

ÁGUA COMO BEM COMUM NO QUADRO DA GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA: ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS A PARTIR DAS BASES DA ECONOMIA ECOLÓGICA E SOBRE A NECESSIDADE DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO

*WATER AS A COMMON GOOD IN THE FRAMEWORK OF DEMOCRATIC GOVERNANCE:
SOME CRITICAL REFLECTIONS BASED ON THE FOUNDATIONS OF ECOLOGICAL
ECONOMICS AND ON THE NEED FOR A NEW PUBLIC LAW*

*EL AGUA COMO BIEN COMÚN EN EL ESCENARIO DE LA GOBERNANZA
DEMOCRÁTICA: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS A PARTIR DE LAS BASES DE LA
ECONOMÍA ECOLÓGICA Y SOBRE LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO PÚBLICO*

Milena Petters Melo¹
Andrea Gatto²

Resumo: Dentre os bens comuns considerados essenciais à satisfação das necessidades fundamentais de existência, a água ocupa um espaço fundamental, visto que se apresenta como um recurso essencial para todas as formas de vida e para todos os setores da produção econômica. Exatamente por isso, atualmente, no quadro das flexibilizações impulsionadas pelos processos de globalização da economia e pelas prioridades eleitas para confrontar a crise mundial, alarmante tanto do ponto de vista econômico quanto ecológico e que gera impactos significativos sobre as diferentes sociedades e comunidades, crescem em relevância o debate e os conflitos concernentes ao governo e à gestão dos recursos hídricos e as tensões relativas ao uso comum ou privatista da água. Com o objetivo de contribuir para o diálogo sobre a *governança* democrática da água e o governo dos bens comuns no quadro da tutela dos direitos fundamentais e da sustentabilidade socioambiental, este artigo se destina a oferecer subsídios teóricos para uma reflexão crítica sobre estes temas.

Palavras-chave: Direitos à água. Bens comuns. Governança democrática. Economia ecológica. Direito público.

- 1 Professora da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Professora convidada dos Programas de Pós-graduação em Direito: *Direitos fundamentais e Democracia* – UNIBRASIL e *Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo* UNIA/UPO – Sevilha, Espanha. Coordenadora do *Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali* – UNISALENTO, Itália. Coordenadora do Núcleo de pesquisas em constitucionalismo contemporâneo, internacionalização e cooperação – CONSTINTER, FURB. Pesquisadora do *Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee* – CRIE/UNISOB, Itália; do *Institut International d'Etudes et Recherches sur les Biens Communs* – IIERBC, França; do *Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional* – NUPECONST/UNIBRASIL. Orientadora do Grupo de Estudos "O patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina" – ABDConst/FURB. Pesquisadora dos Projetos "Rede Guarani/ Serra Geral" e "Águas, direito humano à água potável e ao saneamento básico nos Países da UNASUL: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns", CNPq, Brasil.
- 2 Graduação em Economia e Direito, pós-graduação em *Economia e Commercio* na Faculdade de *Scienze dell'Economia*, Università degli Studi di Napoli Federico II, Nápoles – Itália. Bolsista Socrates Erasmus *Université Montpellier I "Richter": Sciences Economiques, Administration e Droit A&D, Institut de Management ISEM; Université Montpellier III: Sciences Humaines*. Bolsista National Science Council of Taiwan: *National Taiwan University, College of Social Sciences; National Cheng-Chi University, Institute of Development Studies*. Bolsista de intercâmbio *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e Ricerca: Università degli Studi di Napoli Federico II* e Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador visitante no âmbito do Acordo de Cooperação Acadêmica entre a Universidade Federico II e a Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

Abstract: Among the common goods considered essential to the basic needs of existence, water occupies a central position, as it is an essential resource for all life forms, and for all sectors of economic production. Precisely for this reason, currently, in the framework of flexibilization prompted by the processes of globalization of the economy and by the priorities elected to confront the worldwide crisis, alarmingly both from the economic and ecological points of view and that generate significant impacts on the different societies and communities, the debate and the conflicts concerning to the government and the management of the water resources and the tensions surrounding the common or private use of water are increasing in importance. With the aim of contributing to the dialog on democratic governance of water and the governance of common goods, in the framework of protection of fundamental rights and those of socio-environmental sustainability, this article offers theoretical support for a critical reflection on these themes.

Keywords: Rights to water. Common goods. Democratic governance. Ecological economy. Public right.

Resumen: Entre los bienes comunes considerados esenciales para la satisfacción de las necesidades fundamentales de la existencia, el agua ocupa un espacio fundamental, puesto que se presenta como un recurso esencial para todas las formas de vida y para todos los sectores de la producción económica. Exactamente por ello, en el cuadro de las flexibilizaciones impulsadas por los procesos de globalización de la economía y por las prioridades elegidas para hacer frente a la crisis mundial, alarmante tanto desde el punto de vista económico como ecológico y que genera impactos significativos sobre las diferentes sociedades y comunidades, actualmente crece la relevancia de los debates y los conflictos concernientes al gobierno y a la gestión de los recursos hídricos y las tensiones relativas al uso común o

privatista del agua. Con el objetivo de contribuir con el diálogo sobre la *gobernanza* democrática del agua y el gobierno de los bienes comunes en el escenario de la tutela de los derechos fundamentales y de la sostenibilidad socioambiental, este artículo se destina a ofrecer bases teóricas para una reflexión crítica sobre estos temas.

Palabras clave: Derechos al agua. Bienes comunes. Gobernanza democrática. Economía ecológica. Derecho público.

INTRODUÇÃO

No âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, um novo marco jurídico para a proteção e para o reconhecimento da água como direito humano ganha forma e substância com três documentos principais: o Comentário Geral nº 15 ao *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais*; a Resolução n. 64/292, de 28 de julho de 2010, da Assembleia Geral das Nações Unidas; e a Resolução n. 15/9 aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2010. E nesta direção, seguindo no sentido de reforçar a interpretação extensiva do direito à vida, a Resolução n. 18/1, de 12 de outubro de 2011, reconhece a água como um direito humano. A partir destes documentos, o direito fundamental à água passa a ser reconhecido no âmbito internacional. Assim, a comunidade internacional expressamente assume o compromisso da sua promoção e tutela e chama os Estados em campo para a efetivação deste direito essencial para a vida em todas as suas manifestações³.

