluídas nos Arts. I e XI; e 3) interpretar, com autoridade, o GATT, de maneira a se excluir água *in bulk*.

A terceira opção foi adotada no âmbito do NAFTA, em 1993, quando um *Statement* interpretativo excluiu água *in natura* da abrangência daquele acordo, com a exceção de ter se tornado uma mercadoria ou produto. No texto do *Statement*, lê-se:

Unless water in any form has entered into commerce and become a good or product, it is not covered by the provisions of any trade agreement including the NAFTA and nothing in the NAFTA would oblige any NAFTA Party to either exploit its water for commercial use, or to begin exporting water in any form. Water in its natural state in lakes, rivers, reservoirs, aquifers, water basins and the like is not a good or product, is not traded, and therefore is not and never has been subject to the terms of any trade agreement¹⁹³.

Smith (2009, p. 5) advoga a favor de outra posição. Entende ser desnecessária a aplicação de qualquer dessas soluções, uma vez que se aplicaria diretamente à questão o *public-ownership consensus*. Uma vez que, segundo constata, uma grande maioria de países no mundo considera a água um “bem público” e, como tal, não estaria sujeita ao GATT. Essa sujeição se daria apenas se o próprio Estado decidisse retirar da água a natureza de “recurso natural” e tratá-la como “produto”, no âmbito de sua soberania legislativa. Assim, entende que a água, em qualquer de suas apresentações (*in bulk* ou não), pertenceria a esse grupo de “recursos naturais” e, por isso, não haveria aplicação do GATT. Contudo, como bem coloca o próprio autor, o GATT se aplica à grande maioria de “recursos naturais” e esse, por si só, seria um argumento fraco para a exclusão da água.

¹⁹³ A menos que a água, em qualquer forma, tenha entrado em comércio e se torne uma mercadoria ou produto, não está coberta pelas previsões de qualquer tratado, incluindo o NAFTA, e nada no NAFTA obrigaria qualquer Estado Parte explorar sua água para usos comerciais ou começar a exportá-la em qualquer de suas formas. Água, em sua forma natural, em lagos, rios reservatórios, aquíferos, bacias hidrográficas e outras formas naturais não é uma mercadoria ou um produto, não é comercializável e, portanto, não é e nunca foi sujeita aos termos de qualquer acordo comercial (tradução livre). (NAFTA 1993 Statement by the Governments of Canada, Mexico, and the United States. In: *Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, 9 January 2003*). Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb0213-e.htm>> Acesso em 3 Jul. 2012.

Por outro lado, Smith (2009) também lembra que, quando se aborda a questão acerca de “recursos naturais”, têm-se dificuldades na conceituação sobre o que vem a ser essa expressão. Não há consenso. Os diferentes Estados determinam sua soberania sobre suas “águas”, por vezes, sobre “a água” e, por vezes, sobre “as fontes de água”. E, nesse sentido, não há também tratamento internacional comum.

Quando se aborda, em quase todos os sistemas legais, o “direito à água”, trata-se do direito ao “uso da água” e não à “propriedade da água” e, como tal, segundo Smith (2009), não se poderia falar em “produto”. Esse seu argumento, ainda que prevalecesse para o GATT, não teria como prevalecer no âmbito do GATS, conforme se verá adiante, uma vez que há a possibilidade de os “serviços” de água serem negociados e amparados no âmbito da OMC sempre que não forem serviços prestados exclusivamente por autoridades públicas.

Smith (2009, p. 6), então, argumenta a natureza “especial” da água, como um bem essencial tanto quanto o ar. Por “especial”, compreende a sua “necessidade” e “infungibilidade”. É nessa “especialidade” conjugada com sua defesa de *public-ownership consensus* que ele se apoia, substancialmente, para dizer que a água está excluída do âmbito do GATT.

Numa pesquisa comparada de sistemas legais, Caponera (2007), conclui que: 1) o Direito Romano considerava toda água fluente como *res communis omnium* e conferia título apenas às instituições públicas, tais como municipalidades, para conceder o seu uso a outros (apenas pequenas porções de água – a exemplo de águas subterrâneas extraídas em poços e pequenos lagos dentro de propriedades privadas - eram consideradas particulares); 2) o Código de Napoleão, que passou a ser aplicado a quase toda a Europa e terras conquistadas, fazia uma categorização: águas privadas (aquelas que estivessem dentro, subterrâneas ou ao longo de uma propriedade privada) e águas públicas (as navegáveis); 3) a *Common Law*, em sua versão britânica original, manteve a posição de bem comum de todos à água, exceção feita à propriedade privada de água recolhida da chuva e de água subterrânea durante a posse do imóvel; 4) a Constituição do Estado Soviético estabeleceu que as águas são do Estado; 5) o Direito Islâmico também trata a água como bem público, havendo, nesse sentido, assertivas de Maomé, em distintas partes do Alcorão, excetuando apenas águas de poços dentro de propriedades privadas, o que influenciou o direito em todos os países de maioria islâmica da África e do Oriente Médio; 6) os sistemas de origem otomana afirmam o “direito comunitário” a todas as águas, inclusive às águas subterrâneas capturadas em poços; 7) o direito norte-americano é bastante diversificado nesse sentido,

afirmando-se, no lado oriental dos Estados Unidos, a natureza de bem público a quase todas as águas superficiais e subterrâneas e, em seu lado ocidental, a doutrina do título conferido àquele que primeiro apropriar-se do bem (*riparian doctrine*); 7) nos países latino-americanos, há um consenso quanto à natureza de bem público das águas, variando apenas quanto ao seu pertencimento à União ou aos Estados/províncias federados, como é o caso do Brasil; 8) na China, todas as fontes de água são propriedade do Estado; 9) a Constituição indiana confere o título de propriedade da água aos seus Estados federados.

Um estudo realizado pela FAO, publicado em 2009, apresentou relatório no qual indica que quarenta e quatro países consideram a água um “bem público” ou “bem comum” ou “bem comunitário”. Em suma, segundo o relatório, haveria o mesmo significado para essas três expressões¹⁹⁴.

A França, que historicamente tem tradição de propriedade privada da água, em 1992, declarou, por lei, que a água é um “bem comum da nação”, sendo que qualquer tipo de água só estaria sujeita ao “direito de uso” e não mais ao “direito de propriedade”. A grande maioria dos países europeus traz, hoje, em suas constituições ou leis infraconstitucionais uma referência à água como “bem público” (BARRAQUÉ, 1995).

Numa interpretação do Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no qual princípios gerais de direito são considerados fontes de Direito Internacional, conjuntamente com tratados internacionais e costumes internacionais, Smith (2009, p. 14) entende que o *public ownership consensus* pode ser considerado um princípio de Direito Internacional, ainda que considerado em diferentes perspectivas (bem comum, bem comunitário, bem público, bem estatal etc), uma vez que a grande maioria dos países desconsidera a propriedade privada da água, aceitando-a excepcionalmente.

Em 1969, a Corte Internacional de Justiça entendeu que um princípio geral de Direito Internacional existe sempre que houver um princípio estabelecido, amplamente divulgado e de prática consistente entre os Estados, que é reconhecido como sendo obrigatório por regra de direito que o exige¹⁹⁵.

Para Smith, pode-se considerar o *public ownership consensus* um princípio de Direito Internacional no tocante à água, cuja natureza, segundo ele, é reforçada pela consideração que se faz, atualmente, do direito humano à água.

Entretanto, conforme é abordado em capítulo próprio dessa pesquisa, a defesa do

¹⁹⁴ UN-FAO, Water Law and Standards, Disponível em <<http://www.waterlawandstandards.org>> Acesso em 3 Jul. 2012.

¹⁹⁵ North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.), 1969 I.C.J. 44 (Feb. 20).

direito humano à água não necessariamente engloba a natureza pública do “bem água”. São questões distintas e, mediante um sistema misto (que considere a água pública em algumas circunstâncias e privada em outras), ainda é perfeitamente possível defender-se o direito humano à água. Ademais, não existe uma obrigatoriedade quanto à consideração da natureza pública da água. Existe, sim, uma margem alargada de *policy space* deixada aos Estados para assim o considerarem e, por ser mais conveniente para uma grande parte dos Estados, a determinação pública da água tem prevalecido. Em momento algum, poder-se-ia considerar uma “quebra” de princípio geral de direito a aplicação por um Estado de regime privado à água.

Ademais, até aqui, a discussão se dá em torno do regime aplicável à água *in natura*. Contudo, o mesmo tipo de discussão não pode ser levantada para a água engarrafada e comercializada mundialmente. A partir do momento em que se coloca água mineral ou potável em uma garrafa, há um processo de industrialização e não há qualquer dúvida quanto a ser essa água um produto, nos termos do GATT. Não se pode olvidar toda uma preocupação relacionada aos impactos ambientais provocados nas regiões de extração dessa água.

No sistema padronizado para comércio mundial (*World Custom Organization's Harmonized Commodity Description and Coding System* - HS), a água é tabelada sob o código 22.01, que inclui *waters, including natural or artificial, mineral and aerated waters, not containing added sugar or other sweetening matter or flavored; ice and snow*¹⁹⁶. Essa padronização, por si, leva a entender que a água pode ser, sim, tratada como mercadoria em diversas situações. E, por haver essa possibilidade, não pode ser excluída a aplicação do Art. XX do GATT.

Outra polêmica situação que envolve a água e sua comercialização é a questão da água virtual. A indústria e a agricultura utilizam enormes quantidades de água em seus processos produtivos, conforme já se mencionou em capítulo anterior. São, de fato, hoje, as maiores consumidoras de água do planeta. Todos os produtos utilizados nesses processos são cobertos ou pelo GATT ou pelo Acordo sobre Agricultura. Não se descarta uma preocupação ambiental em torno da comercialização da água virtual.

Nessas três situações - água *in natura*, água engarrafada e água virtual, entende-se que um Estado da OMC possa, sim, reclamar a aplicação direta do GATT e de outros acordos da OMC que forem aplicáveis. Não se defende, nesse trabalho, a aplicação desses

¹⁹⁶ “Águas, incluindo naturais ou artificiais, minerais ou gasosas, não contendo adição de açúcar ou outro adoçante ou sabor; gelo e neve” (tradução livre).

acordos por uma razão mercantilista. Pelo contrário, aponta-se, dentro do GATT e de todos os acordos da OMC, as chamadas exceções ambientais e se advoga no sentido de que, quando aplicáveis, a defesa da água e a margem de *policy space* dos Estados que quiserem defender o seu meio ambiente deve prevalecer sobre os interesses comerciais. Para essa defesa, compreende-se tudo o que já foi abordado em capítulo anterior acerca da aplicação do GATT e de seu Art. XX pelos painéis e Órgão de Apelação.

Numa situação de ter o Estado um regime predominantemente público de propriedade da água, fica mais fácil a defesa da exclusão do GATT, nos casos de água *in natura*, porque a água pública será produto “fora do comércio”. Contudo, não se pode dizer o mesmo de um regime misto, como é o caso dos Estados Unidos e da Espanha. Porém, mesmo nos países de regime totalmente público, as questões relacionadas à água engarrafada e à água virtual não podem ser olvidadas. Ademais, se um Membro da OMC decidir levar suas negociações em torno da questão da água aos painéis e Órgão de Apelação, independentemente do regime que adotar, e houver aceitação plena por parte do Estado requisitado, não há nada no GATT que impeça essa negociação de ser analisada sob o prisma desse acordo e de ser arbitrada pelo sistema de solução de controvérsias da OMC. A discricionariedade dos Estados permanece, sendo respaldada pelo princípio do *single undertaking*, salvo exceções expressamente previstas nos textos dos tratados da OMC.

Se um país rico em água colocasse uma barreira ou quota à exportação *de bulk water*, por razões ambientais, nada impediria essa medida de ser confrontada nos painéis da OMC como uma medida restritiva ao comércio internacional, nos termos do Art. XI do GATT (BARLOW; CLARKE, 2002, p. 165). Entende-se, contudo, ser perfeitamente possível acomodar a defesa dessa medida no Art. XX, alíneas “b” e “g” desse acordo, nos mesmos moldes já discutidos no capítulo 3 dessa pesquisa. Medidas de proteção da água são necessárias à proteção da vida e da saúde humana e animal ou vegetal e, em alguns casos específicos, trata-se de recurso natural exaurível (como no caso do uso de águas provenientes de aquíferos confinados).

Por outro lado, se um país, por razões ambientais, desejar impor uma restrição à importação de água *in bulk* ou de qualquer produto rico em água virtual, esbarraria nas interpretações dos Painéis e do Órgão de Apelação da OMC de que um produto não pode ser distinguido pela maneira como foi produzido, se isso não influenciar nas suas qualidades finais (*Casos US Tuna-Dolphin I e US Shrimp*, já discutidos no capítulo 3). Por esse entendimento, produtos semelhantes têm de ser tratados de maneira igual, independente da forma como foram produzidos. Contudo, esse é um entendimento do

Órgão de Solução de Controvérsias que pode evoluir com uma nova interpretação do texto do GATT em um diálogo de coerência com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ou seja, atendo-se ao seu objeto e finalidade, usando o significado simples das expressões do GATT, dentro de seu contexto.

Partindo-se de uma construção dinâmica do Direito do Comércio Internacional, o Regime Internacional da Água Doce dialogaria com o GATT de maneira a lhe proporcionar a noção de sustentabilidade para a água e a necessidade de proteção da mesma numa esfera transfronteiriça, como toda proteção ambiental. Na ausência de casos concretos para se fazer uma análise de tal conflito, propõe-se uma interpretação com base no preâmbulo do *Marrakesh Agreement* que, indisputavelmente, traz a orientação do desenvolvimento sustentável para reger todas as transações comerciais da OMC, bem como no já incorporado diálogo que tem feito o Órgão de Apelação na introdução de acordos ambientais para interpretar as normas comerciais da OMC (Casos *US Shrimp*, *EC Asbestos* e *Brazil Retreated Tyres*, já discutidos no capítulo 3).

Entende-se que o GATT, no Art. XX, alíneas “b” e “g” (“medidas necessárias à proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal” e “medidas relacionadas a recursos naturais exauríveis”) pode ser usado para reclamar, em âmbito internacional, o direito humano à água. Trata-se de visualizar a coerência sistemática do Direito Internacional e de não enxergar os distintos regimes como autossuficientes. A água seria enquadrada como bem ambiental que é, ao contrário de algumas preocupações que colocam a aplicação do GATT à água como sendo um obstáculo à defesa desse bem como um direito. O princípio do desenvolvimento sustentável já foi incorporado pelos mais distintos tratados, inclusive os tratados da OMC, conforme já demonstrado em capítulo próprio (ainda que haja ponderações quanto à sua natureza como princípio) e, como tal, deve ser utilizado na interpretação dos casos que forem trazidos à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias.

5.3.2. O GATS e a Liberalização do comércio de serviços de água e saneamento básico

Numa interação entre o GATS e o Regime Internacional da Água Doce, tendo em vista a interpretação das normas, o principal questionamento seria até que ponto o GATS pode ser aplicado à liberalização do comércio de serviços de água e saneamento básico.

Nas negociações sobre o comércio de serviços, no âmbito do GATS, um dos principais alvos foi o serviço de saneamento básico. Por saneamento, compreende-se desde

o processo de captação e tratamento até o processo de distribuição de água e tratamento residual. Nesse setor, há seis tipos de participação privada, a saber: contratos de serviços, contratos de gerenciamento público, contratos de *leasing*, contratos *build-operate-transfer*, concessão de serviços e privatização. Os contratos de serviço, de menor duração (cerca de 1-2 anos), têm propriedade, operação e manutenção, investimento e risco públicos. Nos contratos de gerenciamento público (com duração média de 3-5 anos), apenas a operação e manutenção do serviço são privadas, os demais, a saber, propriedade, investimento e risco, permanecem públicos. Nos contratos de *leasing*, com duração de 8-15 anos, a propriedade e o investimento são públicos, a operação e manutenção são privadas e o risco é compartilhado entre o público e o privado. Nos contratos *build-operate-transfer*, a operação e manutenção, o investimento e o risco são privados, enquanto a propriedade é compartilhada. Nos contratos de concessão de serviços, são privados a operação e a manutenção, o investimento e o risco, enquanto que a propriedade permanece pública. Na privatização, a propriedade pode ser inteiramente privada ou público-privada, mas a operação e manutenção, o investimento e o risco são totalmente privados (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2008, p. 183).

O Art. XIII do GATS prescreve que as licitações públicas de serviços não estão sujeitas às obrigações de acesso a mercado (Art. XVI) ou tratamento nacional (Art. XVII), nem à obrigação MFN (Art. II). Essa limitação pode influenciar diretamente os serviços ambientais, principalmente no tocante aos setores de infraestrutura (como abastecimento de água, saneamento básico e tratamento de esgoto). Dessa forma, se uma Parceria Público-Privada (PPP) for enquadrada em um processo licitatório (*public procurement*), pode ser aplicado o Art. XIII do GATS. Contudo, a variedade de contratos que podem ser formados sob a denominação de PPP faz com que essa inclusão no Art. XIII não seja algo tão pacífico. Por isso, contratos de concessão poderiam não ser considerados *public procurement* para efeito de aplicação dessa cláusula. O contrato público-privado deve, portanto, ser analisado caso a caso (COSSY, 2011, p. 252).

Os que defendem a liberalização do subsetor de abastecimento e saneamento básico, em geral, levantam três bandeiras: 1) o mercado sabe precificar; 2) há sérios problemas de captura e corrupção no serviço público; 3) nos países em desenvolvimento, há falta de recursos públicos para investimento (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2008, p. 185).

Quanto à primeira defesa, tem-se que as empresas privadas comprem diretamente do mercado o necessário para suas instalações e operações. Por sua vez, os consumidores, de acordo com suas necessidades, adquirem o serviço final ofertado. Dessa forma, pelo

menos teoricamente, o preço do serviço será indicado pela própria sociedade, havendo, assim, uma sinalização dos consumidores aos produtores do *quantum* de serviço que necessitam consumir. No capítulo em que foi trazida uma sequência de casos acerca da privatização do setor de abastecimento e saneamento básico de diversos países, identificou-se que o preço nem sempre é ditado de acordo com a necessidade do consumidor, mesmo em países onde a regulação do setor se deu de maneira prévia e planejada, como foi o caso da Inglaterra.

Quanto à segunda bandeira levantada em prol da liberalização, é verdade que, numa grande parte de países em desenvolvimento, principalmente nos continentes africano e sul americano, os governantes têm rotineiramente adotado uma política corrupta, fazendo com que os interesses privados sobressaiam-se em detrimento dos interesses públicos. Contudo, trata-se muito mais de questão cultural arraigada do que de política econômica propriamente dita¹⁹⁷. Nada impediria que um setor de abastecimento e saneamento básico privado, nesses países, fosse acometido dessas mesmas manchas da administração pública.

Quanto à terceira bandeira levantada, talvez seja a que, de fato, proporcione a maior motivação para a privatização do setor em muitos dos países em desenvolvimento. Contudo, não pode ser feita de forma aleatória e sem planejamento e regulação prévia, a exemplo do que se deu em muitos dos países analisados em capítulo próprio; em especial na Argentina, na Bolívia e nos países da África subsaariana. Uma política de privatização bem sucedida do setor de abastecimento e saneamento básico, conforme já mencionada, é a do Chile. Nesse país, uma política de subvenção planejada, conjugada com uma regulação prévia minuciosa e regionalizada foi o segredo do sucesso da liberalização desse serviço essencial. Contudo, não se pode deixar de levantar a preocupação com a fragilidade de um sistema altamente subvencionado num país em desenvolvimento, como é o caso do sistema chileno.

Por outro lado, alguns fatores somam contra a privatização dos serviços de água. Mirandola e Sampaio (2008, p. 187) apontam os seguintes fatores: 1) o investimento atraído pode ser insuficiente (com pouco investimento, a qualidade do serviço cai e o preço aumenta, uma vez que, sendo investimento de alto risco, o setor privado quer recuperar o que gastou o mais rápido possível) ; 2) na inexistência de metas de universalização do serviço previamente implantadas, a privatização seria um fiasco (deve haver, portanto, investimentos em localidades que não seriam economicamente rentáveis e essa política

¹⁹⁷ Ver GALEANO, E. *As Veias Abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

deve ser acordada contratualmente); 3) o preço de acesso aos serviços deve ser adequado à renda média da população que os consumirá (o que, na grande maioria das vezes, não é de interesse do setor privado, devendo ser viabilizado mediante política de subsídios cruzados ou mesmo de subsídios diretos).

No geral, independentemente de serem públicos ou privados, os serviços de água requerem regulamentação que considere o planejamento do uso da terra para proteger as fontes de água, estudos de impactos ambientais, medidas para promover a eficiência dos serviços de água, bem como a redução do seu uso, além de medidas para consumo sustentável de energia nos projetos de gerenciamento de águas (SWENARCHUK, 2004, p. 4).

Não se pode olvidar, contudo, a flexibilização deixada no texto do GATS, principalmente no tocante às negociações de serviços. Uma interação entre o Regime Internacional da Água Doce com o Regime do Comércio Internacional de serviços deve levar em consideração essa flexibilização também num momento de interpretação das normas.

5.4. Uma interação relacional

Uma interação entre regimes, como bem lembram Young (2012) e Dunnof (2012), pode ocorrer em momentos fora dos órgãos de solução de controvérsias ou fora das situações de conflito. Contemporaneamente, vislumbrar uma interação entre regimes somente quando há litígios ou possibilidade de conflitos é tratar o problema apenas com paliativos. Paliativos são necessários, mas medidas preventivas têm maior sustentabilidade nas relações internacionais.

Conforme estudo apresentado em outro capítulo dessa pesquisa, as bacias hidrográficas internacionais que têm tratados de cooperação assinados entre os países envolvidos são potencialmente menos conflituosas do que as bacias que não têm tratados que as regulamentem. Ainda que se tenha, nessa pesquisa, identificado a precariedade desses tratados existentes, bem como o pouco número deles em relação ao número de bacias hidrográficas internacionais, a existência do tratado, *per si*, impulsiona uma maior cooperação internacional.

Por isso, uma interação que ocorra no momento de construção da norma, de sua produção de eficácia e, posteriormente, de sua execução, mas previamente à formação do

conflito, pode ser consideravelmente mais sustentável. “*A theory of regime interaction that concentrates solely on the paradigmatic case of conflicting norms before a tribunal is underinclusive*”¹⁹⁸ (YOUNG, 2012, p. 90).

Young (2012, p. 90) desenvolveu um estudo sobre a interação do que denomina *fisheries regime*, que será, no presente trabalho, chamado de “regime da pesca”. Em suas análises, conclui que uma interação entre regimes deve ocorrer também durante o processo de criar, de executar e de fazer com que o Direito Internacional produza eficácia. Tudo isso envolve muito mais do que questões técnicas de mandato ou coordenação. Enquanto a literatura sobre fragmentação tem se concentrado fortemente na solução para normas em conflito - chamadas antinomias, conforme explicado em capítulo anterior, que ocorrem após a publicação das normas ou após terem se tornado costume internacional, um estudo mais acurado acerca de interação entre regimes deve incorporar vários estágios de desenvolvimento jurídico da norma e sua aplicação. Para fazê-lo, é necessário adotar uma nova perspectiva da própria natureza do Direito Internacional, que requer uma compreensão mais apurada das práticas entre os Estados, das negociações multilaterais, dos desenvolvimentos institucionais, além das funções judiciais.

Dunnof (2012, p. 151) critica as análises acadêmicas sobre interação entre regimes baseadas somente em solução de conflitos em cortes e tribunais. “*The deeper conceptual problem is that scholarly inquiries that foreground judicial efforts to address regime interaction mislead because they presuppose a partial and hence inaccurate model of regime interaction*”¹⁹⁹.

Tribunais internacionais podem agir apenas de maneira limitada em relação à solução de conflitos, não apenas por causa da precariedade na execução de suas decisões, como também por não haver regras-padrão consolidadas de interação entre regimes a serem aplicadas em cortes e tribunais internacionais. Conforme desenvolvido em capítulo próprio, nesse trabalho, o ativismo judicial tem deixado de lado, muitas vezes, regras consolidadas de interpretação de tratados.

A maior parte da interação entre regimes ocorre em relacionamentos cotidianos entre seus atores e instituições, fora dos tribunais, incluindo o trabalho regulatório, administrativo, operacional e conceitual. Dunnof (2012, p. 151) chama essa relação entre

¹⁹⁸ Uma teoria de interação entre regimes que se concentrar apenas no caso paradigmático de conflitos de normas perante tribunais é não inclusiva. (tradução livre)

¹⁹⁹ O maior problema é que pesquisas acadêmicas que se baseiam em esforços judiciais para lidar com interação entre regimes podem levar a conclusões inadequadas porque pressupõem um modelo parcial e inadequado de interação entre regimes (tradução livre).

regimes de “interação relacional”. Apesar de Dunnof preferir ver a questão dos regimes como se cada regime fosse “independente” – posição não adotada nessa pesquisa, por defender-se uma coerência sistemática – os modelos oferecidos pelo autor serão utilizados para melhor compreender esse tipo de interação não judicial de regimes internacionais. Dunnof (2012) oferece os modelos de interação regulatória e administrativa, interação operacional e interação conceitual.

O primeiro tipo de interação sugerido por Dunnof é a interação regulatória e administrativa. Os tratados continuam sendo as principais normas internacionais. Contudo, não são as únicas. Há várias normas em forma de regulação, no âmbito administrativo de diversas instituições ou entre elas, que se tornam criadoras de regras e padrões de aplicação geral. Essa atividade tem sido chamada de “direito administrativo global” ou de “direito administrativo internacional” (KINGSBURY, 2005).

Dunnof (2012, p. 152) traz o exemplo de interação regulatória e administrativa na área de substâncias perigosas, com a formação, inclusive, de uma organização internacional para lidar com produtos químicos (*Inter-Organization for the Sound Management of Chemicals* – IOMC), que conjuga esforços de diferentes atores, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização para Alimentação e Agricultura (FAO), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), o Banco Mundial e outros. Todos esses atores encontram-se bienalmente e seu esforço conjunto tem produzido regulamentação na área de produtos químicos de grande importância. A IOMC está engajada em alguns projetos de amplitude mundial, dentre eles o projeto para padronização e classificação de produtos químicos e pesticidas, inclusive com a utilização de “selos”.

Outro bom exemplo é a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs *Convention*), que entrou em vigor em 2004, e que proíbe o uso de certos pesticidas e produtos químicos que causam “acumulação biológica” (*bioaccumulation*). Nas negociações desse tratado, muitos organismos ambientais advogaram a favor da proibição do uso do pesticida DDT. Muitos países em desenvolvimento e organismos de saúde pública advogaram a favor da manutenção do uso do DDT, por ser o único mecanismo eficiente contra a malária. A Organização Mundial da Saúde respaldou esse clamor dos países em desenvolvimento e o uso do DDT foi mantido em razão do controle da malária e da falta de alternativas mais eficientes. Contudo, a POPs

prevê que mudanças nas regras do uso do DDT deverão ser feitas de acordo com uma contínua interação entre todos esses organismos envolvidos e, principalmente, que o contínuo uso do DDT deverá obedecer as regras e orientações estabelecidas pela OMS (DUNNOF, 2012).

O segundo tipo de interação entre regimes sugerido por Dunnof (2012, p. 156) é a interação operacional. Um exemplo de interação operacional é a formação da UNAIDS (Programa das Nações Unidas de combate à Aids). Trata-se de uma operação conjunta – uma *joint venture* – entre distintos atores internacionais - dentre eles, o Banco Mundial, a UNICEF, a UNESCO, o ACNUR e outros, que antes atuavam de maneira isolada. Com a criação do programa, passaram a ter uma interação conjunta, poupando recursos, esforços e agilizando procedimentos, uma vez que as ações não são mais desnecessariamente duplicadas em fóruns distintos, mas se concentram sob o âmbito da ONU. Cada um desses atores que formaram essa *joint venture* se incumbiu de trabalhar em uma área específica do combate à AIDS – planejamento, gerenciamento, prevenção, tratamento e monitoramento - potencializando, assim, os seus esforços conjuntos.

O *Global Environment Facility* também é um tipo de interação operacional formado pelo Banco Mundial, PNUMA e PNUD. A esses, num esforço conjunto operacional, com divisão de atividades e áreas de atuação para promover medidas de proteção ambiental, juntaram-se a FAO e outras agências internacionais.

Dunnof (2012, p. 157) menciona, inclusive, a promoção do Dia Mundial da Água, que foi um esforço conjunto - PNUMA, UNICEF, FAO, UNESCO, OMS, UN-Habitat e outros, para sensibilizar a população mundial acerca dos problemas relacionados à água potável.

O terceiro tipo de interação relacional sugerido por Dunnof é a interação conceitual. Por interações conceituais, Dunnof (2012, p. 158) classifica o tipo de *regime interaction* criador de conhecimento, criador de conceitos. “*Regimes are understood as conceptual frameworks for understanding parts of our social world*”²⁰⁰. Quando atores internacionais, dentro de um regime específico, criam regras ou se envolvem em atividades operacionais, ao mesmo tempo, participam do processo criacionista de conceitos e conhecimento. Dessa forma, foram criados os conceitos de “desenvolvimento sustentável”, “direito humano à água”, “serviços ambientais”, “bens ambientais”, “proteção internacional aos refugiados”, “globalização”, “governança global” e tantos outros.

²⁰⁰ Regimes são considerados uma estrutura conceitual para entender parte de nosso mundo social (tradução livre).

A Organização Mundial do Comércio tem interagido com a Organização Mundial do Trabalho para chegarem a um conceito social da expressão “globalização” (DUNNOF, 2012, p. 160). Muita interação entre regimes tem ocorrido também no Comitê de Meio Ambiente da OMC, do qual se espera sair uma definição consolidada de “bens ambientais” e “serviços ambientais” – expressões ainda em processo de construção dentro da OMC.

O Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU tem continuamente proposto uma interação entre direitos humanos e meio ambiente. A defesa da proteção climática, por exemplo, promovida como uma defesa de direitos humanos, tem ganhado adeptos em razão de se “humanizar” suas reivindicações.

Koskenniemi (2012), contudo, vê toda essa argumentação acerca de *regime interaction* – conceitos, regulações, área administrativa e conflitual – como uma forma de afirmar a hegemonia de um regime sobre o outro. Em suas palavras:

But the problem is of a general nature and manifests itself above all in the daily operation of the regimes in blissful ignorance of each other and firmly committed to imposing their particular outlook on the world. Instead of through formal dispute settlement or legislation, however, regimes develop through the informal expansion of their vocabularies in academia and in bureaucracies and by occupying the position of dominant frameworks of thought and action, matrices for the identification of problems and thumb-rules for their resolution. They operate less as systems of formal commands than as broad cultural or professional orientations that do not respond to problems but act as mechanisms that make it possible to identify an aspect in the world as a “problem” in the first place (...) The ‘functional’ character of such self-regulating structures as ‘trade law’, ‘environmental law’ and so on, does not at all signify that they would work in view of a globally defined common good. It merely refers to their quality as mechanized producers of outcomes that are internally validated by their embedded hierarchies of preference – their structural biases (KOSKENNIEMI, 2012, p. 319)²⁰¹.

Numa crítica exatamente a esse entendimento de Koskenniemi, Dunnof postula que:

Koskenniemi argues that conceptual interactions aimed at creating what he calls

²⁰¹ O problema é de natureza geral e se manifesta, acima de tudo, nas operações diárias entre regimes em sua feliz ignorância em relação ao outro, firmemente empenhados em impor sua maneira de ver o mundo. Ao invés de decisões de órgãos de soluções de controvérsias ou de legislação, os regimes desenvolvem através de sua expansão informal, seu vocabulário próprio na academia e em suas burocracias e ocupam posição de dominação em suas estruturas dominantes de pensamento e ação, matrizes para a identificação de problemas e de regras de ouro para suas soluções. Operam muito menos como sistemas de comandos formais do que orientações culturais e profissionais que não respondem a problemas como mecanismos que permitem identificar um problema de primeira mão no mundo. O caráter funcional dessas estruturas de auto-regulação, tais como comércio internacional, direito ambiental e outras, não significa que trabalham em prol de uma definição global de bem comum. Apenas referem-se às suas qualidades como produtores mecanizados de resultados que são internamente validados por hierarquias integradas de preferências – suas pré-concepções estruturais (tradução livre).

‘hybrids’ are best understood in political terms as struggles for influence. While conceptual interactions between and among regimes are undoubtedly often triggered by political and instrumental motivations, I believe that much more is at stake. The overtures from the human rights regime represent a new way to think about the climate change issue, and a new framework for criticizing or justifying international efforts in this area. The human rights advocates are offering new doctrinal and operational approaches to climate change that focuses on the vulnerable and marginalized. At a more fundamental level, the human rights regime is seeking a conceptual interaction that is ultimately over the negative or the social meaning, of climate change. These types of interactions remind us as did Bob Cover’s analysis of law in ‘Nemos and Narrative’, of law’s central role as a filter through which humans understand and experience the world around them (2012, p. 162)²⁰².