3 No cenário internacional a conquista do direito humano à água tem como fundamento o paradigma dos direitos humanos coligados ao cenário de lutas pela salvaguarda da dignidade humana nas suas multifacetadas dimensões. Uma construção que se apoia no consolidado reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos como conjunto de direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, direcionados à satisfação das necessidades humanas concretas. Neste cenário, o direito humano à água também pode ser compreendido como um resultado do debate internacional e transnacional, e da mobilização social, cultural e política, sobre a necessidade de uma abordagem integrada aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável. A propósito e para aprofundamentos, consultar WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. "O direito fundamental à água: convergências

O direito fundamental à água também foi reconhecido no plano constitucional, no contexto das inovações aportadas para a teoria constitucional pelo “novo” constitucionalismo latinoamericano⁴, ou sul-americano ou andino, do qual a Constituição do Equador é emblemática ao conferir peculiar atenção ao tema dos direitos à água⁵ e consagrar expressamente que *“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”* (Art. 12).

No marco do “novo” constitucionalismo latino-americano e da cosmovisão andina, a questão da fruição do direito fundamental à água cresce em complexidade e implica enfrentar de modo original enormes desafios, que seguem no sentido da promoção de um modelo de Estado de *Bem viver*, assentado na cidadania plural, que assume o controle estratégico dos recursos hídricos, garantindo água para todos os setores da sociedade e para a manutenção dos ciclos vitais da natureza. Neste contexto, dentre outros desafios, a tutela do direito fundamental à água

no plano internacional e constitucional”. In: BRAVO, Alvaro Sánchez. **Água & derechos humanos**. Sevilha, Espanha: ArCiBel Editores, 2012, pp. 485-404; e WOLKMER, Maria de Fátima. **O novo direito humano à água**, in WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Os Novos Direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 185-218. Especificamente sobre a compreensão de uma abordagem integrada aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável v. MELO, Milena Petters Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship, in Klaus Mathis (ed.), **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Heidelberg-London-NewYork: Springer, 2011, pp. 138-161.

4 Sobre este tema, v. WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima. **O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina**. INTERthesis (Florianópolis), v. 9, p. 51-69, 2012.

5 A Constituição do Equador confere peculiar atenção ao tema dos direitos à água, em seu Título II “Direitos” e no Título VII “Regime do bem viver”. No Título II, no Capítulo segundo, dos “Direitos do bem viver”, trata na primeira seção sobre “Água e alimentação”. Também no Título VII “Regime de bem viver”, no Capítulo segundo, trata em sua sexta seção sobre água. Segundo a redação do artigo 411 o Estado garantirá a conservação, recuperação e manejo integral dos recursos hídricos, bacias hidrográficas e o fluxo associado ao ciclo hidrológico ecológico. Será regulada toda atividade que possa afetar a qualidade e a quantidade de água, e o equilíbrio dos ecossistemas, em especial as fontes e zonas de recarga de água. Além disso, a Constituição do Equador prescreve que a sustentabilidade dos ecossistemas e o consumo humano serão prioritários no uso e no aproveitamento da água. Na redação do artigo 412, a autoridade encarregada da gestão da água será responsável pela sua regulação e pelo seu controle. Esta autoridade deverá cooperar com os demais setores da sociedade e coordenar o manejo da água com um enfoque ecossistêmico.

6 Especificamente, no artigo 12, a água é reconhecida como um direito humano, fundamental e irrenunciável, constituindo um patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, impenhorável, e essencial para a vida.

coloca a necessidade de restaurar os conhecimentos tradicionais e potencializar as diferentes formas de saber, que coexistem na sociedade, para a promoção de modelos eficientes e justos de gestão, que salvaguardem as fontes e os cursos de água, envolvendo diretamente a cidadania no governo democrático. Outro desafio contundente, que se impõe neste novo paradigma, relaciona-se com a necessidade de superar o modelo disjuntivo e redutor de desenvolvimento econômico, que considera os cursos hídricos, os rios, o mar, os lagos e lagoas, o destino privilegiado dos dejetos humanos; e reconstruir, a partir da ética do cuidado, uma abordagem complexa para a realização do *bem viver*⁷.

Que estas inovações constitucionais sobre a tutela da água tenham sido concebidas justamente na América do Sul, conhecida também como “Continente das águas”⁸, que hospeda grande parte das reservas de água doce do planeta, casa de apenas 5% por cento da população mundial, não parece ser uma casualidade. Ao mesmo tempo, apresenta-se alentador o fato de que exatamente as populações guardiãs deste patrimônio natural da humanidade tenham se conscientizado sobre a importância deste bem fundamental para a vida, a água, e tenham assumido com determinação a responsabilidade de sua salvaguarda.

Assim, se por um lado o direito fundamental à água se estende à humanidade, por outro lado, o seu governo é indiscutivelmente prerrogativa da soberania do Estado. Esta ambivalência é uma característica geralmente associada aos bens e aos recursos comuns e aos interrogativos postos para a sua tutela e para a resolução dos conflitos inerentes à preservação, à promoção e ao acesso concreto a estes bens e recursos, seu uso e fruição efetivos.