A presente pesquisa está em concordância com essa exposição de Dunnof. Entende-se que o Direito não pode ser meramente analítico, mas deve ser o instrumento para a construção de normas que representem as mudanças contemporâneas e que lhes tragam propostas para os seus distintos problemas considerados, ainda que tais propostas sejam apontadas como solução temporária para problemas contemporâneos específicos. Quer-se, nesse trabalho, propor algumas formas específicas de interação relacional entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional, por compreensão de que há urgência na temática e por conclusão de que há necessidade desse tipo de diálogo e interação.

5.4.1. A proposta de uma Organização Internacional da Água

Em capítulo próprio, foi identificada a existência do Regime Internacional da Água Doce. Nesse regime, que não é considerado *self-contained*, mas inteiramente interdependente, identificam-se diferentes institutos que têm lidado com a temática da água. Muitos desses institutos nasceram de uma oposição às políticas neoliberais desenvolvimentistas adotadas pelo Banco Mundial e pelo FMI, nas décadas de 1980 e 1990. Contudo, de uma observação de suas atividades, pode-se verificar que falta uma centralização de decisões e de atitudes.

²⁰² Koskeniemi argumenta que as interações conceituais direcionadas a criar o que ele chama de “híbridos” são melhor compreendidos, em termos políticos, como uma luta pela influência. Enquanto interações conceituais entre regimes são indubitavelmente movidas por motivações políticas e instrumentais, eu acredito que muito mais do que isso está em jogo. As aberturas de direitos humanos representam um novo caminho para se pensar a questão da mudança climática e uma nova estrutura para criticar ou justificar esforços internacionais nessa área. Os juristas de direitos humanos têm oferecido novas abordagens doutrinárias e operacionais para mudanças climáticas que focam no vulnerável e marginalizado. Num nível mais fundamental, o regime dos direitos humanos tem procurado uma interação conceitual que se dá, contemporaneamente, em torno do significado negativo ou social de mudança climática. Esses tipos de interação lembram-nos da análise de Bob Cover sobre o direito, em *Nemos and Narrative*, de que o papel central do direito é ser filtro através do qual os seres humanos possam compreender e experimentar o mundo ao seu redor (tradução livre).

Tomando por base essa notória descentralização, quer-se, na presente pesquisa, propor a criação de uma organização internacional da água, no âmbito da ONU. Trata-se de uma interação entre regimes que seria identificada como regulatória e administrativa, além de operacional.

Seria, pois, uma agência especializada da ONU para assuntos hídricos, com o objetivo de centralizar a temática, sem ignorar a existência própria dos vários institutos já desenvolvidos. Essa organização, que poderia ser denominada UNWRA (*United Nations Water Resources Agency*), ou Agência da ONU para Recursos Hídricos (ARH-ONU), englobaria funções administrativas, regulamentadoras e de arbitragem internacional para questões hídricas. Teria como preocupação primária a questão hídrica por razões de segurança internacional, manutenção da paz e sobrevivência da raça humana.

A UNWRA seria diferente da UN-Water. A UN-Water autodenomina-se um “mecanismo de coordenação entre agências” para todos os assuntos relacionados à água doce e saneamento. Foi formalmente estabelecida em 2003 pelo Alto Comissariado da ONU para Programas, tendo construído, desde então, uma importante atuação em matéria de recursos hídricos globais. Muitos importantes relatórios foram produzidos com o trabalho da UN-Water²⁰³.

Apesar de se reconhecer a importância do trabalho da UN-Water, entende-se ser o seu escopo limitado à sua própria natureza. Não é uma agência especializada. Não é um Programa da ONU. Trata-se de um “mecanismo de coordenação entre agências”. Um Programa da ONU (como o PNUMA ou o PNUD) é sempre dependente de decisões diretas da Assembleia Geral, mas tem certa autonomia em ações. Uma agência da ONU (como a FAO e a UNESCO) tem autonomia administrativa e decisória, apesar de estar no âmbito geral do sistema das Nações Unidas. Entende-se que a importância que as questões relacionadas a recursos hídricos ganharam em âmbito internacional faz com que mereçam, com urgência, uma agência capaz de centralizar assuntos hídricos, assim como a FAO tem centralizado questões relacionadas à agricultura em âmbito mundial e será sempre o primeiro organismo a ser ouvido em assuntos relacionados a planejamento agrícola internacional.

A UNWRA seria, na verdade, uma *joint venture* dos vários institutos que já trabalham com o setor hídrico de uma forma direta ou indireta. Chamaria para uma participação direta em seus atos decisórios, cooperacionais, regulamentadores e

²⁰³ Ver página oficial da UN-Water, disponível em: <http://www.unwater.org/10years_timeline.html> , Acesso em 7 Jul. 2013.

administrativos não apenas Estados, mas também esses já identificados institutos de natureza privada relacionados à temática hídrica (tais como o WWC, o GWP e o *Pacific Institute*), representantes das distintas comunidades-sedes das bacias hidrográficas do mundo organizadas por bacias, além dos institutos intergovernamentais que teriam interesses diretos na temática – tais como a OMC, o Banco Mundial, o FMI, o PNUD, o PNUMA e o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU. Haveria encontros anuais ou bienais desses atores, nos quais se produziria regulamentação, *soft law* e *hard law*, na área de recursos hídricos, levando em consideração a problemática da poluição e escassez, além da proteção do direito humano à água, da questão da privatização ou publicização dos serviços de água e da questão da comoditização da água.

A UNWRA estaria engajada com projetos de natureza social, ambiental e comercial relacionados à água, inclusive com o projeto de concessão de certificados da água, que são objeto de proposta dessa pesquisa, abaixo relacionado, sendo uma interação entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional da Água Doce.

5.4.2. A proposta de uma Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos

No âmbito da UNWRA, a presente pesquisa propõe a construção de um documento internacional, com natureza de *hard law*, para endereçar as diversas questões acerca dos recursos hídricos do planeta, tratando-se de uma interação operacional e conceitual. Para as negociações desse documento, seriam convidados atores estatais, atores interestatais, atores não estatais, o setor privado e representantes das comunidades sedes das bacias hidrográficas.

A Convenção Quadro seria uma proposta diferenciada da recente *multilateralization* da Convenção de Helsinki, de 1992. Não descarta-se a possibilidade de se tornar uma proposta de revisão e emenda desta Convenção e de seu Protocolo sobre Água e Saúde.

De forma geral, a Convenção Quadro proposta tomaria por base o texto das Regras de Berlin, diferenciando-se destas, contudo, em alguns aspectos centrais: 1) traria para um diálogo, no seu texto, aspectos comerciais e econômicos, além de preocupações ambientais, sociais e administrativas; 2) trataria das águas transfronteiriças, de maneira a se criar direitos e obrigações internacionais, e das águas domésticas apenas para efeito de sugestão de políticas a serem adotadas, de maneira a se respeitar o *policy space* dos Estados; 3) não trataria de qualquer tema relacionado a direito humanitário internacional,

uma vez que os documentos de direito humanitário já o abordam de maneira abrangente.

A proposta, em geral, abordaria problemas relacionados à legislação sobre recursos hídricos, ao acesso e qualidade da água potável, ao saneamento, ao tratamento de águas residuais, ao gerenciamento integrado dos recursos hídricos, à cooperação internacional em matéria de recursos hídricos, às transferências de tecnologias relacionadas a recursos hídricos, bem como à criação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a Água e seu consequente mercado de *Water Certificates*, conforme serão apresentados no próximo subitem dessa pesquisa. Não se pretende, nesse trabalho, apresentar uma proposta de seu texto redigido, mas apresentar o conteúdo necessário para sua construção. Não se pretende tampouco abranger todos os aspectos necessários à construção de um tratado. Indicar-se-á apenas o necessário como conteúdo para as principais cláusulas dessa Convenção.

O preâmbulo dessa Convenção deve reconhecer o direito humano à água, considerando que a água está no centro do desenvolvimento sustentável, conforme expressão do Relatório “O Futuro que Queremos”, da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2012 (Rio + 20). Deve prever, ainda, a forma híbrida de seu texto - de norma que faz interagir os regimes do comércio internacional, do meio ambiente, dos direitos humanos e, conforme aqui proposto, do próprio regime internacional da água doce; ou seja, seria uma norma a propor o desenvolvimento sustentável do setor hídrico. Deve, ainda, explicitar que seu texto não afasta a aplicação de outros tratados dos quais façam parte seus signatários, nem afeta os direitos e obrigações deles provenientes, devendo ser respeitados os direitos especificamente previstos nessa Convenção. Devem ser harmonizados tais acordos com os princípios da própria Convenção. Trata-se de expresso diálogo sistemático de coordenação e adaptação.

Em sua primeira cláusula, a Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos deve trazer texto expositor de sua abrangência em relação às águas doces – rios, lagos, lagoas, aquíferos e outras águas subterrâneas não salinizadas. Também deve prever sua aplicação às águas transfronteiriças, de forma obrigatória, bem como às águas domésticas, como forma de sugestão de políticas públicas a serem aplicadas.

A segunda cláusula dessa proposta Convenção deve expor o que vem a ser o direito à água. A Convenção deve lembrar aos seus Estados signatários que se trata de um direito de viver e de viver de forma digna. Trata-se também de um direito à saúde e de um direito ao desenvolvimento sustentável. Para a construção estrutural dessa cláusula, tomar-se-iam emprestadas as expressões do Comentário Geral n. 15, elaborado pelo Comitê do PDESC, em relação à interpretação dos seus artigos 11 e 12, no qual se dispõe que o conteúdo do

direito à água deve englobar: a) disponibilidade (quantidade suficiente e continuidade); b) qualidade e c) acessibilidade (física, econômica, não-discriminação e acesso à informação). Ainda nessa cláusula, deve ser explicitado que o direito à água compreende um direito à alimentação, à moradia, ao trabalho, à cultura e ao desenvolvimento sustentável. Deve ser feita a sugestão de inclusão do direito à água nas Constituições dos distintos Estados.

Numa terceira cláusula, entende-se ser necessária disposição que estabeleça o dever do Estado de manter o acesso existente às fontes de água necessárias ao gozo do direito à água, conforme expressão do Comentário Geral n. 15. Na mesma cláusula, estabelecer-se-iam alguns direitos: o direito de a pessoa estar livre de interferências, tais como desconexões arbitrárias ou contaminação da água, e o direito a um sistema de fornecimento de água e gerenciamento de recursos hídricos capaz de prover igualdade de oportunidades a todos para o pleno gozo desse direito.

Nessa parte, a Convenção deve também incentivar a criação, nos distintos Estados, da cota mínima de água e da tarifa social progressiva (conforme já detalhadas em capítulo próprio da presente pesquisa). Um sistema tarifário social para o volume inicial de água usada desaconselharia o uso abusivo. A Convenção pode incentivar os Estados a criar, em âmbito doméstico, uma tarifa progressiva, pela qual o primeiro montante de água teria um custo bem menor do que o segundo montante ou seria gratuito (que poderia ser, a exemplo do já implantado em alguns países, cerca de 15m³ por pessoa, por ano ou 50 litros por pessoa, por dia, dentro de uma unidade habitacional). A Convenção pode propor, como forma de custear esse sistema, a cobrança de tarifas mais altas para setores com alto consumo de água, tais como a agroindústria, empresas de mineração, dentre outras, incentivando-as a adotar tecnologia alternativa.

Para tornar essa política possível, a Convenção deve incentivar os Estados a adotar mecanismos financeiros em âmbito doméstico para tornar o acesso à água um direito de todos. Incentivaria a criação de fundos sociais para a prevenção dos cortes de água, equalização geográfica das tarifas cobradas e redução da carga tributária.

A Convenção deve trazer capítulo próprio sobre o direito ao saneamento básico, explicando a sua abrangência – desde a captura e tratamento até a distribuição e tratamento residual. Deve estabelecer que o direito ao saneamento faz parte do direito à água. Deve reafirmar a meta estabelecida pela Declaração do Milênio de que, até 2015, deve-se diminuir à metade o número da população mundial sem acesso à água potável e saneamento básico e deve colocar meta própria para cada ano em que houver sua “Conferência das Partes”. Como parte da política de saneamento básico, a Convenção deve

incentivar medidas que lidem, de forma preventiva, com situações de enchentes e desastres naturais provocados por água da chuva.

Também em capítulo próprio, a Convenção deve tratar de incentivos às questões relacionadas às políticas de despoluição e tratamento de águas residuais e de esgoto antes de atingirem os mananciais de água. A Convenção deve trazer abordagem acerca da proteção das matas ciliares e das nascentes.

Na Convenção, deve haver capítulo próprio acerca das águas subterrâneas e, de forma específica, dos aquíferos, de maneira a se levar em consideração suas peculiaridades e a forma adequada de sua exploração. Deve-se fazer menção sobre o fato de as águas subterrâneas serem as maiores fontes para abastecimento em grande parte dos países do mundo. Deve haver previsão para o uso compartilhado das águas subterrâneas, em geral, e dos aquíferos transfronteiriços, de forma específica. Deve-se incentivar a pesquisa acerca de cada aquífero e lençol subterrâneo e identificar suas características próprias e capacidade e velocidade de reabastecimento. Deve-se incentivar o uso equitativo de suas águas. Deve-se trazer previsão quanto à responsabilidade de cada país quanto à proteção e aos impactos do uso compartilhado dos aquíferos.

A Convenção deve incentivar os signatários a adotarem tratados bilaterais ou plurilaterais que regulamentem, de forma específica, as bacias hidrográficas que banham seus territórios. Os Estados devem planejar o gerenciamento hídrico de tal forma que sua política não interfira ou restrinja o direito de acesso à água em outros Estados – trata-se de garantir o dever internacional de acesso à água. Nesse interim, os Estados devem tomar medidas para prevenir seus cidadãos e empresas de violar o direito de acesso à água de outros Estados. No gerenciamento de seus recursos, lembrando o princípio da participação equitativa absorvido pela Convenção de Nova York de 1997, a Convenção deve trazer previsão quanto ao uso prejudicial das águas transfronteiriças de um Estado em detrimento de outro. Nesse sentido, deve haver previsão quanto às águas de países a montante e a jusante, de maneira a não se prejudicar as pessoas que seriam diretamente beneficiárias dos usos dessas águas, independente do país em que se encontrem. Os países a montante devem ser advertidos quanto a não fazer uso aleatório e arbitrário dessas águas. As populações beneficiadas pelas águas desses rios devem ser protegidas, independentemente de sua nacionalidade e regionalidade.

Em capítulo próprio, a Convenção deve tratar a questão da privatização/publicização dos serviços de distribuição de água e saneamento básico como sendo opção do Estado, parte do seu *policy space*. Contudo, deve orientar quanto à

necessidade de se manter o “bem água” como “bem público” ou “bem ambiental comum de todos”, a depender do teor conceitual dos distintos sistemas legais, por uma razão de segurança nacional. Deve, ainda, incentivar as empresas públicas ou privadas, que fazem o tratamento e distribuição dos serviços de água, a manter um planejamento do uso da terra, de maneira a se proteger as fontes de água. Deve instruir os Estados a exigir um estudo de impacto ambiental das empresas prestadoras dos serviços de água, antes de qualquer atividade de tratamento ou distribuição desses serviços e a exigir dessas empresas que se engajem em medidas que promovam a eficiência dos serviços de água e a redução do seu uso por razões de sustentabilidade, bem como a economia no consumo de energia para a produção desses serviços.

Deve haver também capítulo próprio quanto à indústria da água engarrafada e da consequente comoditização da água, tendo como preocupação central o afastamento de uma noção simplista de que a água é uma mera *commodity*. Nesse aspecto, a Convenção deve incentivar os Estudos de Impacto Ambiental e os Estudos de Impacto Social causados pela indústria do engarrafamento de água, sugerindo limitações legislativas a serem adotadas pelos distintos Estados em benefício de sua população e da segurança nacional que as fontes de água representam. Para lidar com questões relacionadas à água engarrafada, a Convenção deve propor limitação na extração de água para engarrafamento. A Convenção deve estabelecer padrões mínimos de proteção ambiental a serem adotados pela indústria engarrafadora, podendo, contudo o Estado signatário adotar padrão mais alto de proteção ambiental. A Convenção deve propor mecanismos rígidos de fiscalização e monitoramento da indústria engarrafadora. A Convenção pode deixar como proposta para os distintos países a criação dos “royalties da água”, já pagos pela indústria da produção de energia elétrica, em alguns países (inclusive o Brasil) e que podem ser estendidos à indústria engarrafadora de água.

Deve haver capítulo próprio quanto aos Estudos de Impactos, a exemplo do texto das Regras de Berlin, levando-se em consideração os impactos ambientais, sociais, econômicos e culturais na utilização das águas doces.