Tomando em consideração estas premissas, o objetivo deste artigo é contribuir para o diálogo sobre a governança democrática da água e o governo dos bens comuns no quadro da tutela dos direitos fundamentais e da sustentabilidade socioambiental,

7 Cfr. WOLKMER & MELO, *op. cit.*, p. 401.

8 O uso da bela expressão “Continente das águas” para denominar a área territorial sul-americana, a partir de uma separação indizada também por um curso de água, o Canal do Panamá, é de autoria de Tiago Angelo, o *Tiaguas*, segundo este especialista na temática da água, ainda que não seja possível medir com exatidão o montante destas reservas, pode-se fazer uma projeção que leva a considerar que aproximadamente 40 % da água potável do planeta se encontra neste continente. Cf. TIÁGUAS, “*O ser das águas*”, Conferência apresentada na Reunião temática *Água e direitos humanos nos países da UNASUL*, realizada em Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, PPGD-CCJ, 22-23/03/2012.

relacionando observações provenientes das disciplinas jurídica e econômica, a fim de oferecer subsídios teóricos para uma reflexão crítica sobre estes temas, a partir de duas contribuições teóricas principais, concebidas, respectivamente, por Elinor Ostrom e Alberto Lucarelli⁹. O artigo, portanto, divide-se em duas partes: I. Bens comuns: tragédia ou oportunidade? II. Do “público” ao “comum”.

Em efeito, quando se trata de interesses conflitantes em relação aos recursos e aos bens comuns as soluções geralmente foram conduzidas na bifurcação entre regulação pública ou privatização do recurso. A Elinor Ostrom – primeira mulher a receber o Prémio Nobel da Economia, em 2009 – deve-se à criação de uma terceira via: por meio de instituições cooperativas *ad hoc*, caracterizadas por serem organizadas e governadas pelos próprios utilizadores; a auto-organização dos grupos se apresenta, desta forma, como solução inovadora para resolver os problemas concernentes aos bens comuns.

Neste sentido, o impacto da teoria de Elinor Ostrom – na qual se concentra a primeira parte deste artigo – foi considerado por muitos vértices revolucionário, posto que subverteu as aquisições convencionais em mérito à gestão dos bens comuns, demonstrando que os recursos comuns podem ser geridos com sucesso pelos próprios utilizadores. Ventilando soluções alternativas à claustrofóbica dicotomia privatização-nacionalização, Ostrom opta pelo autogoverno dos bens comuns que, segundo a autora, atinge melhores resultados do que quando são objeto de regulamentação externa e de gestão pelos governos ou pelas empresas. Pela atenção atribuída aos recursos naturais, sua obra contribuiu fecundamente para consolidar as bases da economia ecológica e se tornou central nos debates sobre a proteção ambiental.

A partir do estudo de casos práticos sobre a governança de recursos e bens comuns, Elinor Ostrom elaborou um conjunto de princípios e regras para a governança da propriedade coletiva, desenhando um sistema de gestão por parte da comunidade de utilizadores, ao escopo de evitar a sobre-exploração e o uso

⁹ Uma articulação teórica convergente à tese de Lucarelli, mas com peculiaridades específicas em relação à teoria dos bens comuns, e que se apresenta como uma leitura interessante e profícua para a compreensão da água no quadro dos bens comuns é a recém-publicada monografia de Renato Briganti **Il diritto all'acqua**: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

exaustivo dos recursos comuns, definindo, assim, os vetores de ações e hábitos que servem de medida cautelar ao risco de escassez – e que para os objetivos do presente estudo se revelam significativos, especialmente no que concerne à gestão da água como bem comum no quadro da governança democrática.

Além da governança democrática, o reconhecimento da água como direito fundamental e bem comum envolve também escolhas efetivas de governo, por parte do sujeito público, tanto no plano das políticas públicas internas, direta ou indiretamente relacionadas com a água – que tocam inexoravelmente o tema do modelo de desenvolvimento promovido e regulamentado pelo Estado –, quanto na gestão das áreas transfronteiriças, na mediação de conflitos e na cooperação no plano regional, internacional ou transnacional¹⁰.

Nesta direção, para a proteção dos bens comuns, no quadro impulsionado pela hegemonia econômica globalizada – que sobrepõe suas regras às regulamentações dos diferentes Estados e gera fragmentação do interesse público e privatização dos bens públicos – demonstra-se sempre mais evidente a necessidade de construir uma nova forma de Direito Público, capaz de abarcar as novas categorias jurídicas, econômicas e sociais, de modo a ultrapassar a relação *dominus-bem*, ou representá-la em condições diferentes.

Em efeito, as flexibilizações impulsionadas pelo *new public management* em diferentes países redefiniram, na prática, os confins do espaço público e privado, criando uma ampla zona de indiferenciação e transferências de alto risco para a tutela dos direitos fundamentais, num caminho de mão dupla: por um lado a transferência de bens públicos para a satisfação de exigências privatísticas de ordem econômica; por outro lado a importação de regras econômicas e a paulatina introjeção das técnicas e dos princípios da gestão empresarial no setor da administração pública. Este processo degenerativo, que coloca em segundo plano a normatividade do Direito Constitucional e Administrativo, levou alguns autores a falar da revogação tácita da Constituição e do fim do Estado de bem-estar como foi conhecido na Europa a partir da segunda metade do século XX,

¹⁰ Sobre a governança da água e as interações no plano “glocal”, v. WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. “Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos. Governança democrática na crescente interdependência global” in BRAVO, Alvaro Sánchez (org.) **Sostenibilidad Ambiental Urbana**. Sevilha: ArCiBel Editores, 2012, v. , p. 515-557.

por meio da passagem “*da forma Estado à forma mercado*”¹¹.

Assim, para completar o quadro de reflexões sobre a governança democrática dos bens comuns e, no caso do objeto específico deste trabalho da água, como bem comum, no sentido de uma governança que não se contrapõe ao Estado, nem se afasta das garantias do constitucionalismo democrático, mas busca sinergias entre os diferentes atores engajáveis na proteção dos bens comuns, pautadas na inclusão, na participação e na responsabilização destes atores, apresenta-se profícua a proposta lançada por Alberto Lucarelli no sentido de ultrapassar dicotomias e semânticas arcaicas e impulsionar a passagem “do público ao comum”, por meio de uma nova forma de Direito Público¹². Temática à qual se destina a segunda parte do presente estudo.

BENS COMUNS: TRAGÉDIA OU OPORTUNIDADE?