Em matéria de cooperação internacional, a Convenção deve propor medidas para amenizar os efeitos de períodos de seca ou de escassez crônica de água em países em desenvolvimento, cujas economias não estejam em ascensão. A Convenção pode trazer proposta de compartilhamento de água, mediante contratos ou tratados bilaterais ou plurilaterais, que trariam previsão desse compartilhamento, por via marítima ou por tubulação (quando Estados vizinhos), com base na quantidade mínima necessária para

sobrevivência de cada um em relação à população do Estado em escassez, por um período de tempo determinado. Esse período levaria em consideração o tempo necessário para o Estado se recuperar ou para desenvolver política pública sustentável de provisão de água. Seria uma medida diferenciada da compra de água *in bulk*, onde a política a ser adotada para a água compartilhada excluiria a possibilidade de seu uso em situações que não fossem realmente “necessidade básica”.

A Convenção Quadro seria responsável também pela criação de um fundo de cooperação para os países com problemas de escassez, cujos recursos seriam provenientes não só de fontes do FMI e do Banco Mundial (o que é perfeitamente possível, conforme já visto em capítulo próprio acerca dessas instituições e suas atuais funções), como também de receitas geradas pelo mercado de *Water Certificates*, conforme será proposto mais adiante.

Em capítulos próprios, a Convenção Quadro deve incentivar a despoluição das fontes de água potável e a educação às populações dos distintos países quanto ao desperdício de água. A poluição, o desperdício e a escassez estão, conforme já mencionados nessa pesquisa, dentre os maiores responsáveis pela baixa qualidade de vida de muitos povos em distintos territórios. Deve haver cláusula própria que traga uma conscientização generalizada acerca dessa problemática.

A Convenção, em cláusula própria, deve incentivar a implementação de uma política nacional de recursos hídricos, na qual a bacia hidrográfica será considerada como unidade territorial, como já ocorre no Brasil, no Reino Unido e na França e conforme adoção feita pelas Regras de Helsinki e pelas Regras de Berlin.

Deve também haver cláusula acerca do uso compartilhado dos recursos das águas transfronteiriças (exploração da pesca, de minerais, de vegetais aquáticos e outros), tendo em vista o benefício às comunidades sedes das bacias hidrográficas (independentemente de serem comunidades internacionais em cada bacia), bem como o respeito às culturas e tradições de cada povo. Deve ficar bem clara a preocupação com comunidades específicas, tais como as comunidades indígenas e outros grupos mais vulneráveis e sua relação com as fontes de água doce, trazendo a responsabilidade do Estado quanto a essa proteção, principalmente se houver necessidade de deslocamento desses grupos para uso das águas.

Nesse tópico, pode-se fazer interagir essa Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos com o regime já estabelecido da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, de 1982, na qual já está bem consolidado o uso compartilhado dos recursos das águas marinhas. A Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos pode, no que for aplicável, adotar

normas gerais da Convenção de 1982.

A Convenção Quadro proposta deve trazer capítulo acerca do que tem sido denominado “água virtual”. A comercialização dessa água virtual já é uma grande preocupação da Economia, conforme identificou-se em capítulo próprio. O Direito Internacional não pode abster-se de tratar do assunto. Primeiramente, a Convenção deve incentivar um estudo de impacto ambiental dos produtos com grande utilização de água na sua fabricação e um estudo de custo/benefício para a população do país que é grande exportador de água virtual. Nesse interim, deve incentivar que o custo do uso da água na produção dos mais distintos bens seja repassado para o consumidor final, como forma de incentivar um consumo consciente dos diversos produtos que muito utilizam a água em sua produção e de minorar o problema, cada vez mais grave, do consumo desenfreado e do desperdício.

Em capítulo próprio, a Convenção deve incentivar o gerenciamento integrado de recursos hídricos nos seus Estados signatários, de maneira a se levar em consideração os diversos atores hoje envolvidos na governança da água e de maneira a se prevenir, controlar e reduzir doenças relacionadas à água.

A Convenção deve tratar também de políticas de cooperação internacional que visam transferência de tecnologia de produtos e instrumentos relacionados ao setor hídrico.

A Convenção deve fazer previsão geral do direito de navegação em águas doces, a exemplo do que faz as Regras de Berlin e as Regras de Helsinki. Dentre as cláusulas que abordariam o direito de navegação, incluir-se-ia a liberdade de navegação entre os Estados ribeirinhos e as limitações a essa liberdade para os demais Estados (semelhante à previsão do Art. 44 das Regras de Berlin). Além disso, deve ser feita menção à aplicação das normas do Direito Internacional sobre navegação marítima, sempre que forem estas aplicáveis, uma vez que grande parte das normas já consolidadas sobre navegação estão no direito marítimo. Faz-se, assim, dialogar, num momento de construção da norma, para atingir uma coerência sistemática, o direito de navegação em águas doces com o direito de navegação em águas marinhas.

Em capítulo próprio, a Convenção deve reafirmar a unidade sistemática do Direito Internacional, a aplicação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como instrumento para sua interpretação e a consideração de suas prioridades – a dessedentação humana e animal, bem como a manutenção dos ecossistemas.

Tomando como exemplo a Convenção de Nova York, de 1997, a Convenção ora proposta deve fazer recomendação para que sejam observadas as valiosas contribuições de

organismos governamentais e não governamentais que apontam para a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional da Água Doce. Diferentemente da Convenção de 1997, que traz tal recomendação em seu preâmbulo, essa norma deve vir como cláusula inserida no texto da Convenção proposta, de maneira a se tornar norma obrigatória para sua interpretação, uma vez que se trata de um importante diálogo sistemático de coerência, que também considera a multiplicidade de atores internacionais numa atual governança global.

A Convenção deve prever, ainda, que não cria hierarquia em matéria de proteção dos recursos hídricos. Assim como na Convenção de Nova York sobre os usos não navegáveis dos cursos de água, de 1997, a Convenção ora proposta deve ordenar observância dos tratados bilaterais e multilaterais que considerem o uso não navegável dos cursos de água. Porém, diferentemente da Convenção de 1997, essa previsão deve estar contida em suas cláusulas e não no preâmbulo.

A Convenção deve trazer agenda própria de implementação das garantias previstas em seu texto. Deve prever, ainda, um órgão arbitral para a solução de litígios hídricos internacionais, com um aparato procedimental específico para sua competência litigiosa e consultiva, tomando o exemplo do Tribunal Internacional do Mar, que já opera no âmbito da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar²⁰⁴. Esse órgão arbitral servirá como principal intérprete da Convenção-Quadro sobre Recursos Hídricos e operará no âmbito da UNWRA, sem excluir a possibilidade de acionamento dos mecanismos de solução de controvérsias da CIJ, da OMC e de outras organizações regionais, quando cabível a sua jurisdição.

Das cláusulas propostas, identificam-se a preocupação ambiental, a preocupação social, a preocupação com direitos humanos e a preocupação comercial. No entanto, para atrair o mundo do comércio internacional para a proteção dos recursos hídricos, é necessário mais do que um tratado. É necessário criar um mecanismo de mercado que auxilie no desenvolvimento de projetos de sustentabilidade do setor hídrico. A seguir, faz-se uma proposta de um mecanismo de mercado auxiliar.

5.4.3. A proposta de um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a Água

Durante alguns anos, pesquisas foram desenvolvidas e publicadas acerca do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) criado pela Convenção Quadro das

²⁰⁴ Página oficial disponível em <<http://www.itlos.org/index.php?id=15&L=0>> Acesso em 13 Aug. 2013.

Nações Unidas para Mudanças Climáticas e implementado pelo Protocolo de Kyoto, com a consequente criação do mercado de créditos de carbono (VIEIRA, 2011; VIEIRA, 2010). Ambos - o MDL e os certificados de créditos de carbono - compreendem uma interação operacional e conceitual entre os regimes do comércio internacional e do meio ambiente. Quer-se propor, na presente tese, um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a Água. Antes, contudo, faz-se necessário explicitar esse modelo de MDL já em operação através do Protocolo de Kyoto.

O MDL é definido, no Art. 12 do Protocolo, com dois objetivos: prestar assistência aos países não incluídos no Anexo I da Convenção Quadro (países que não têm obrigação de redução de emissões) para que possam contribuir para o objetivo final do acordo e aos países incluídos no Anexo I (países que devem reduzir as emissões) para que cumpram seus compromissos quantificados de redução de emissões. É um instrumento subsidiário para que os países industrializados tenham como reduzir as emissões de gases poluentes em seus territórios e fora deles e para que os países que não têm obrigação de redução envolvam-se em projetos de desenvolvimento sustentável, beneficiando o planeta como um todo.

Esses projetos de MDL devem ser certificados por agências competentes designadas pela Conferência das Partes da Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas (Art. 12, par. 5º do Protocolo). Cada país signatário deve nomear uma autoridade nacional para validar as atividades de MDL nos seus territórios. As atividades validadas pelas autoridades nacionais são encaminhadas para certificação das reduções de emissão (RCEs) ao Conselho Executivo da ONU responsável pela supervisão de MDLs. Sendo aprovado o projeto de MDL nesse Conselho, são emitidas as RCEs. Cada RCE representa uma tonelada de dióxido de carbono, ou o equivalente em outros gases de efeito estufa, que deixou de ser emitida. As certificações dessas atividades de desenvolvimento sustentável deverão ser realizadas com base nos benefícios reais mensuráveis e de longo prazo, relacionados com a mitigação da mudança climática. As reduções de emissões só serão consideradas pelo Conselho se consistirem em reduções adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada (Art. 12, par. 5º do Protocolo). Essas RCEs, também chamadas certificados de créditos de carbono, são levadas à negociação no mercado internacional, sendo negociadas em bolsas próprias (tais como a BM&F, no Brasil). Os compradores dessas RCEs são países do Anexo I, que têm prazo para cumprimento de suas metas.

Por mais críticas que tenha recebido o MDL e o mercado de créditos de carbono,

houve, deste a entrada em vigor do Protocolo de Kyoto, um movimento, em vários países do mundo, a favor de projetos de desenvolvimento sustentável, incentivando a proteção e a educação ambiental.

A criação de um MDL para a água colocaria o mercado internacional interessado num movimento de defesa dos recursos hídricos – despoluição, atividades que evitam o desperdício e atividades que previnam ou minorem a escassez nas regiões identificadas como carentes em recursos hídricos.

Assim como no MDL do Protocolo de Kyoto, o MDL para a água também poderia ter projetos tanto do setor público como do setor privado. A Agência Nacional de Águas (ANA), no Brasil, poderia ser usada como autoridade certificadora nacional.

Os certificados da água poderiam ser denominados internacionalmente *Water Certificates* (WC). Poderiam ter parte de suas negociações destinadas ao Fundo sugerido pelo WWC para financiar projetos em países de grande escassez de água, num ato de cooperação internacional. A UNWRA, conforme proposta de nossa pesquisa, serviria como autoridade certificadora da ONU.

Os projetos de desenvolvimento sustentável para a produção de WCs poderiam ser desde projetos de agricultura sustentável, com menos utilização da água e reaproveitamento do recurso, até projetos de industrialização, com reaproveitamento e despoluição das águas utilizadas. Poderiam, também, ser projetos no âmbito de empresas de distribuição do serviço de água, com uma certificação voltada para medir a melhora na qualidade, acessibilidade e custo/benefício para o consumidor residencial, além de projetos a serem desenvolvidos pelas empresas engarrafadoras de água, demonstrando um Estudo de Impacto Ambiental adequado bem como uma preocupação social com as comunidades nos entornos das fontes de captação.

Uma conscientização da urgência de mudanças nas políticas voltadas para a redução de emissões e a pressão de organismos não governamentais internacionais levaram alguns dos maiores poluidores a ratificarem a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas e o Protocolo de Kyoto. O mesmo movimento a favor do setor hídrico poderia ser observado no âmbito da UNWRA.

Contudo, diferentemente da Convenção Quadro e do Protocolo de Kyoto, todos os países que aderissem ao MDL da água entrariam como “devedores” e “prestadores de conta” de suas águas (poluição, distribuição igualitária por todo o seu território, preço acessível do serviço de distribuição, legislação adequada com a inclusão do direito à água em suas constituições, educação adequada em prol de se evitar o desperdício, manutenção

dos ecossistemas, gerenciamento dos recursos hídricos para lidar com questões de escassez e planejamento de cooperação internacional com países desfavorecidos em recursos hídricos). Isso não significaria uma perda do poder soberano desses Estados sobre suas águas. O *policy space* desses Estados seria respeitado, assim como o tem sido na questão das reduções de emissões. É o efeito da criação do instrumento e da governança global da água que gerariam um movimento global favorável aos projetos que beneficiassem o setor hídrico.

Diferentemente do Protocolo de Kyoto que coloca os países do Anexo I com cotas a serem cumpridas e, conseqüentemente, como possíveis compradores de RCEs, o tratado criador do MDL para a água e das WCs colocaria os países signatários como “devedores”, porém com a obrigação de legislar pela necessidade de desenvolvimento de projetos de MDL para a água entre o seu setor privado, dentro de seu território, criando metas a serem cumpridas para o seu setor privado e mesmo para as empresas públicas envolvidas com o setor hídrico.

A mensuração desses certificados não se daria por “tonelada” de água, como ocorre no caso do mercado de carbono com a mensuração sobre a “tonelada de CO₂”, mas, poderia ser um sistema híbrido de mensuração que envolvesse a quantidade de água (despoluída, tratada, acessível a todos ou economizada) em relação ao número de pessoas beneficiadas pelo projeto. Necessitar-se-ia de suporte econométrico para os cálculos necessários. Não é intenção da presente proposta estender-se a tanto. Tais cálculos podem ficar como sugestão para possíveis pesquisadores da área das ciências econômicas interessados na temática.

Subsidiariamente, o setor privado ou as empresas públicas poderiam comprar WCs de projetos desenvolvidos em outros países para cumprir suas metas, criando, assim, um mercado internacional de WCs. Da mesma forma, o parque industrial de um país pode investir em projetos em outros países que aderissem a esse sistema, cumprindo com suas quotas de responsabilidade, que serão individualizadas em cada país.

Toda negociação de WC geraria um recurso para um fundo internacional (o que poderia ser cerca de 2% de cada transação), que promoveria a cooperação internacional hídrica, principalmente para beneficiar os países menos favorecidos em recursos hídricos e com baixo grau de desenvolvimento.

5.4.4. A legitimidade dessa interação relacional

Toda essa interação entre regimes, no âmbito relacional, tem feito surgir reclamações de que as práticas internas de algumas instituições podem alterar os direitos dos Membros de algumas organizações – tais como a OMC, de uma maneira considerada ilegítima.

Quando a possibilidade de interação entre regimes é visualizada sem o princípio sagrado do consentimento dos Estados, na forma, por exemplo, de arranjos institucionais que têm influência normativa, sempre haverá questionamentos acerca de sua legitimidade.

Young (2012, p. 95) propõe uma estrutura de interação entre regimes para lidar com esses questionamentos de legitimidade, por vezes, concepções alternativas de legitimidade, que dependerão menos da representatividade e mais das credenciais deliberativas dos participantes de uma interação entre regimes, incluindo organizações governamentais (OGs) e não governamentais (ONGs).

Levando em consideração o consentimento dos Estados e seu poder soberano, uma interação entre regimes, que seria menos criticada em termos de legitimidade, ocorreria através de uma membresia paralela (*parallel membership*) ou através de acordos mútuos (YOUNG, 2012, p 95).

Haveria *parallel membership* quando todos os Estados membros de um regime também fossem membros do outro regime cuja interação se deseja fazer. Assim, na proposta de criação de uma organização da água e de uma convenção sobre recursos hídricos, não haveria qualquer problema se todos os membros e partes signatárias coincidisse com os membros e signatários dos demais regimes com os quais se busca uma interação.

Young (2012, p. 93) pondera que “*the idea that regimes must have parallel membership before they interact is true to the positivist commitment to state consent in international law which appears to grant full assurances as to legitimacy. Yet it is a flawed ideal on both practical and theoretical grounds*”²⁰⁵.

Na prática, a falta de legitimidade de uma interação entre regimes em que não há *parallel membership* é geralmente reclamada por Estados que são membros de apenas um dos regimes em interação ou por tribunais internacionais que têm tido de resolver conflitos

²⁰⁵ A ideia de que regimes devem ter membresia paralela antes de entrar em interação é verdadeira para o compromisso positivista do consentimento do Estado no direito internacional, que parece dar uma garante maior à questão da legitimidade. Contudo, é um ideal equivocado, tanto no nível prático como no teórico (tradução livre).

de normas quando os Estados envolvidos não são todos signatários dos tratados reclamados, a exemplo do que ocorreu no Caso EC Biotech²⁰⁶, perante o órgão de solução de controvérsias da OMC.

Young (2012, p. 93) entende que, quando não há *parallel membership*, na maior parte das vezes, esses Estados reclamam não por “falta de consentimento”, mas por “falta de controle” sobre o processo decisório. Ademais, em nível teórico, ela pondera para o risco de sempre se exigir *parallel membership*, o que incorreria num veto oficial ao desenvolvimento do Direito Internacional, cujas características são naturalmente dinâmicas.

Há mútuo acordo, ao invés de *parallel membership*, quando um tratado pertencente a um regime convida atores de regimes distintos para futuras negociações ou para futuras modificações. Dessa forma, a nova norma produzida teria um “consentimento”, ainda que implícito, de todos os Estados desses regimes envolvidos. Seria uma maneira mais amena de se exigir o “consentimento” dos Estados, para efeito de se garantir a legitimidade no momento de sua interação. Um bom exemplo é o texto da CITES, Art. XI (7), no qual há previsão expressa de que suas conferências regulares terão a participação de membros de outras organizações internacionais, governamentais ou não governamentais.

Na presente proposta de convenção e de organização internacional, o ato constituinte da organização e as cláusulas da convenção sobre recursos hídricos convidariam para fazer parte das discussões os atores dos distintos regimes que formariam essa *joint venture*. Isso seria um respaldo muito grande para a modificação posterior de cláusulas ou de medidas a serem tomadas e configuraria, em nível de interpretação do direito constituído, *prima facie evidence* de legitimidade da norma criada ou modificada.

Young (2012, p. 94) lembra, contudo, que mesmo essa prática de mútuo acordo pode não ser eficiente. Um exemplo de prática de mútuo acordo prévio, havido na própria OMC, deu-se em torno das normas do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS *Agreement*) e o Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT *Agreement*). Esses dois Acordos preveem que os Estados podem adotar medidas baseadas em *standards* internacionais, ainda que mais rígidas do que as previstas em seus textos. Perante o órgão de solução de controvérsias da OMC, essa diretiva do SPS e do TBT é constantemente questionada por Estados que não querem ver a adoção de *standards* internacionais

²⁰⁶ EC – Measures Effecting the Approval and Marketing of Biotech Products, Panel Report, WT/DS291/r, DS292/R, DS293/R (publicado em setembro de 2006).

prevalecer sobre seus próprios interesses, como ocorreu no Caso *EC Sardines*²⁰⁷.

Uma terceira forma de interação entre regimes identificada por Young (2012, p. 95) é chamada de arranjos institucionais entre as próprias organizações internacionais. Esses arranjos institucionais podem ser previamente planejados e controlados pelos próprios Estados ou podem ocorrer de maneira informal. Por vezes, esses arranjos institucionais constam do próprio texto constitutivo das organizações internacionais, como no caso do Acordo de Marrakesh, da OMC, no qual há previsão expressa de cooperação com o FMI e com o Banco Mundial. Por vezes, contudo, ocorrem totalmente na informalidade, por meio da comunicação entre as secretarias ou agentes dos distintos organismos. Nesse caso, os questionamentos acerca da legitimidade desse tipo de interação são muitos.

Young propõe uma estrutura jurídica para lidar com essas questões de legitimidade, uma vez que esse tipo de interação é não apenas constatável como também inevitável. Pouca dúvida surge acerca da legitimidade dessas interações quando há consentimento expresso dos Estados (no caso de *parallel membership* e mútuo consentimento). Contudo, há necessidade de se rever a estrutura legal para arranjos informais. A base legal para colaboração entre regimes, de maneira informal, é por vezes a constatação de poderes implícitos aos seus agentes.

No Caso *UN Reparation*, perante a Corte Internacional de Justiça, à ONU foram reconhecidos alguns poderes implícitos para exercer diversas de suas funções. Nesse caso, a CIJ entendeu que a ONU tem personalidade e capacidade distintas dos seus Estados e tem legitimidade, inclusive, de postulação perante a própria CIJ. A CIJ, contudo, deixou bem claro que os direitos e deveres da ONU deveriam estar vinculados às suas funções e atribuições, de acordo com seus documentos constituintes e de acordo com o desenvolvido na prática internacional. Nesse caso específico, a CIJ entendeu que a ONU poderia agir quando houvesse “necessidade”. Estaria implícito, em seu estatuto constituinte, esse poder de ação sempre que houver “necessidade”²⁰⁸.

Conclui-se, desse entendimento da CIJ, que o teste da necessidade, conjugado com o princípio dos poderes implícitos no ato constituinte, tornaria legítima uma interação entre regimes, na ausência de *parallel membership* ou mútuo consentimento. Seria um método perfeitamente aplicável na *joint venture* que é sugerida nessa pesquisa, uma vez que o setor

²⁰⁷ European Communities Trade Descriptions of Sardines, Appellate Body Report, WT/DS231/AB/R, publicado em setembro de 2002.

²⁰⁸ International Court of Justice, Reparation for Injuries in the service of the United Nations, Summary of the Advisory Opinions, 11 April, 1949, disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=5>>, Acesso em 14 Abr. 2013.

hídrico seria, de fato, gerido por distintos atores com distintos interesses, mas com objetivos comuns convencionalmente acordados.

O princípio dos poderes implícitos, emoldurado pela CIJ, no Caso do Uso de Armas Nucleares²⁰⁹, é extremamente importante num momento de diversidade de regimes internacionais. Num momento em que os regimes são interdependentes, cada um deles vai gradualmente absorvendo normas e procedimentos que lhe são externos, pertencentes a outros regimes, não porque “desejam” fazê-lo, mas principalmente porque “necessitam” fazê-lo.

Em seu objeto de pesquisa – o regime da pesca, Young aponta para essa interação informal como necessária e pondera que:

In fisheries governance, it is functionally necessary for IGOs to take account of multiple interests and institutions. These interests are variously economic, consumerist, ecological and ecocentric. Where States do not represent these interests, it may be functionally necessary for IGOs, to collaborate with non-State actors that do, including NGOs and other IGOs. This argument finds support in studies that demonstrate how a lack of awareness of important interests that fall outside traditional structures of representation leads to flawed decision-making. An assessment of what is functionally necessary for international organizations to carry out their functions in fisheries governance does not depend solely on issues of representation. Such an assessment also flows from an awareness of the complexity of problems associated with achieving sustainability and the need for open deliberation about these issues (2012, p. 97)²¹⁰.

A consciência da necessidade de soluções plurais está de acordo com a academia que subestima a necessidade de representação nas questões de governança e explora, por outro lado, a necessidade prática de perspectivas diversas. Ainda que uma ONG não tenha função representativa, por exemplo, poderia, assim mesmo, ser ouvida pelo órgão de solução de controvérsias da OMC, para garantir a inclusão de ideias que são ignoradas ou subestimadas pelos Estados (YOUNG, 2011, p. 98).

²⁰⁹ International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Summary of Advisory Opinion, 8 July 1996, disponível em:

<<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&case=95&code=unan&p3=5>>, Acesso em 14 Abr. 2013.

²¹⁰ Na governança da pesca, é funcionalmente necessário que Organizações Internacionais levem em consideração os múltiplos interesses e instituições. Esses interesses são variavelmente econômicos, consumeristas, ecológicos e ecocêntricos. Quando os Estados não representam esses interesses, pode ser funcionalmente necessário para as Organizações Internacionais colaborarem com os atores não-estatais que o fazem. Esse argumento encontra apoio nos estudos que demonstram como uma falta de consciência dos interesses que são importantes mas encontram-se fora das estruturas tradicionais de representação levam a processos de decisão equivocados. Uma avaliação sobre o que seria funcionalmente necessário para as organizações internacionais levarem adiante suas funções na governança da pesca não dependeria somente de questões de representação. Tal avaliação viria também de uma consciência da complexidade dos problemas associados com a necessidade de se atingir uma sustentabilidade e a necessidade de uma deliberação aberta sobre essas questões (tradução livre).

Essa forma plural de construção da decisão ou da própria norma também ajudaria no processo de eficácia do direito construído. Verifica-se, por vezes, esse posicionamento no Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC.

Muitos têm se debatido sobre o risco do que é chamado *managerialism* (traduzido livremente por gerencialismo), que seria essa tomada de decisões pelos distintos “administradores” das instituições, no momento e no local em que fossem necessários (KOSKENNIEMI, 2012). Existe, de fato, o risco do “abuso” no gerencialismo, uma vez que opera fora do consentimento dos Estados. Toda essa independência na interação entre regimes pode sinalizar para um crescimento do tecnicismo nas Relações Internacionais e no Direito Internacional, fazendo com que processos de gerenciamento e de tomadas de decisão por técnicos passem a controlar a política global. Young sugere, que nesse caso, é extremamente importante que uma organização internacional, antes de aceitar uma interação com outra organização, governamental ou não governamental, verifique a credibilidade dessa organização no plano internacional, suas normas e seus procedimentos. Tudo isso pesaria a favor de uma maior *accountability* (YOUNG, 2012, p. 99).

Para tanto, seria necessário, principalmente, prezar pelos processos de transparência pública, já consagrados no direito administrativo doméstico. Importante também seria, em alguns desses procedimentos de interação, adotar outro instrumento da administração pública, que é a fundamentação dos atos que geram efeitos jurídicos, uma vez que, assim, podados em sua discricionariedade, estariam sujeitos a questionamentos nos órgãos de solução de controvérsias.

Em sua temática de pesca, Young assevera para a importância desse tipo de interação e dos mecanismos que fortaleceriam sua *accountability*, lembrando que essa é uma questão que lembra a *tragedy of the commons*:

As discussed above, the dynamics and complex nature of fisheries clearly calls for such institutional activity, not only in addressing ‘wicked problems’, but also in alleviating the so-called ‘tragedy of the commons’ (...) For IGOs that participate in regime interaction as stakeholders, for example, assessments of their accountability will focus on two main aspects: their functions and on the way they operate (YOUNG, 2012, p. 101) ²¹¹.

²¹¹ Conforme discutido acima, a dinâmica e complexa natureza do regime de pesca claramente reclama uma atividade institucional, não apenas endereçando problemas relacionados com suas fraquezas, mas também aliviando problemas relacionados ao denominado *tragedy of the commons* (...) Para Organizações Internacionais que participam dessa interação entre regimes como grandes interessados, por exemplo, uma avaliação da responsabilidade envolvida focará em dois aspectos centrais: suas funções e a forma como operam (tradução livre).

Não seria diferente para o Regime Internacional da Água Doce. Uma preocupação em torno de uma *accountability* também deve ser considerada, uma vez que, sendo a água bem ambiental e bem público em muitos países, a questão também lembra *a tragedy of the commons*.

A coordenação das políticas domésticas em prol de uma interação entre regimes internacionais também deve ser levada em consideração (YOUNG, 2012, p. 92). A capacidade de um Estado menos desenvolvido da OMC, por exemplo, de coordenar suas políticas domésticas será vista de maneira tensa, particularmente se esse Estado entender que seu *policy space* já foi bastante diminuído em razão da expansão de regimes. Além disso, uma melhora na coordenação política não pode remediar a situação quando Estados deliberadamente argumentam posições distintas em fóruns distintos.

Contudo, há uma outra faceta da legitimidade que contemporaneamente tem sido defendida e que precisa ser levantada. Trata-se da legitimidade condicionada à eficácia da norma, num momento de pluralismo de atores e instituições no Direito Internacional contemporâneo, que tem sido considerado *welfarist*. Jouannet (2012) pondera que um resultado preciso e eficaz é esperado de uma norma internacional desenvolvida com o objetivo de alcançar um resultado social. Assim, a legitimidade não se sustenta apenas na “legitimidade da norma” propriamente dita, nem nos seus valores, mas está condicionada à eficácia produzida pela norma, o que tem tido repercussão no sistema legal como um todo. A nova lógica funcionalista da dimensão social e as crises repetidas do sistema tem trazido sua legitimidade para um momento crucial e o Direito Internacional e suas instituições têm tido de provar sua eficácia para comprovar legitimidade e garantir segurança. “*The legitimacy of legal norms is therefore no longer vouchsafed as it was by the consensus after 1945, but it must be won by being effective*” (JOUANNET, 2012, p. 268)²¹².

Essa introdução da eficácia na esfera da legitimidade tem tido efeitos positivos. Significa que deve haver transparência, verificação e supervisão, avaliação das normas e dos atos jurídicos e deve ser levada em consideração a vantagem que realmente há na existência de instituições e projetos. Contudo, Jouannet (2012, p. 269) bem lembra que há um risco muito grande de se condicionar a legitimidade de uma norma à sua eficácia, uma vez que a norma se tornaria incerta e imprevisível até provar sua eficácia. Isso é verdade. Contudo, é verdade também que, não o simples condicionamento, mas a verificação da eficácia de uma norma, por si - independente de ser *soft law* ou *hard law*, de ter sido criada

²¹² A legitimidade das normas jurídicas não está mais assegurada como estava pelo consenso depois de 1945, mas deve ser conquistada através de sua eficácia produzida (tradução livre).

mediante consenso ou nos escritórios de Organizações Internacionais, de ter como destinatário o Estado ou outro sujeito contemporâneo do Direito Internacional - traz-lhe uma legitimidade muito maior do que a observância de meios próprios para sua criação. A eficácia de uma nova norma pode transformá-la numa prática habitual e, por conseguinte, num costume internacional, obtendo, *a posteriori*, o que o Direito Internacional clássico lhe exigiria, que é o consenso.

Outro risco da eficácia para a legitimidade da norma está exatamente no descrédito que terá se a norma for desde o início ou tornar-se, em dado momento, ineficaz. O Direito Internacional, que contemporaneamente tem sido denominado *welfarist*, corre esse grande risco, com suas promessas de redução da pobreza, da conquista do saneamento básico para todos, da redução da fome (dentre outras promessas) até 2015 (*The Millenium Declaration*). Contudo, Jouannet (2012, p. 274) pondera que as dificuldades encontradas pelas propostas sociais do Direito Internacional contemporâneo não podem mascarar os aspectos positivos e as histórias de sucesso desse direito, nem desafiar a necessidade de se lutar contra a pobreza, as endemias e o sofrimento de milhões de indivíduos da população mundial. Não se trata de denunciar sua existência como sendo apenas a expressão negativa de um *bio-power*²¹³ ou um propósito ilimitado, que poderia ser manipulado nas mãos dos ultraliberais.

Independentemente, o Direito Internacional contemporâneo e sua característica de *welfarist law* é também um instrumento positivo de uma regulamentação mais social, equitativa e solidária, com um novo foco: o indivíduo e as pessoas em lugar do Estado. Sua eficácia, por vezes contestada, tem sido constatada através da história de consolidação e influência dos seus distintos instrumentos, que fazem uma defesa dos direitos humanos e do meio ambiente, dentre outras áreas de urgência e abrangência universal. Tratam-se de instrumentos que têm exercido um *soft power* na construção de uma sociedade internacional mais justa, incluindo-se, nesta, as questões hídricas.

5.5. Conclusão

Foram identificados, no presente capítulo, dois tipos de interação entre o Regime do Comércio Internacional e o Regime Internacional da Água Doce – a interação conflitual e a

²¹³ Michel Foucault usa essa expressão “bio-power” para significar o poder que o Estado tem tido sobre a vida, segurança e saúde de sua população. In: FOCAULT, M. Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979, Paris: Gallimard et Seuil, 2004 (apud JOUANNET, 2012, p. 272).

interação relacional.

Numa interação conflitual, tomou-se, por base, o diálogo possível entre o GATT e o GATS e o Regime Internacional da Água Doce.

Entende-se haver a possibilidade de aplicação do GATT à água, por haver a possibilidade de ser esta considerada um produto nos termos daquele acordo. Como tal, as exceções do Art. XX do GATT lhe seriam diretamente aplicáveis. Essa não é uma defesa mercantilista. Pelo contrário, na impossibilidade de exclusão da água como produto, entende-se que medidas para sua proteção devem ser defendidas como necessárias para a proteção da vida e saúde humana e animal ou vegetal ou como medida relacionada a recursos naturais exauríveis (neste último caso, principalmente para alguns tipos de água, como os aquíferos confinados).

Por outro lado, entende-se que a privatização dos serviços de água não é a melhor opção, mas há casos em que é a única. Nestes, uma boa regulamentação prévia dos serviços prestados para o setor privado pode fazer a defesa social e ambiental necessárias a esse setor. Essa é uma política que deve priorizar, acima de tudo o bem estar e a inclusão social, bem como a preocupação ambiental. Trata-se de absorver o discurso da sustentabilidade, que pode ser feito através de um eficiente processo regulamentador. O próprio GATS alberga toda uma flexibilidade que permite essa margem de *policy space* aos Estados que se engajarem em negociações nos serviços de água. Contudo, a própria flexibilidade do GATS permite que os serviços de água sejam excluídos de suas negociações.