No final da década de 1960, Garrett Hardin publicou o artigo que se tornou célebre em mérito aos bens comuns – *The Tragedy of the Commons*¹³ – no qual sustentava que os utilizadores de um bem comum ficam aprisionados em um sistema fatalista, na medida em que a degradação dos recursos naturais, dos quais dependem, é uma consequência inevitável.

Na tese de Hardin, que conquistou muitos seguidores, o processo de utilização dos recursos comuns culminaria, inexoravelmente, na destruição dos mesmos. Nesta perspectiva, conforme este autor, o problema ambiental resulta de dois fatores derivados da atividade humana: 1. O crescimento da população, que culminará no consumo excessivo dos recursos naturais; 2. A forma com que os seres humanos se organizam para extrair e explorar estes mesmos recursos. Para Hardin, a tragédia dos bens comuns se insere, necessariamente, em duas formas de organização: o regime centralizado pelo Estado (nacionalização) e o regime concentrado na propriedade privada (privatização). E, desde então, estas duas alternativas parecem ter sido as únicas vislumbradas pelo modelo dominante, tanto no horizonte jurídico e econômico, quanto do ponto de vista político.

11 A propósito e para aprofundamentos, consultar AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

12 LUCARELLI, Alberto. “Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni”. In: **Rivista IL TETTO**, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011.

13 HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. In: **Science**, New Series, vol. 162, Dec. 13, 1968, pp. 1243-1248.

Elinor Ostrom, primeira mulher a receber o Prêmio Nobel da Economia, em 2009, desafiou a teoria de Garrett Hardin apresentando uma nova forma e elaborando novas fórmulas para a gestão dos recursos comuns, dando protagonismo à comunidade de usuários e primando pela sustentabilidade socioambiental.

Seguindo uma trilha diametralmente oposta a Hardin, Ostrom buscou demonstrar que um conjunto de bens comuns destinados a vários indivíduos não está fatalmente destinado à escassez, ao desperdício ou à má gestão por parte dos seus utilizadores, e que a privatização ou a regulamentação por entidades externas não são as únicas alternativas, nem as soluções mais eficientes, para a gestão sustentável dos recursos.

Ostrom desenvolveu a teoria do “*Common pool resource*”¹⁴ a partir do estudo de casos específicos, elencando experiências empíricas de populações que obtiveram sucesso na gestão de recursos comuns. Conforme a autora, os resultados, neste tipo de gestão, são mais eficientes e inusitados se comparados com a previsão do modelo de Hardin, observando que nestas comunidades o comportamento dos agentes distancia-se do egoísmo e do individualismo apresentados, fatalisticamente, na abordagem do mesmo autor.

Contrariando à visão dominante, tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico, de que a gestão direta dos bens comuns pela multiplicidade dos seus usuários e beneficiários é via de regra ineficiente e que, portanto, estes bens devem estar submetidos ao controle estatal ou serem privatizados, Elinor Ostrom defendeu a tese de que patrimônios coletivos, como florestas, áreas agrícolas e outros recursos naturais, podem ser bem administrados pelos diretos interessados, por meio da cooperação entre indivíduos e associações que controlam a propriedade comunitária. Conforme a autora norte-americana, as associações acabam desenvolvendo mecanismos sofisticados para a tomada de decisões, criando regras próprias para a solução dos conflitos de interesse entre os membros da comunidade.

Na obra de Ostrom, o termo *common pool resources* indica os recursos naturais utilizados em comum por indivíduos e/ou grupos. A autora cita como exemplos

14 A propósito e para aprofundamentos, v. OSTRUM, Elinor, GARDNER, Roy & WALKER, James. Institutional Analysis and Common-Pool Resources. In: **Rules, games, and common-pool resources**. The University of Michigan Press, 1994.

o direito de pesca, os sistemas de irrigação, os cursos de água, sujeitos a uso exaustivo, em razão dos interesses individuais. Quando se trata de interesses conflitantes em relação a estes recursos, as soluções geralmente foram conduzidas na bifurcação entre regulação pública ou privatização do recurso. A Ostrom se deve a criação de uma terceira via: por meio de instituições cooperativas *ad hoc*, caracterizadas por serem organizadas e governadas pelos próprios utilizadores. Os grupos se apresentam, desta forma, como solução inovadora para resolver os problemas concernentes aos bens comuns.

Neste sentido, o impacto da teoria de Elinor Ostrom foi considerado por muito vértices revolucionário, posto que subverteu as aquisições convencionais em mérito à gestão dos bens comuns, demonstrando que os recursos comuns podem ser geridos com sucesso pelos próprios utilizadores. Ventilando soluções alternativas à claustrofóbica dicotomia privatização-nacionalização, Ostrom optava pelo autogoverno dos bens comuns que, segundo a autora, atinge melhores resultados do que quando é objeto de regulamentação externa e de gestão pelos governos ou pelas empresas. Pela atenção atribuída aos recursos naturais sua obra se tornou central nos debates sobre a proteção ambiental.

A originalidade da contribuição de Ostrom também se encontra na compreensão das condições de possibilidade de autogoverno que está, em parte, na natureza do seu argumento institucionalista. A autora parte de uma distinção dos direitos de propriedade e das regras pertinentes, ou seja, aquelas usadas para criar e fazer cumprir os direitos de propriedade, e sublinha que os direitos de propriedade e as respectivas regras informam nossa percepção dos problemas de degradação dos recursos e, de consequência, as prescrições para resolver os referidos problemas. Por isso a autora focaliza, primeiro, o direito estabelecido no nível operacional, por meio do qual se pode assegurar o acesso físico ao bem e aos seus frutos e, depois, o direito formalizado no nível da escolha social, por meio do qual se assegura a participação na definição dos direitos futuros¹⁵.