Por interação relacional, compreende-se toda interação possível fora dos casos de litígio, num momento de construção, de produção de eficácia ou de execução da norma. Trata-se de interação, em longo prazo, mais sustentável do que a conflitual, nas Relações Internacionais. São apontados três principais modelos de interação relacional, a saber: regulatória e administrativa, operacional e conceitual.

Num diálogo entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional, foram propostos três instrumentos que compreendem tipos de interação relacional, a saber: a construção de uma agência específica para assuntos hídricos, no âmbito da ONU (UNWRA), a construção de uma Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos e a proposta de um Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a água e seu consequente mercado de *Water Certificates*. Todos esses três instrumentos combinam uma linguagem de governança global, comércio internacional, proteção do meio ambiente e proteção dos direitos humanos, tendo a água como foco central. São, portanto,

instrumentos híbridos, cuja proposta intenciona uma coerência no sistema do Direito Internacional, além de possíveis soluções para a deflagrada crise mundial da água.

A UNWRA combinaria esforços conjuntos de todos os atores contemporaneamente envolvidos na defesa dos recursos hídricos – atores governamentais e não governamentais. A Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos compreende normas conjugadas dos mais distintos documentos – desde a Convenção de Nova York de 1997 até as Regras de Helsinki e Regras de Berlin, como também Comentários Gerais do Comitê da ONU para o PDESC e entendimentos dos distintos fóruns internacionais da água. A grande novidade da Convenção é, na verdade, a criação de um mecanismo de mercado para a proteção dos recursos hídricos – o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo da água. Esse mecanismo operaria em modelo bastante semelhante ao MDL do ar, porém com características distintas quanto à mensuração da proteção das águas, dos sujeitos em débito para com essa proteção, bem como quanto à produção dos chamados *Water Certificates*, além de outros aspectos.

Por fim, entende-se que a interação relacional tem a sua legitimidade respaldada mesmo fora do âmbito do consentimento dos Estados, uma vez que muitos dos atos de comunicação entre os distintos regimes são atos de interação relacional necessários e inevitáveis. Sua legitimidade pode ser baseada na necessidade da ação conjugada com os poderes designados para a instituição em seu ato constituinte, conforme já entendeu a CIJ no Caso *UN Reparation* e no Caso do Uso de Armas Nucleares.

A legitimidade desse tipo de interação relacional pode estar condicionada à eficácia da norma. Haverá sempre o risco de a norma “nascer ineficaz” ou “perder a eficácia com o tempo”. Esse é um risco do Direito Internacional contemporâneo caracterizado como um *Welfarist Law*, com suas promessas de redução da pobreza, redução da fome e do aumento do número de pessoas com saneamento básico. Apesar dos riscos, não há como negar todo um histórico de efeitos positivos que essa nova face do Direito Internacional tem exercido nas lutas reais contra os problemas globais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “crise da água” consiste em uma condição instável e extremamente preocupante que envolve o setor hídrico em âmbito mundial, abrangendo questões ambientais, sociais, econômicas, comerciais, políticas, administrativas e de direitos humanos. Constata-se que a essa “crise da água” é mais evidenciada nas áreas mais industrializadas, com crescente renda per capita, crescente taxa demográfica e crescente consumo.

Nessas áreas, problemas que se estendem desde a escassez de água e poluição das fontes até o gerenciamento do setor hídrico, englobando o abastecimento e o saneamento básico, têm ficado à mercê de distintas tentativas de solução. Em algumas regiões, são identificadas bacias hidrográficas consideradas *economically water-scarce basins*, em razão da falta de investimento em infraestrutura, ocasionando desigual distribuição da água. Em outras, identificam-se regiões com *physically water-scarce basins*, onde os recursos hídricos não atendem a demanda da população, tendo sido usados, quando ainda existentes, muito acima de sua capacidade de renovação.

Toda essa problemática da escassez, conjugada com questões de poluição, saneamento básico e crescente e desenfreado consumo, tem resultado num fenômeno denominado “pico da água”, analogamente ao “pico do petróleo”. A água, de forma direta ou indireta, tem sido o motivo de muitos conflitos internacionais ou o catalizador destes. Muitas pesquisas aqui apresentadas mostraram que as bacias hidrográficas transfronteiriças menos conflituosas são aquelas regidas por tratados internacionais que as regulamentam. Não significa dizer que o Direito Internacional evitou as disputas nessas regiões, mas o Direito Internacional foi um dos principais elementos que contribuíram para diminuir o número de disputas ou minorar os seus efeitos.

Por mais que haja, hoje em dia, indicações de que a água é o “novo petróleo” do século XXI, não pode esse recurso ser visto como mera *commodity* para o mercado, pois, diferentemente do petróleo, a água é um elemento vital para a sobrevivência humana. Guerras e crises do petróleo têm feito com que os governos e o mercado busquem fontes alternativas para não se submeterem aos altíssimos preços da OPEP. Guerras e crises da água não podem provocar a busca por fontes alternativas se os preços da água forem colocados tão altos de forma a tornar a água inacessível à dessedentação humana e animal e à produção de alimentos. Não há alternativa para a água.

Nas ciências econômicas, o neoliberalismo tem defendido o livre mercado da água para resolver parte dessa situação de crise. Nas décadas 1980-1990, o FMI e o Banco Mundial passaram a condicionar empréstimos e incentivos a financiamentos estrangeiros, principalmente em países em desenvolvimento, mas não só nestes, à privatização dos serviços de água. Houve uma implantação, em muitos desses países, da política de privatização desses serviços, até então públicos em sua grande maioria.

As pesquisas aqui apresentadas acerca do processo de privatização em vários desses países conduzem a algumas conclusões. O Reino Unido foi um dos primeiros países a privatizar seus serviços de água, por razões de déficit público. Enfrentou vários problemas com o seu órgão de defesa do consumidor, desde a implantação da privatização, não tendo cessado, até hoje, as reclamações em relação à qualidade e preço da água ofertada. Na esteira das recomendações do FMI, nas décadas de 1980 a 1990, privatizaram seus serviços de água a Argentina, a Bolívia, o Uruguai, o Chile, as Filipinas, a Tailândia e alguns países da África subsaariana, dentre eles a África do Sul. Todos esses países, com exceção do Chile, tiveram problemas sérios com a qualidade da água ofertada e aumento excessivo nos preços desses serviços. A Bolívia e o Uruguai declararam a água um bem público e retomaram os serviços de água para as mãos públicas. O Uruguai declarou o direito humano à água em sua Constituição, em 2004. A África do Sul manteve os serviços privados, mas declarou constitucionalmente o direito humano à água, tentando minorar os problemas de acessibilidade e cortes de água no país. O Chile é um exemplo bem sucedido, tendo tido uma regulamentação ampla do setor que precedeu a implantação da política de privatização, deixando, contudo, preocupações quanto à sustentabilidade econômica de sua política, que é altamente subvencionada. Nos Estados Unidos, as privatizações foram bastante pontuais, tendo ocorrido em cidades específicas, sendo que, protestos acerca da qualidade e da alta nos preços, fizeram com que muitas dessas cidades retomassem os serviços para as mãos públicas. Houve tentativas de privatização dos serviços no Canadá, mas, sob protestos da população, os serviços permaneceram públicos. No Brasil, a privatização também ocorreu de maneira pontual, em algumas cidades, e as principais reclamações têm sido feitas em relação ao aumento nos preços do serviço. A França, que desde o século XIX teve seus serviços de água ofertados pelo setor privado, tem, aos poucos, retomado esses serviços para as mãos públicas, sendo o maior exemplo francês a cidade de Paris, que tornou públicos seus serviços de água, em 2010, em razão dos altos preços cobrados pelas empresas privadas que geriam o setor e de uma campanha nacional para afirmar a água como um bem público. Conclui-se que a liberalização dos serviços de

abastecimento de água e saneamento básico não tem sido uma solução para a crise da água, mas, ao contrário, em muitos países e regiões, tem sido catalizador da mesma.

Outra solução apontada pelo mercado para solucionar a crise da água é a compra e venda de *bulk water* e de água engarrafada. Muitos países, a exemplo do Canadá, têm se tornado grandes vendedores de *bulk water*, tendo suas águas transportadas por navios cargueiros para diversas partes do mundo. Não há regulamentação específica desse mercado e, cada vez mais, despontam preocupações de natureza ambiental em relação às áreas de extração dessas águas, principalmente em relação à sua retirada acima da capacidade de renovação das mesmas. Não há como negar a necessidade atual de muitos países terem de comprar água para abastecimento de muitas regiões em escassez. Contudo, essa compra e venda de água não pode ocorrer de maneira irresponsável, sem estudos de impacto ambiental, social e cultural e sem um planejamento prévio para que ocorram. A água não pode ser vendida como se fosse petróleo.

Por outro lado, as empresas engarrafadoras de água já têm se destacado como um dos mais lucrativos mercados do mundo e operam, em muitos países, sendo proprietárias da água que vendem. Em outros, módicas taxas públicas são pagas para o engarrafamento de suas águas e grandes campanhas de *marketing* são realizadas para divulgar a ideia de que a água engarrafada é a melhor opção para um estilo de vida saudável. Os custos das águas engarrafadas tornaram-se parte do orçamento mensal de muitas famílias nesses países e a qualidade que lhes tem sido oferecida não é exatamente a propagada. O lucro do setor privado e seus arranjos com os governantes desses países têm se sobreposto a preocupações de natureza ambiental e social. Estudos de impacto ambiental, social ou cultural são negligenciados ou realizados de forma precária antes da exploração desse mercado.

O alto consumo de água na produção de mercadorias e serviços tem feito despontar as preocupações com o comércio de água virtual. Muitos países se tornaram grandes exportadores de água virtual, enquanto outros, com escassez em recursos hídricos, tornaram-se grandes compradores. O consumo desenfreado tem feito com que o comércio de água virtual seja crescente. O consumidor final não paga e não tem noção do alto custo, por vezes ambiental, por vezes social, por vezes cultural, do consumo de produtos que utilizam muita água em sua produção.

Toda essa “crise da água” tem sido apontada como uma crise de governança global. Várias áreas têm proposto soluções as mais distintas para essa crise. Na presente pesquisa, propõe-se o emprego do Direito Internacional para indicar soluções à crise da água.

Contudo, o próprio Direito Internacional tem sofrido modificações estruturais em razão do fenômeno da globalização e de seu consequente fenômeno da governança global. As modificações estruturais aqui apresentadas referem-se à fragmentação do Direito Internacional em vários regimes, aos diferentes tipos de normas de Direito Internacional hoje existentes – por vezes *soft law*, por vezes *hard law* – e aos diferentes tipos de atores que têm influenciado na construção dessas normas. Assim como a crise da água é uma crise de governança que depende da comunicação entre as várias áreas envolvidas – jurídica, econômica, comercial, ambiental, social e cultural – as soluções a serem apontadas pelo Direito Internacional contemporâneo têm de levar em consideração todo esse pluralismo.

Apesar de todo o pluralismo existente, hoje, no Direito Internacional, há uma unidade sistemática. Os seus distintos regimes – o Regime do Comércio Internacional, o Regime Internacional do Meio Ambiente, o Regime dos Direitos Humanos, dentre outros, não são autossuficientes. Defende-se, portanto, a existência do Regime Internacional da Água Doce inserido numa unidade sistemática do Direito Internacional. Ao contrário de autossuficientes, esses regimes são cada vez mais interdependentes. Dada a disparidade de princípios e valores que cada um desses regimes apresenta, verificam-se conflitos constantes entre suas normas. Essas normas conflitantes dentro do sistema têm sido denominadas antinomias. No âmbito de uma unidade sistemática, há a possibilidade de haver antinomias, o que não descaracteriza a unidade, desde que haja soluções identificadas para resolvê-las.

Além dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, que são geralmente utilizados para resolver questões de conflitos entre normas, identifica-se outro método da dogmática jurídica, desenvolvido por *scholars*, no Brasil, na área do Direito Internacional Público, denominado “diálogo das fontes”. Por este, quando identificadas antinomias entre as fontes do Direito Internacional, pode-se fazer com que as normas dialoguem entre si, numa tentativa de manter todas válidas e excluir a incoerência, pautando-se em princípios e valores superiores. Dessa forma, havendo antinomias entre os distintos regimes do Direito Internacional, a harmonia do sistema pode ser encontrada através de um diálogo sistemático de coerência, pelo qual um tratado geral, ou normas internacionais gerais, complementar com conceitos básicos outros tratados específicos pertencentes a regimes distintos, porém interdependentes. A harmonia do sistema também pode ser buscada através de um diálogo de coordenação e adaptação, ao se inserir no corpo de um tratado em construção, ou ao se identificar em tratado já em vigor, cláusulas de comunicação com

outros tratados pertencentes a outros regimes, de maneira a se promover não uma hierarquia de regimes, mas uma hierarquia de valores e princípios. Um terceiro diálogo utilizado é o diálogo de complementaridade, sempre que for possível aplicar normas e princípios complementares, construídos no sistema do Direito Internacional, como um todo, aos distintos tratados dos diferentes regimes. Trata-se de identificar valores que estão na fundação do próprio sistema e aplicá-los pelo método interpretativo.

O Regime do Comércio Internacional tem mantido um constante diálogo com o Regime Internacional do Meio Ambiente – por vezes um diálogo de coerência, por vezes um diálogo de coordenação e adaptação e, por vezes, um diálogo de complementaridade. Esse diálogo está expresso em muitos tratados de natureza ambiental, que impõem restrições comerciais, e em muitos tratados de natureza comercial, que estabelecem exceções às suas regras de livre comércio. Identifica-se que esse diálogo tem sido pautado, em todos esses tratados, pelo princípio do desenvolvimento sustentável. Na verdade, tanto a OMC como a grande maioria dos tratados multilaterais que estão sob o seu domínio absorveram essa linguagem de sustentabilidade. Não era de se esperar que fosse diferente. São todos tratados da década de 1990, criados pouco após a apresentação do conceito de desenvolvimento sustentável em âmbito internacional e no auge das discussões ambientais da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, de 1992. A absorção da noção de desenvolvimento sustentável e de outros princípios de proteção ambiental por tratados comerciais – tais como a proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal e da proteção de recursos naturais exauríveis – são linguagens que apontam para a unidade do Direito Internacional e sua coerência sistemática. O GATT e o GATS são bons exemplos dessa absorção de princípios ambientais. Vê-se que o que tem impedido a OMC e seus tratados de adotarem medidas mais ambientalistas não são suas normas, mas o ativismo judicial exacerbado de seu órgão de solução de controvérsias que, muitas vezes, tem deixado de lado regras costumeiras de interpretação de tratados. Contudo, é perfeitamente possível mudar essa posição no âmbito da OMC, bastando, para tanto, o reconhecimento da unidade sistemática que seus próprios acordos já albergam. Enxergar essa unidade sistemática, como foi enxergada no auge da Rodada Uruguai, na construção de todos os tratados multilaterais da OMC, fará com que os distintos regimes do Direito Internacional desenvolvam-se de forma coerente. Quando as antinomias forem identificadas, bastará identificar as possíveis soluções para as mesmas.

É com esse pensamento que é defendido, na presente pesquisa, a existência do Regime Internacional da Água Doce. Trata-se de regime híbrido, que engloba normas

distintas de Direito Internacional do Meio Ambiente, Direito Econômico e Comercial Internacional, Direito Administrativo Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Regime Internacional da Água Doce nasceu de duas defesas, a saber: o direito internacional da água doce para fins não navegáveis e o direito humano à água.

A primeira defesa compreende o desenvolvimento do Direito Internacional da Água Doce, que tem se consolidado através de documentos distintos, em sua maioria documentos com natureza de *soft law*. A única convenção da ONU sobre o tema é a Convenção de Nova York sobre o Uso de Águas para Fins Não Navegáveis, de 1997, que não recebeu o número mínimo de ratificações para entrar em vigor. Em seu texto, há avanços, como o reconhecimento da importância do trabalho de organismos governamentais e não governamentais para a construção do Direito Internacional da Água Doce, o que é tido como a adoção de uma postura de governança global da água. Também houve avanço quanto à absorção do princípio do uso equitativo e razoável dos recursos hídricos, o que foi considerado direito costumeiro internacional pela CIJ, no Caso Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997. Merece críticas, contudo, no tocante à ausência de prioridade do uso da água, colocando no mesmo patamar os usos para fins industrial, agroindustrial e dessedentação humana e animal. Trata-se de norma anacrônica, pois menciona deverem ser levadas em consideração as necessidades humanas vitais em situações de conflito apenas.