15 SCHALAGER, Edella & OSTROM, Elinor. "Property Rights and Coastal Fisheries: An empirical analysis", in McGINNIS, Michael Dean (Ed.). **Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis** (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series) University of Michigan Press, 1999, pp. 87-89, *apud* ACOFORADO, Ihering Guedes. "Elinor Ostrom e a economia ecológica: uma nota" in **Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica**. Edição especial **Elinor Ostrom**: um toque feminino, nº 21, maio-agosto de 2009 (pp. 13-18),

E, apoiada nesta constatação, ancora sua fundamentação do autogoverno num duplo exercício dos direitos subjetivos estabelecidos no âmbito da propriedade: por um lado o direito ao acesso físico e aos frutos dos recursos naturais e, por outro lado, o direito a definir os direitos futuros de acesso físico e aos frutos adequados às novas realidades futuras.

Como observa Ihering Guedes Acoforado, esta democratização radical dos direitos de propriedade que se encontra na base do *approach* e do *framework* de Elinor Ostrom, em conjunção com os jogos policêntricos e a sua modelagem do processo político em múltiplas escalas inseridas no seu *framework*, configuram as condições de possibilidade de não só analisar esta transição na direção a uma *Economia Ecológica*, mas também de configurar a própria *Economia Ecológica*¹⁶.

A partir do estudo de casos práticos sobre a governança de recursos de bens comuns, Elinor Ostrom elaborou um conjunto de princípios e regras para a governança da propriedade coletiva, desenhando um sistema de gestão de bens comuns por parte da comunidade de utilizadores, ao escopo de evitar a sobre-exploração e o uso exaustivo dos recursos comuns, definindo, assim, os vetores de ações e hábitos que servem de medida cautelar ao risco de escassez.

Segundo a autora¹⁷, os oito princípios necessários para garantir a gestão otimizada dos recursos comuns são: 1. Delimitação clara dos recursos/bens comuns e dos seus utilizadores; 2. Regras de utilização e gestão definidas a partir da adequação ao contexto de referência, considerando aspectos e variantes como época, espaço, tecnologias disponíveis, quantidade de recursos disponíveis, entre outras peculiaridades locais; 3. Os utilizadores e beneficiários diretos devem poder participar do processo de definição e adaptação das próprias regras, estabelecendo acordos coletivos vinculantes; 4. Os fluxos de benefícios proporcionados pela gestão comum devem ser proporcionais aos custos de

p. 18. Sobre a "escolha pública", v. OSTROM, Vincent & OSTROM, Elinor. **Developing a Framework for the Analysis of Institutions**. Public Choice: A Different Approach to the Study of Public Administration. In: McGINNIS, Michael Dean (Ed). **Polycentric Games and Institutions**: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis. University of Michigan Press, 2000, pp. 34-55.

16 ACOFORADO, Ihering Guedes, *op.cit.*, p. 18.

17 OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: the evolution of institutions for collective action. Indiana University: University Press, 1990, pp. 90-102.

utilização; 5. As regras da comunidade devem ser reconhecidas e respeitadas pelas autoridades externas; 6. A monitoragem deve ser uma prática contínua e as regras estabelecidas devem ser respeitadas por todos os utilizadores, com penalizações para os transgressores; 7. Deve ser facilitado o acesso a meios de resolução de conflitos, os membros da comunidade devem dispor do sistema de resolução de conflitos que considere conveniente; 8. As atividades se estruturam em rede – apropriação, conservação, monitoramento e sistema sancionatório, resolução dos conflitos e outras atividades de *governance* – por meio de uma conexão na gestão de recursos de menor escala com os de maior escala, partindo do particular para o geral.

Em um trabalho publicado em 2001, Elinor Ostrom e Margaret McKean definiram o que são regimes de propriedade comum. Conforme as autoras, “propriedade comum” ou “regime de propriedade comum” refere-se aos arranjos de direitos de propriedade nos quais grupos de usuários compartilham direitos e responsabilidades sobre os recursos; o termo “propriedade” se relaciona com instituições sociais e não com as qualidades naturais ou físicas inerentes aos recursos¹⁸.

Nesta perspectiva, o “regime de propriedade comum” se constitui sobre recursos de acesso comum, que passam a ser regulados por um grupo de forma coletiva, com regras de manejo de inclusão e exclusão de usuários, atingindo áreas florestais, pesqueiras, hidrográficas, em várias regiões do planeta.¹⁹

Seguindo contracorrente em relação às reformulações promovidas pela *regulation* de base econômica que impera nos processos de globalização, Elinor Ostrom estabeleceu duas contraposições importantes. Em primeiro lugar, negou, teórica e empiricamente, que os problemas vinculados à insustentabilidade ambiental fossem mecanicamente oriundos das formas de uso comum da natureza praticadas por pescadores, camponeses ou povos dedicados ao extrativismo

18 OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret. Regimes de propriedade comum em florestas: somente uma relíquia do passado? In: DIEGUES, Antonio Carlos; MOREIRA, André de Castro (Org.). **Espaços e recursos naturais de uso comum**. São Paulo: Nupaub- USP, 2001 (pp. 79-95), p. 80, *apud* RAMALHO, Cristiano. “Páginas da resistência: os escritos de Elinor Ostrom”. In: **Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica**. Edição especial Elinor Ostrom: um toque feminino. Nº 21, maio-agosto de 2009 (pp. 9-12), p. 11.

19 OSTROM, Elinor; TUCKER, Catherine. “Pesquisa multidisciplinar relacionando instituições e transformações florestais”. In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). **Ecossistemas florestais: interações homem-ambiente**. São Paulo: Editora Senac; Edusp, 2009 (pp. 109-138), p. 135.

florestal – em síntese, o que alguns categorizam como “populações tradicionais”. Em segundo, revelou que os “regimes de propriedade comum”, que datam de tempos remotos das antigas organizações sociais, têm ocupado papel de destaque no uso sustentável da natureza em nossos dias – naquele mesmo sentido em que, seguindo um percurso teórico que parte de premissas bem distintas, Boaventura de Sousa Santos destaca a “necessidade de aprender com o sul”²⁰.

Conforme Ostrom e McKean²¹:

Se a humanidade depende da máxima exploração sustentável oferecida por um sistema de recursos, torna-se essencial um mútuo, cuidadoso e bem sintonizado uso dos mesmos. Regimes de propriedade comum são, essencialmente, maneiras de institucionalizar e orquestrar esse tipo de sintonia fina no uso de sistemas de recursos, quando estes são pressionados em direção a seus limites.

E, como observa Cristiano Ramalho²², por conta disso tudo, os escritos de Ostrom são também um encontro com as formas de resistência das populações tradicionais, especialmente no que diz respeito à defesa de seus territórios ancestrais de morada e/ou trabalho.

Suas obras ecoam na academia como um forte e consistente sopro de qualidade e de resistência intelectual, que agrega construções teórico-metodológicas inovadoras e diálogos íntimos e profícuos com os modos de vida e, portanto, de manejos tradicionais sustentáveis praticados por pescadores, camponeses e povos da floresta no mundo²³.

Os estudos e pesquisas desenvolvidos por Elinor Ostrom revelam uma conclusão muito interessante: desde que o conjunto de princípios e regras de uso dos recursos comuns estejam bem definidos, compartilhados e respeitados por todos, consegue-se evitar a sobre-exploração dos bens comuns. Nesta perspectiva, a autora retoma as origens da gestão comunitária e do ideal de cooperação, numa abordagem que reforça a solidariedade e a cooperação, para

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho**. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.

21 OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret, *op. cit.*, p. 86.

22 C. RAMALHO, *op. cit.*, p. 11.

23 *Idem ibidem*.

alcançar o bem-estar social da comunidade. Assim, as teses de Ostrom foram enquadradas no domínio da equidade, da cooperação e da boa governança²⁴.

Contudo, pautando-se na apologia do autogoverno e privilegiando uma abordagem notadamente marcada pelo individualismo e pelo pragmatismo tipicamente norte-americanos, a autora não mascara a desconfiança em relação às prestações estatais, característica do liberalismo de corte anglo-saxão. As soluções apresentadas seguem no sentido de considerar a multiplicidade dos atores, criando um sistema que consinta o pleno envolvimento destes no processo decisional, mas a própria autora reconhece que a ação coletiva necessita, todavia, de coordenação e de medidas apropriadas para a preservação ambiental, dada a heterogeneidade dos grupos.

Neste ponto se revela a fragilidade das teses de Ostrom. E é por isso que, sem querer desmerecer a contribuição desta autora, que, sem sombra de dúvida, revelou-se profundamente fecunda para consolidar as bases da economia ecológica, torna-se necessário destacar que, no enquadramento da água como direito fundamental e bem comum, o Estado é um sujeito engajável, senão imprescindível certamente oportuno, no sentido de assegurar a tutela, a proteção e a promoção dos direitos à água, bem como da garantia do efetivo acesso ao bem tutelado, por meio do uso sustentável deste recurso, fundamental a todas as formas de vida e a todos os setores da produção socioeconômica.

Assim, para completar o quadro de reflexões sobre a governança democrática dos bens comuns e, no caso do objeto específico deste trabalho, da água como bem comum, no sentido de uma governança que não se contrapõe ao Estado, nem se afasta das garantias do constitucionalismo democrático, mas busca sinergias entre os diferentes atores engajáveis na proteção dos bens comuns, pautadas na inclusão, participação e responsabilização destes atores, considera-se profícua a proposta lançada por Alberto Lucarelli no sentido de ultrapassar dicotomias e

²⁴ Para aprofundamentos, v. dois textos publicados mais recentemente: OSTROM, Elinor; VANWEY, Leah; MERETSKY, Vicky. Teorias subjacentes ao estudo das interações homem-ambiente. In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). **Ecossistemas florestais: interações homem-ambiente**. São Paulo: Editora Senac/Edusp, 2009. p. 41-81. OSTROM, Elinor. The Governance Challenge: Matching institutions to the structure of social-ecological systems. In: LEVIN, Simon (Ed.). **The Princeton Guide to Ecology**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

semânticas arcaicas e impulsionar a passagem “do público ao comum”, por meio de uma nova forma de Direito Público.

DO “PÚBLICO” AO “COMUM”

Hodiernamente, no quadro de fragmentação do interesse público e de privatização dos bens públicos, demonstra-se sempre mais evidente a necessidade de construir uma nova forma de Direito Público, capaz de abarcar as novas categorias jurídicas, econômicas e sociais, de modo a ultrapassar a relação *dominus-bem*, ou representá-la em condições diferentes. Nesta perspectiva, como reação aos processos degenerativos do espaço público e dos bens comuns – processos viabilizados também pela irresponsabilidade do sujeito público e por questionáveis opções do governo na Europa e na Itália –, Alberto Lucarelli propõe um percurso na direção “do público ao comum”²⁵.

Neste sentido, segundo o autor, é necessário, antes de tudo, imaginar uma nova forma de Direito Público que tutele e valorize os bens funcionais à efetiva tutela dos direitos fundamentais, bens coletivos e sociais, indo além das dicotomias público-privado e propriedade-gestão. Numa direção convergente com os fenômenos que ganham espaço a partir da cidadania ativa e da participação democrática de base, por meio dos quais se buscam direcionar as escolhas públicas na direção de formas de conservação dos bens considerados essenciais à satisfação das necessidades fundamentais de existência, subtraindo-lhes à tendência de depauperamento que deriva da gestão avulsa da sua destinação originária.

Fenômenos de base, expressões de conflitos, propostas, controles, estes são alguns sinais que Lucarelli destaca no fronte da mobilização social, alerta em relação às reiteradas tentativas de subtrair ao espaço público e, portanto, aos cidadãos, os bens cuja disponibilidade é funcional à efetividade dos direitos fundamentais.