Recentemente, a Convenção de Helsinki, de 1992, no âmbito regional europeu (UNECE), foi aberta à adesão em plano multilateral, ou seja, também para Estados não europeus. Essa é uma feliz iniciativa no sentido de já trazer para a esfera multilateral convenção que já está em vigor e já é aplicada em plano regional. Por outro lado, também é um texto anacrônico, pendente de muitas atualizações, ao qual estendem-se as mesmas críticas feitas à Convenção de Nova York de 1997. A Convenção de Helsinki tem, contudo, o mérito de já incluir as águas subterrâneas (ainda que de maneira pouco abrangente) e de ter o apoio paralelo de seu Protocolo sobre Água e Saúde (que pode ser base para a defesa de um direito humano à água). No entanto, nada prevê quanto a normas de natureza econômica e comercial sobre a água.

Outro documento considerado importante na construção do Direito Internacional da Água Doce são as Regras de Berlin, de 2004 – proposta da *International Law Association*. Trata-se de um texto com natureza de *soft law*, mas tem sido considerado o documento mais abrangente sobre a água doce, por englobar, inclusive, a preocupação com o direito humano à água, colocando as necessidades humanas vitais como prioridade para o seu uso.

Teve o mérito também de incluir normas sobre as águas subterrâneas e os aquíferos, além de normas sobre a navegação em águas doces. Merece críticas, no entanto, por ser seu texto excessivamente abrangente, incluindo, por exemplo, normas já consolidadas de direito humanitário internacional, que seriam desnecessárias nesse tipo de texto. Outra crítica merecida refere-se à não inclusão de normas de natureza econômica ou comercial, ignorando, assim todo o mercado internacional da água, que é uma realidade.

Quanto às águas subterrâneas, não há tratados específicos em vigor que as regulamentem. Em geral, estão incluídas, em poucas cláusulas, em algumas das Convenções regionais sobre águas doces em vigor, o que é algo preocupante, uma vez que compreendem a maior fonte de abastecimento do mundo. Por sua vez, os aquíferos compreendem tipos de águas subterrâneas que geram ainda mais preocupações, pela natureza e pela dificuldade de exploração de suas águas. Não há tratados em vigor sobre os aquíferos. O mais recente tratado produzido – o Acordo sobre o Aquífero Guarani – está pendente de ratificações necessárias para entrar em vigor.

No processo de consolidação do Regime Internacional da Água Doce, são apresentadas distintas organizações internacionais, governamentais e não governamentais, criadas em torno da temática de proteção dos recursos hídricos. Dentre elas, merece destaque o WWC, organizador dos Fóruns Internacionais da Água, que são os eventos que têm tido maior destaque na agenda internacional da água. Tais fóruns têm acontecido a cada três anos, com a participação de Estados, organizações internacionais (governamentais e não governamentais), a academia, o setor privado e representantes de comunidades e de bacias hidrográficas. Têm sido responsáveis por uma grande propagação de direitos relacionados ao setor hídrico e são exemplo de um grande pluralismo de atores na governança da água e do hibridismo que têm emoldurado a consolidação do Regime Internacional da Água Doce.

A segunda importante defesa na consolidação do Regime Internacional da Água Doce compreende uma defesa de direitos humanos, com a afirmação do direito humano à água. Foram protestos contra a privatização do setor hídrico que iniciaram todo um movimento em torno da afirmação do direito humano à água. Em 2002, o Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, numa interpretação autorizada dos Arts. 11 e 12 do PDESC, firmou o entendimento de que o direito humano à água é indispensável para uma vida digna, devendo ser respeitado pelos Estados quanto à sua disponibilidade (quantidade suficiente e continuidade), qualidade e acessibilidade (física, econômica, não discriminatória e com informação acessível a todos). Em 2010, a Assembleia Geral da

ONU reconheceu o direito de acesso à água potável como um direito humano. Em 2012, o Relatório “O Futuro que Queremos”, da Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, ratifica o direito humano à água potável e ao saneamento básico.

Em âmbito regional, o direito à água tem sido reconhecido de forma implícita. Destacam-se documentos da União Europeia, da África e das Américas que o têm feito. Nos tribunais e comitês internacionais, o direito à água foi ora defendido como um direito ao meio ambiente, ora como um direito à saúde, ora como um direito à propriedade, ora como um direito à habitação ou sob o amparo da proteção do consumidor.

Ao ser apresentado um estudo comparativo de garantia do direito à água nos distintos países, verifica-se que há poucos países, a exemplo da África do Sul e do Uruguai, que reconheceram o direito à água como um direito humano em suas Constituições. A Índia tem se destacado como um dos países onde mais se tem discutido o direito à água em seus tribunais, que o têm respaldado como parte do direito à vida. No Brasil, não há defesa explícita do direito à água na Constituição. A Política Nacional de Recursos Hídricos e a Política Nacional de Saneamento Básico brasileiras não trazem o reconhecimento explícito do direito à água, apesar de ser esse um direito implícito em seus textos, principalmente quando mencionam a universalização do acesso à água. Os Tribunais superiores brasileiros ora reconhecem o direito à água como parte de toda uma proteção do consumidor, ora o reconhecem como proteção ambiental, ora não o reconhecem de todo. Há grande divergência jurisprudencial no Brasil.

Tendo demonstrado a existência do Regime Internacional da Água Doce, numa tentativa de trazer soluções para a crise da água, fez-se com que esse regime dialogasse com o Regime do Comércio Internacional, em parâmetros semelhantes ao diálogo já identificado entre este e o Regime Internacional do Meio Ambiente.

Há dois tipos de interação entre regimes identificados nessa pesquisa: a interação conflitual e a interação relacional. Como não há conflitos de normas entre o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional, no âmbito da OMC ou em qualquer outro fórum de solução de controvérsias internacional, a interação conflitual aqui proposta antecipa-se a futuros conflitos. Foram analisadas duas possíveis interações conflituais entre esses dois regimes. Primeiro, verificou-se a aplicação do GATT à água, quando se chega à conclusão de que não há nada no texto desse acordo que exclua a água como produto. Pelo contrário, a água é padronizada como produto na tabela do *Harmonized System*, utilizada pela OMC em suas negociações. Havendo, pois, a

possibilidade de ser considerada um produto, pleiteia-se a aplicação do Art. XX, alíneas “b” e “g” do GATT, para medidas que intencionem, por exemplo, impor restrições à compra e venda de *bulk water*. Por outro lado, se um país decidisse impor restrições à importação de um produto rico em água virtual alegando preocupações ambientais, esbarraria nas interpretações dadas pelos Painéis e Órgão de Apelação da OMC ao GATT, que não têm sido favoráveis a esse tipo de medida, uma vez que têm entendido que um produto não pode ser distinguido pela maneira como foi produzido (*US Tuna-Dolphin I* e *US Shrimp Cases*). Compreende-se que as exceções ambientais do GATT - medidas necessárias à proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal e medidas relacionadas a recursos naturais exauríveis – podem ser usadas para reclamar o direito humano à água, na OMC, de maneira a defender uma coerência sistemática do Direito Internacional, uma vez que seus distintos regimes são interdependentes.

Foi analisada também como forma de interação conflitual, a aplicação do GATS aos serviços de abastecimento e saneamento básico. Dada a flexibilidade pregada no texto do GATS, não há qualquer obrigação para que um país leve seus serviços de abastecimento e saneamento básico às negociações. Se forem levados, contudo, devem submeter-se às normas do acordo. No geral, tais serviços têm sido deixados fora das negociações, por uma grande maioria de países que o mantém público e há boas razões para não privatizar o mercado dos serviços de água. Se o investimento feito pelo setor privado for insuficiente, haverá, certamente, aumento nos preços dos serviços ofertados, como ocorreu com todos os países aqui analisados. Se não houver legislação quanto à universalização dos serviços, de maneira a incluir populações e regiões carentes de um determinado país e fundos de compensação e necessária subvenção previamente planejados, a acessibilidade à água não será respeitada amplamente. Ademais, os preços devem ser sempre adequados à renda média dos consumidores. Se forem deixados aleatoriamente nas mãos do mercado, os serviços de água poderão ser acometidos da síndrome *of a tragedy of the commons*, uma vez que a *anima* do mercado é o lucro e não se pode esperar que o mercado sozinho tenha uma visão social.

Uma outra forma de interação possível é a interação relacional, que ocorre fora do âmbito litigioso, no momento de criação, de produção de eficácia ou execução da norma, pelas próprias organizações internacionais e seus agentes. Entende-se haver legitimidade para esse tipo de interação, pautada, principalmente, na função desempenhada pelas organizações internacionais (governamentais e não governamentais), seus estatutos constitutivos e a necessidade de se relacionar com outras organizações e Estados. Sua

legitimidade pode ser também respaldada na eficácia das normas que interagem entre si. Há um risco em apoiar a legitimidade de uma norma em sua eficácia, mas não há dúvidas de que uma norma eficaz torna-se a prática internacional em pouco tempo e postula, dessa forma, a sua própria legitimidade.

Como forma de interação relacional, propõe-se, nessa tese, a criação de uma organização internacional da água, de maneira a centralizar muitas das questões relacionadas à proteção dos recursos hídricos, que são, atualmente, descentralizadas. Seria uma organização em formato de agência da ONU (diferente da já existente UN-Water, que é mera “coordenação de agências e programas”), que poderá ser denominada *United Nations Water Resources Agency* - UNWRA. A UNWRA teria representatividade pluralista, incluindo desde Estados, OIs e ONGs até representantes de bacias hidrográficas, além da OMC, do FMI, do Banco Mundial, PNUMA e outras entidades internacionais.

No âmbito da UNWRA, propõe-se a composição de uma Convenção Quadro sobre Recursos Hídricos. Para as negociações desse documento, seriam convidados atores os mais diversos, dado o hibridismo do setor hídrico. Seria um documento com normas de natureza ambiental, social, comercial, econômica, financeira, administrativa e de direitos humanos, de maneira a cobrir muitas das mais polêmicas questões levantadas nessa tese como sendo causadoras da “crise da água”. Parte de seu conteúdo tem inspiração na Convenção de Nova York, de 1997, na Convenção de Helsinki, de 1992, e seu Protocolo, de 1999, no Comentário do PDESC, de 2002, e nas Regras de Berlin, de 2004. Contudo, das várias normas propostas nessa Convenção Quadro, a proposta mais ousada é a criação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo para a água, cuja instrumentalização é possível como maneira de promover políticas ambiental e comercialmente corretas para a proteção dos recursos hídricos e do direito à água.

O MDL da água, conforme é denominado nesse trabalho, seria desenvolvido nos moldes do já existente MDL do ar, criado pelo Protocolo de Kyoto. Diferenciar-se-ia deste em alguns aspectos substanciais, a saber: quanto aos países compromissados com os projetos de desenvolvimento limpo da água, quanto aos tipos de projeto a serem desenvolvidos, quanto à mensuração do “ganho ambiental” para a produção de *Water Certificates* (WCs) e quanto à geração de um fundo internacional com as negociações desses certificados da água para apoiar países em menor grau de desenvolvimento que sejam também menos favorecidos em recursos hídricos. Os WCs, de maneira semelhante às Reduções Certificadas de Emissões do ar, seriam negociados em bolsas específicas. No cômputo geral, a criação de um MDL para a água e de seus consequentes WCs colocariam

o mercado internacional num movimento a favor da defesa dos recursos hídricos e da promoção de projetos reais que pudessem trazer ganhos ambientais.

Apesar de se tratar de trabalho bastante idealista, tem-se consciência de que todas as propostas de usar instrumentos do Direito Internacional para solucionar as distintas problemáticas da “crise da água” não colocarão um fim aos problemas existentes. São propostas que pretendem ser um primeiro passo para se reverter situações que chegaram a extremos preocupantes. Todas dependerão também de ações concretas da Política e da Economia. Até aqui, o Direito Internacional tem sido omissos quanto a muitas das questões relacionadas à “crise da água”. Porém, o Direito Internacional não pode ser usado, nessa crise, apenas para resolver os litígios existentes e os que porventura venham a existir. Trata-se de se antecipar às questões conflituais e trazer propostas concretas para proteger a água, que é bem vital à sobrevivência humana e não pode ser tratada como mera *commodity*, sob pena de se ver encenada uma trágica *tragedy of the commons*. Faz parte do papel do Direito Internacional contemporâneo - um *Welfarist International Law* - propor regulamentação para as questões hídricas e para o existente mercado da água, fazendo, assim, dialogar e interagir, de maneira sustentável, o Regime Internacional da Água Doce e o Regime do Comércio Internacional.

REFERÊNCIAS

ALLAN, J. A. Virtual Water: A Strategic Resource Global Solutions to Regional Deficits. **Ground Water Publishing Co.** V. 36, Issue 4, p. 545, 1998.

ALLAN, T. Virtual Water: a long term solution for water short Middle Eastern economies? In: **Water and Development Session**. British Association Festival Science. University of Leeds. TUE.51, 14.45, September, 1997.

AMARAL JUNIOR., A. do. Le 'Dialogue' des Sources: Fragmentation et Coherence dans le Droit International Contemporain. In: JOUANNET, E.; FABRI, RUIZ H.; SOREL, J. M (orgs.). **Regards d'une génération sur le Droit International**. Paris: Editions A. Pedone, 2008. p. 7-33. (a)

_____ **A Solução de Controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008. (b)

_____ **Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____ **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTUNES, P. B. **Curso de Direito Ambiental**. Doutrina. Legislação. Jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

AZPIAZU, D. et all. Agua potable y saneamiento en Argentina. Privatizaciones, crisis, inequidades y incertidumbre futura. **Cuadernos del Cendes**, v. 22, n. 59, Caracas, Mayo, p. 45-68, 2005.

BALINEAU, G.; MELO, J. de. **Stalemate at the Negotiations on Environmental Goods and Services at the Doha Round**. Working paper / P28. Fondation Pour Les Etudes et Recherches Sur Le Developpement International (FERDI), Clermond-Ferrand, França,

October, 2011.

BARLOW, M.; CLARKE, T. **Blue Gold**. The Battle Against Corporate Theft of the World's Water, London: Earthscan Publications, 2002.

BARRAQUÉ, B. Politiques de l'eau en Europe. **Revue Française de Science Politique**, v. 45, n. 3, p. 420-453, 1995.

BARROS-PLATIAU, A. F. A Política Externa Ambiental: do desenvolvimentismo ao desenvolvimento sustentável. In: ALTEMANI, H.; LESSA, A. C. (orgs.). **Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251-281.

BATISTA, A. C. M.. O Comércio de serviços ambientais na OMC de uma perspectiva desenvolvimentista. In: CELLI JUNIOR, U. e SAYEG, F. M. (orgs.). **Comércio de serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Da estrutura à função**. Novos rumos de teoria do Direito. Barueri, São Paulo: Manole, 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODIN, J. **On Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

BRZEZINSKI, M. L. N. L. **Água doce no século XXI**: serviço público ou mercadoria internacional? São Paulo: Lawbook, 2010.

BUDDS, J.; MCGRANAHAM, G. Are the debates on water privatization missing the point? Experiences from África, Asia and Latin América. **Environment and Urbanization**. International Institute for Environment and Development, SAGE, p. 87-114, 2003.

BULL, H. **The Anarchical Society**. A study of order in world politics. 3 ed. New York:

Palgrave, 2002.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPONERA, D. **Principles of Water Law Administration**. 2 ed. Revised and updated by Marcella Nanni. 2 ed. Leiden: Taylor & Francis, 2007.

CARSON, R. **Silent Spring**. Boston: Houghton Mifflin Co., 1987.

CARVALHO, V. M. **O Direito ao Saneamento Básico**. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, J. E. Water Governance in the twentieth-first century. **Ambiente e Sociedade**. Campinas, v. X, n. 02, 2007, p. 97-118.

CAUBET, C. G., **A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá, 2005.

_____ Domínio da água ou direito à água? Rivalidades nas relações internacionais do século XXI. In: NASSER, S. H. ; REI, F. (orgs.), **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 165-183.

CELLI JUNIOR, U. Os acordos GATS e TRIMS na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: CELLI JR., U.; SAYEG, F. M. (orgs.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008, p. 9.

_____ **Comércio de Serviços na OMC**. Liberalização, Condições e Desafios. Curitiba: Juruá, 2009.

CHAPAGAIN, A. K.; HOEKSTRA, A. Y. The global component of freshwater demand and supply: an assessment of virtual water flows between nations as a result of trade in

agricultural and industrial products. **Water International**, v. 33, n. 01, p. 19-32, March, 2008.

CLARO, E. et al. **Trade in Environmental Goods and Services and Sustainable Development: Domestic Considerations and Strategies for WTO Negotiations**. Geneva: ICTSD, 2007.

COSSY, M. Environmental Services and the General Agreement on Trade in Services (GATS): Legal Issues and Negotiating Stakes at the WTO. In: HERRMANN, C. e TERHECHTE, J. P. (eds.), **European Yearbook of International Economics Law** 2011. Berlin: Springer, 2011.

CRAIG, A. A. Water Privatization Trends in the U.S. **William and Mary Environmental Law and Policy Review**. v. 33. n. 3, 2009.