Esta questão foi enfrentada, sob outro enfoque, talvez complementar, na ótica das intervenções de consolidação e ampliação do regime publicístico que deveria

25 LUCARELLI, “Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni”. In: **Rivista IL TETTO**, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011

governar estes bens, uma tentativa particularmente interessante realizada pela Comissão Rodotà²⁶, que nasceu de uma visão crítica do tradicional regime codicístico dos bens públicos na Itália. Uma visão crítica, portanto, do regime jurídico que se demonstrou superado e insuficiente para contrastar as operações de transferência dos bens públicos à satisfação de exigências privatísticas, na trilha da tendência que se tornou hegemônica nos últimos anos – não só na Itália, como também nos principais países da União Europeia e nas diretrizes da UE – fundada na ótica econômica da eficiência lucrativa e do *new public management*, transportando técnica e princípios da gestão empresarial para a administração e para a gestão da coisa pública²⁷.

Como observa Alberto Lucarelli, seguindo a cartilha das novas disciplinas da *law and economics* e do *new public management*, a entrada do sujeito público na arena mercantil – por meio de sociedades por ações públicas ou mistas e por meio de atos sempre mais contaminados pelo direito privado e societário, e escolhas que orientaram serviços e bens públicos na direção do lucro – desconsiderou aquela parte da Constituição italiana que desenhava o Estado como expressão e instrumento da coletividade, e não de grupos particulares. Este processo degenerativo gerou na Itália um sinistro entrelaçamento público-privado, que tornou difícil a identificação das recíprocas responsabilidades, deslocando

26 Lucarelli, na obra citada, faz referência à Comissão Rodotà, designada pelo governo Prodi para modificar a parte do Código Civil italiano relativa à propriedade pública. A proposta de modificações apresentada pela Comissão em 2008 previa uma revolucionária leitura dos bens públicos: antividualista e antidomínial e, sobretudo, pela primeira vez introduzia a noção jurídica de bem comum.

27 Para um estudo articulado sobre as principais tendências atuais da Administração Pública e uma visão crítica sobre as flexibilizações impulsionadas pelo *new public management*, consultar DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. O “*new public management*”, que começa a ganhar corpo na era Regan-Tacher, foi articulado em termos teóricos, ganhando espaço no debate sobre as reformas da Administração Pública em diferentes partes do globo, com a obra de OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. ed. Brasília, DF: MH Comunicação, 1995. Para uma visão crítica sobre esta mesma temática no contexto brasileiro hodierno consultar PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma Nova Gestão Pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. Especificamente no que tange aos referenciais teóricos relacionados com a governança pública, o trabalho e a articulação em redes, consultar BRAUN NETO, Jorge; GÖHRING, Larissa Berner. A Coprodução do Bem Público em Praxis: o caso CAS/AE-BAS. **IV Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social**. Lavras: Anais Eletrônicos, 2010. Para reflexões sobre as relações entre governança democrática e desenvolvimento, v. MCGINNIS, Michael Dean (Ed.). **Polycentric governance and development**: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series) University of Michigan Press, 1999, pp. 166-185; OSTROM, Vincent; FEENY David; PITCH Hartmut (Ed). **Rethinking institutional analysis and development**: issues, alternatives, and choices. ICS Press, 1993.

para zonas cinzentas a satisfação dos interesses públicos e gerais, favorecendo fenômenos de ilegalidade difusa na Administração Pública.

As flexibilizações impulsionadas pelo *new public management*, redefiniram, na prática, os confins do espaço público e privado, criando uma ampla zona de indiferenciação e transferências de alto risco para a tutela dos direitos fundamentais, num caminho de mão dupla: por um lado a transferências de bens públicos para a satisfação de exigências privatísticas de ordem econômica; por outro lado a importação de regras econômicas e a paulatina introjeção das técnicas e dos princípios da gestão empresarial no setor da administração pública. Este processo degenerativo, que coloca em segundo plano a normatividade do Direito Constitucional e Administrativo, levou alguns autores a falar da revogação tácita da Constituição e do fim do Estado de bem-estar como foi conhecido na segunda metade do século XX, por meio da passagem da “forma Estado à forma mercado”²⁸.

Buscando confrontar o depauperamento do Estado de bem-estar social e reconduzir as escolhas de governo à tutela dos direitos fundamentais e aos princípios da democracia social contemplados na Constituição italiana, o trabalho e a proposta da Comissão Rodotà, depois desconsiderados pelo governo Berlusconi, em efeito, foram além da proposta de modificar o regime civilístico dos bens públicos, propondo uma categoria nova e diferente: a categoria “bens comuns”, cuja titularidade é reconduzida à coletividade e cuja disciplina se deveria fundar sobre alguns princípios fundamentais que remontam substancialmente à ideia da sua indisponibilidade de fundo, exatamente porque os bens comuns constituem a bagagem fundamental e inamovível para satisfação das necessidades primárias de qualquer pessoa.

Na proposta de um novo Direito Público, lançada por Alberto Lucarelli, ultrapassar os limites do Direito Público social, ancorado nas superadas dicotomias “*democracia da representação X democracia da participação*” e “*propriedade pública X propriedade privada*” significa, antes de tudo, tomar em consideração força e vontade para completar o percurso de democratização no plano da efetividade; significa que a única e verdadeira grande reforma é “fazer viver” aquelas partes

28 A propósito, consultar AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

da Constituição²⁹ inaplicadas, negligenciadas, violadas. A ideia, portanto, é olhar os bens públicos e os bens comuns, não apenas como satisfação dos interesses do *dominus*, mas, sobretudo, na sua concreta capacidade de ampliar faixas de utilidade coletiva. “Atuar partes da Constituição para ir além da Constituição”, conforme o autor, significa ter a vontade de atuar o Direito Público social, mas significa também imaginar outras estradas e novos espaços do público, ampliar as esferas da responsabilidade – que neste contexto são responsabilidades difusas – em relação ao domínio do sujeito institucional público; significa imaginar para alguns bens a passagem “*do público ao comum*”.

Em relação ao cenário italiano, Lucarelli observa que:

Nella nostra Costituzione il rapporto funzionale bene-diritti fondamentali è stato disatteso, o comunque è stato distrattamente affrontato; bisogna invece ripartire da tale rapporto con la consapevolezza che la protezione dei diritti fondamentali sia strettamente connessa al governo dei beni comuni, dei beni sovrani, dei beni sociali, al di là della natura giuridica della proprietà, sia essa collettiva, pubblica o privata³⁰.