CRAWFORD, J. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DEFARGES, P. M. Global Governance: Mirage or Horizon? **Politique Étrangère**. I.F.R.I., 2008, p.141, Disponível em <<http://www.cairn.info/revue-politique-etrangere-2008-5-page-141.htm>> Acesso em 26 Mar. 2013.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DORE, M. H. I.; KUSHNER, J.; ZUMER, K. Privatization of water in the UK and France: What can we learn? **Utilities Policy**, v. 12, n. 1, pp. 41-50, March, 2004.

DUBREUIL, C. **The Right to Water: from concept to implementation**. World Water Council. 2006.

DUNNOFF, J. L. A new approach to Regime Interaction. In: YOUNG, M. (org.) **Regime Interaction in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 136.

DUPUY, P. M. Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? **Revue Générale de Droit International Public**, v. 101: 4, p. 873-903, 1997.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECEL. European Council on Environmental Law. Resolution adopted in 28 April, 2000. **Environmental Policy and Law**, 30/5, 2000.

EHRlich, P. R. ; ANNE H. **The Population Explosion**. New York: Simon and Schuster, 1990.

FERRAZ, K. C. **Subsídio Metodológico à integração de gestão de recursos hídricos com a gestão territorial, considerando as políticas florestal, agrícola e municipal urbana**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FENZL, N., Ação conjunta em defesa do Amazonas. **Jornal da Universidade Federal do Pará**, n. 80, Fevereiro, 2010.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FOSTER, V. Ten Years of Water Service Reform in Latin America: toward an Anglo-French model. **Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper Series**, n. 3, The World Bank Group, Washington DC, January, 2005.

FRIEDMAN, M. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Arte Nova, 1977.

FRIEDMAN, T. L. **The World is Flat: a brief history of the twenty-first century**, New York: Strauss an Giroux, 2005.

GALAN, P. The meaning of “arbitrary and unjustifiable discrimination” and “disguised

restriction”. In: HERDIN-WINTER, J.; INES, H. (orgs.) **The Relevance of WTO Law for Tax Matters**. Viena: Linde, 2006.

GALEANO, E. **As Veias Abertas da América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

GAUDIANO, E. G.; KATRA, L. F. Valores e Educação Ambiental: aproximações teóricas em um campo em contínua construção. **Educação e Realidade**, 34(3), Porto Alegre, p. 41-65, 2009.

GEHRING, M. Sustainable Development in World Trade Law. In: BUGGE, H. C. e VOIGT, C. (eds). **Sustainable Development in International and National Law**. Groningen: Europa Law Publishing, 2008.

GLEIK, P. H. Basic Water requirement for human activities: meeting basic needs. **Water International**, v. 21, p. 83-92, 1996.

_____ The Human Right to Water. Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security. **Water Policy**, Oakland, California, 1999.

_____ **The World's Water 1998-1999**. The Biennial Report on Freshwater Resources. Pacific Institute. Washington: Island Press, 2000.

GLEICK, P. H. et al. **The World's Water 2002-2003**. The Biennial Report on Freshwater Resources. Pacific Institute. Washington: Island Press, 2002.

_____ **The World's Water 2008-2009**. The Biennial Report on Freshwater Resources. Pacific Institute. Washington: Island Press, 2008.

GOMEZ-LOBO, A. Output-based Consumption in Chile. **The World Bank Group**, 2010, p. 23-30. Disponível em:

<<http://rru.worldbank.org/Documents/OBAbook/07ch2.pdf>> Acesso em 1 Mar. 2011.

GONÇALVES, R. F. **Uso racional de água em edificações**. v. 5, Rio de Janeiro: ABES,

2006.

GONZÁLEZ-GOMEZ, F.; GARCÍA-RUBIO, M. Efficiency in the management of urban water services. What have we learned after four decades of research? **Revista de Economía Pública de la Hacienda Pública Española**. Instituto de Estudios Fiscales, n. 185, v. 2, pp. 39-67, 2008.

HAAS, E. B. Words can hurt you; or, who said what to whom about regimes. In: KRASNER, S. D. (ed.) **International Regimes**, Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 26.

HABERMAS, J. **The Divided West**. Cambridge: Polity, 2006.

HALL, D.; LOBINA, E. **Water Privatization**. Public Services International Research Unit (PSIRU). Disponível em: < [http://gala.gre.ac.uk/1704/1/PSIRU_Report_\(9820\)_-_2008-04-W-over.pdf](http://gala.gre.ac.uk/1704/1/PSIRU_Report_(9820)_-_2008-04-W-over.pdf) > Acesso em 04 Jul. 2013.

HALL, D.; LOBINA, E.; MOTTE, R. Making Water Privatisation Illegal – new laws in Netherlands and Uruguay. **Public Services International Research Unit (PSIRU)**, 2004, Disponível em: <http://gala.gre.ac.uk/3769/1/PSIRU_9343_-_2004-11-W-crim.pdf> Acesso em 10 Jul. 13.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859 p. 1243-1248, 1968.

HASENCLEVER, A.; MAYER, P.; RITTBERGER, V. Integrating Theories of International Regimes. **Review of International Studies**, v. 26, p. 3-33, 2000.

HAYEK, F. **O caminho da servidão**. Porto Alegre: Globo, 1977.

HOEKSTRA, A. Y. et all. **The Water Footprint Assessment Manual** – Setting the global standard. London: Earthscan, 2011.

HOWSE, R. Fragmentation and Utopia: Towards an Equitable Integration of Finance, Trade and Sustainable Development. In: CASSESSE, A. **Realizing Utopia. The Future of**

International Law. Oxford University Press, 2012, p. 423.

HURREL, A. **On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society.** New York: Oxford University Press. 2007.

JAYME, E. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**, Leiden, 1995, v. 251.

JOUANNET, E. **The Liberal-Welfarist Law of Nations:** a history of international law. Translated by Cristopher Sutcliffe. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KANT, I. **A Paz Perpétua.** Um projeto filosófico (1795). Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade de Beira Interior, 2008.

KEOHANE, R. O. **After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy.** New Jersey: Princeton University Press, 1984.

KEYNES, J. M. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1992.

KINGSBURY, B. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, n. 68, p. 1-377, 2005.

KOSKENNIEMI, M. Hegemonic Regimes. In YOUNG, M. (org.) **Regime Interaction in International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 305.

_____ **From Apology to Utopia.** The Structure of International Legal Argument, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KRASNER, S. D. Structural causes ad regime consequences: regimes as intervening variables. In: _____ (ed.). **International Regimes.** Ithaca: Cornell University Press, 1983, p. 1.

LAFER, C. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, D. (org.) **História da Paz: os tratados que desenharam o planeta.** São Paulo: Contexto, 2008.

LANG, A. **World Trade Law after Neoliberalism**: Re-imagining the Global Economic Order. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LANGFORD, M. et al. **Legal Resources for the Right to Water**: International and National Standards. Center on Housing Rights and Evictions – COHRE, Geneva, 2004.

LOBINA, E.; HALL, D. UK Water Privatization – a briefing. **Public Services International Research Unit**, February, 2001, Disponível em: <<http://www.psir.org>> Acesso em 6 Jul. 2010.

_____. Problems with private water concessions: a review of experiences in Latin America and other regions. **Public Services Internacional Research Unit**, March, 2003, Disponível em <<http://www.psir.org>> Acesso em 10 Jul. 2013.

LOSANO, M. G. **Sistema e Estrutura no Direito**: das origens à escola histórica, v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MALTHUS, T. R. **Economia**. São Paulo: Ática, 1982.

MARCONINI, M. **Concepts and Reality in Environmental Services**: An Integrated Strategy for Trade, Sustainable Development and Negotiations. Geneva: ICTSD, 2006.

MCCAFFREY, S. C. **The Law of International Watercourses – Non-Navigational Uses**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MCCALLIN, J. Israel and Palestine struggle over water in an arid land. **Grist Magazine**, Seattle, 28 Feb., 2002. Disponível em: <<http://www.grist.org/article>> Acesso em 1 Mar. 2010.

MCLNTYRE, O. Environmental Protection of International Watercourses under International Law. Hampshire: Ashgate, 2007.

MEADOWS, D. et al. **The Limits to Growth**: the 30-year update. Vermont: Chelsea

Green, 2004.

MENDES, F. E.; MOTTA, R. S. da. **Instrumentos Econômicos para o controle ambiental do ar e da água:** uma resenha da experiência internacional. Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: <<http://www.ipeal.gov.br/pub;td/td0479.pdf>> Acesso em 30 Ab. 2012.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente.** A Gestão Ambiental em Foco. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDOLA, C. M. S.; SAMPAIO, L. S. Universalizing the Right to Water in Brazil. Liberalization, Regulation and Human Rights Public Policies. **IDCID Working Paper Series.** Working Paper n. 0001. December 2005.

MIRANDOLA, C. M. S.; SAMPAIO, L. S. A universalização do direito à água. In: CELLI JUNIOR, U. e SAYEG, F. (orgs.), **Comércio de serviços, OMC e Desenvolvimento.** São Paulo: IDCID, 2008, p. 172-205.

MORGENTHAU, H. J. **Political Theory and International Affairs.** Westport: Praeger Publishers, 2004.

NINO, C. S. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.** 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989.

NYE, J. S. **Bound to Lead:** the changing nature of American Power. New York: Basic Books, 1990.

OLIVIER, Anne. Water Tariff Increase in Manaus (Brazil): an evaluation of the impact of households. **Document de Travail**, Paris, DT/2006-10, 2006. Disponível em <<http://www.dial.ird.fr>> Acesso em 10 Jul. 2013.

OSTROM, E. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action,** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PAHL-WOSTL, C.; GUPTA, J.; PETRY, D. Governance and the Global Water System: A Theoretical Exploration. **Global Governance**, 14 p. 419-435, 2008.

PALANIAPPAN, M.; GLEIK, P. H. Peak Water. In: GLEIK (org.). **The World's Water 2008-2009**. The Biennial Report on Freshwater Resources. Pacific Institute. Washington: Island Press, 2008, p. 1-16.

PETRELLA, R. **Le Manifeste de l'eau pour le XXI^e siècle. Pour un pacte social de l'eau**. Montréal: Fides, 2009.

REINOSO, A. F. **Una Aproximación a Las Negociaciones Comerciales sobre Servicios Ambientales**. Ginebra: ICTSD, 2006.

RIBEIRO, W. C. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008.

ROAF, V.; KHALFAN, A.; LANGFORD, M. Monitoring Implementation of the Right to Water: a Framework for Developing Indicators. **Global Issue Papers**, n. 14, March, 2005.

ROGERS, P.; HALL, A. Effective Water Governance. **The Background Papers**. Global Water Partnership. n. 07. Suécia, 2003.

ROSENAU, J. N. Governance, order and change in world politics. In: ROSENAU, J. N.; CZEMPIE, E. O. (orgs.). **Governance without Government**. Order and Change in World Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1.

SACHS, I. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, J. D. **Common Wealth**. Economics for a crowded planet. New York: Penguin Press, 2008.

SCANLON, J., CASSAR, A. e NEMES, N. Water as a Human Right? IUCN Environmental Policy and Law Paper, N. 51. International Union for Conservation of Nature – **The World Conservation Union**, Gland, Suíça, 2004. Disponível em:

<<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/html/EPLP-051-water-human-right/cover.html>> Acesso em 15 Fev. 2011.

SEN, A. **Desenvolvimento e Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**, New York: Harper & Brother, 1950.

SLAUGHTER, A. M. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SMETS, H. “The right to water as a human right”. **Environemntal Policy and Law Report**. 30/5, IOS Press, p 248-250, 2000.

SMITH, A. **A riqueza das nações** – investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SMITH, B. W., Water as a Public Good: The Status of Water Under the General Agreement on Tariffs and Trade. **Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)**, v. 17, n. 291, 2009, Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1695090>> Acesso em 11 Feb 2012.

SOARES, G. F. S. As regras do comércio internacional e seu confronto com as normas internacionais de proteção ambiental. In: AMARAL JR., A. (org.). **A OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

_____ Dez anos após Rio-92: o cenário internacional ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Johanesburgo, 2002). **Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá, Ano 1, n. 1, p. 123-168, jan.-jun. 2007.

SWAIN, A. The Nile River Dispute. **The Journal of Modern African Studies**, n. 35, Cambridge University Press, p. 675-694, 1997.

SWENARCHUK, M. **GATS, Water Services and Policy Options**. Ensuring Access to

Water and Sanitation. The Trade Dimension. New York: ICTSD, 2004.

TED -**Trade and Environment Database Cases**. American University, Washington D. C. Disponível em <<http://www.american.edu/TED/SUPER.HTM>> Acesso em 28 Fev. 2010.

THORSTENSEN, V. **Organização Mundial do Comércio**. As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais. 2ª. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

TUCCI, C. E. M.; HESPANHOL, I.; CORDEIRO, O. **Relatório Nacional sobre o Gerenciamento da Água no Brasil**. Instituto de Pesquisas Hidráulicas, Jan., 2000. Disponível em <<http://www.bvsde.paho.org>> Acesso em 1 Mar. 2010.

TZATZAKI, V. M. The UN Convention on International Watercourses and integrated water management: A bridge built. **Earth Environmental Sciences**. 4 012036, 2008. Disponível em: <<http://iopscience.iop.org/1755-1315/4/1/012036>> Acesso em 2 Jul. 2013.

UNESCO. The United Nations World Water Development. Report 1. 2003.

UNESCO. **The United Nations World Water Development**. Report Water in a Changing World, n. 3, 2009.

UNITED NATIONS. **Report on Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the diversification and expansion of international Law. International Law Commision, 2006.

UNITED STATES. National Research Council. **Privatization of Water Services in the U.S.** An Assessment of Issues and Experience. Washington: National Academy Press, 2002.

UNITED STATES. **Human Rights Network**, Disponível em: <<http://www.ushrnetwork.org/content/campaignproject/right-water-and-sanitation>> Acesso em 03 Mar .2011.

VEIGA, J. E. da. **Desenvolvimento Sustentável**. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VIEIRA, A. C. A institucionalização e judicialização das Relações Internacionais: um estudo da defesa do desenvolvimento sustentável na OMC. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. ABDI. Curitiba: Juruá, 2011. (a)

_____. Tributação Ambiental na Organização Mundial do Comércio. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 26, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, p. 169-187, 2011 (b).

_____. O direito humano ao meio ambiente e a tributação ambiental: água e ar – mecanismos nacionais e internacionais. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Ano 9, n. 53, Belo Horizonte: Forum, set/out 2010, p. 18-26.

VIEIRA, A. C.; BARCELLOS, I. C. Água: bem ambiental de uso comum da humanidade. **Revista de Direito Ambiental**. Editora Revista dos Tribunais. Ano 14, n. 53, p. 56, janeiro-março 2009.

VILLAR, P. C.; RIBEIRO, W. C. In: Estudos de Direito Internacional. v. XX. Congresso Brasileiro de Direito Internacional. **Anais...** Juruá: Curitiba, 2010. pp. 308-321.

VILLAR, P. C. **A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do Aquífero Guarani**. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WEISS, E. B. Water Transfers and International Trade Law, in Edith Brown Weiss et al. (orgs.), **Fresh Water and International Economic Law**, 67, 2005.

WINKLER, I. T. **The Human Right to Water**. Oxford: Hart Publishing, 2012.

WINTER, G. A Fundament and Two Pillars. In: BUGGE, H. C.; VOIGT, C. (orgs). **Sustainable Development in International and National Law**. Groningen: Europa Law Publishing, 2008.

WOLFF, A. T.; YOFFE, S. B.; GIORDANO, M. **International Waters**: indicators to identifying basins at risk. The Oregon State University, PCCP Series, n. 20, UNESCO, Geneva, 2003.

WONG, C. M. et all. **World's top 10 rivers at risk**. Gland: WWF International, 2007.

WORLD WATER COUNCIL. **Report on the Right to Water**. World Health Organization, Paris, 2003.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Drinking Water Quality Guidelines**. World Health Organization. Disponível em:
<http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/fulltext.pdf> Acesso em 11 Fev. 2011.

YOUNG, M. Regime Interaction in creating, implementing and enforcing international law. In: _____ (org.) **Regime Interaction in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZACHER, M. The Decaying Pillars of the Westphalian Temple: Implications for International Order and Governance. In: ROSENAU, J. N.; CZEMPIE, E-O. **Governance without Government**. Order and Change in World Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ZAQUE, S.; AMIM, A. T. M. N. Does basic services privatization benefit the urban poor? Some evidence from water supply privatization in Thailand. **Urban Studies**, n. 46, p. 2031-2327, 2009.

ZHANG, D. et all. Climate Change and war frequency in eastern China over the last millennium. **Human Ecology**, DOI 10.1007/S 10745-007-9115-8, 2007.