As reflexões oferecidas por Lucarelli, pensando o contexto italiano, revelam-se oportunas para o cenário europeu, que titubeia na tomada de decisões fundamentais de governo para a superação da crise econômica em ato, e se demonstram estimulantes para confrontar e acautelar os danos causados pela hegemonia da globalização econômica em diferentes partes do planeta. Uma mudança de direção na tutela dos direitos fundamentais, dos bens comuns e interesses coletivos e difusos envolve a necessidade de criar sinergias entre os diferentes atores e setores da sociedade e a responsabilização dos mesmos.

29 Lucarelli faz referência à Constituição italiana de 1948, mas a observação se enquadra perfeitamente no cenário brasileiro e no contexto das novas tendências do constitucionalismo latino-americano, em que a distância entre os direitos fundamentais contemplados nos textos constitucionais e os direitos efetivamente concretizados no sentido se garantir materialmente o acesso aos bens tutelados é ainda significativamente ampla.

30 “Na nossa Constituição a relação funcional bem-direitos fundamentais é marcada pela desatenção ou, poderia-se dizer, tem sido afrontada distraidamente. É necessário recomençar a partir desta relação com a consciência de que a proteção dos direitos fundamentais está estreitamente conexas ao governo dos bens comuns, dos bens soberanos, dos bens sociais, indo além da natureza jurídica da propriedade, seja esta coletiva, pública ou privada”. Cfr. LUCARELLI, Alberto, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un’occasione perduta?* In: U. MATTEI, U. REVIGLIO; S. RODOTÀ (org.). **I beni pubblici**. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2010, p. 85 e seguintes.

Uma mudança de rumos, neste sentido, envolve a decisão de construir um direito público efetivo, capaz de regular “público” e “comum”, que saiba impedir ou neutralizar os abusos do sujeito público (o chamado “abuso do direito”, ou da burocracia) e as suas tendências negociais sobre bens coletivos e públicos. Um direito público que, em mérito à gestão dos bens comuns e dos bens sociais, estreitamente funcionais à satisfação dos direitos sociais e não orientados ao mercado e ao lucro, saiba atribuir ao sujeito público as oportunas responsabilidades de gestão e de controle³¹. Enfim, a exigência, em mérito aos bens comuns, de um governo público participativo, que compreenda, portanto, a dimensão do “comum” compartilhado.

Em substância, a proposta de Lucarelli propugna por uma inversão de tendência, por meio da edificação de um direito público apto a se relacionar com uma nova categoria de bens comuns e com as novas categorias da participação democrática, a fim de reconduzir os serviços públicos essenciais à tutela dos direitos fundamentais.

Un diritto pubblico partecipato che, anche in linea con l’art. 43 della Costituzione, che potrà costituire la *Grundnorm* del governo pubblico partecipato, sappia riproporre il grande discorso dei beni sociali e la sua ricaduta sui diritti, nonché sugli aspetti occupazionali, che riacquisti un ruolo centrale di indirizzo e di gestione in settori di primario interesse sociale quali la scuola, l’abitazione, la sanità, l’ambiente, la sicurezza sociale, la formazione professionale, i trasporti, l’assetto urbanistico, la difesa del suolo³².

Um direito público participativo, inclusivo, “democratizante da democracia”³³,

31 A. LUCARELLI. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. In: **Quale Stato**, 3-4, 2007, pp. 87 e seguintes.

32 “Um direito público participativo que, também alinhado com o art. 43 da Constituição [italiana], poderá constituir a *Grundnorm* do governo público participativo, que saiba repropor o discurso dos bens sociais e o seu impacto sobre os direitos, e os aspectos trabalhistas, que reconquiste um papel central de direcionamento e de gestão em setores de interesse social primário, como a escola, a moradia, a saúde, o ambiente, a segurança social, a formação profissional, os transportes, a organização urbanística, a defesa da terra”. A. LUCARELLI, **Du public au commun**, *op. cit.*, p.

33 Sobre a democratização da democracia, no sentido de expandir a democratização de modo efetivo a setores mais amplos da vida social, consultar a obra que se tornou um clássico: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. E neste sentido, é oportuno sublinhar que, como observa J. J. Gomes Canotilho, a democratização da democracia exprime também o sentimento de irredutibilidade da democracia como forma de vida à chamada sociedade pluralista organizada. Não basta o reconhecimento da pluralização das deman-

consciente, portanto, do novo e amplo arquipélago de comitês, de movimentos, de associações representativas, de interesses gerais e antagonistas que, bem além das categorias dos *stakeholders*, procura espaços na determinação dos processos decisoriais.

Nesta perspectiva, imaginar um direito público participativo significa antes de tudo rever as dinâmicas dos processos decisoriais e evitar que fenômenos participativos democráticos se transformem em processos de cooptação, ou em aplicações ambíguas do princípio da subsidiariedade, entendido equivocadamente como instrumento para “descarregar” sobre os cidadãos as responsabilidades da gestão dos serviços públicos. Princípio que, além da vocação solidária, tenderia no seu íntimo a gerar formas de desigualdade também em relação aos territórios interessados.

Neste sentido, ir além do direito público social significa antes de tudo evitar que a participação nos processos instrutórios, decisoriais e de controle, seja domínio e monopólio de pequenos grupos ligados a partidos, sindicatos, associações de matriz religiosa, ou que, pior ainda, seja unicamente utilizado para esconder outros interesses. Além disso, esta nova forma de direito público social-participativa deve levar em conta a nova e deflagrante categoria da *cyberdemocracia*, ou seja, a emergência de novos espaços públicos nos quais todos podem expressar *on-line* a própria opinião, com a realização de fóruns e grupos de discussão permanentes, que fogem às tradicionais barreiras políticas e geográficas.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Seguindo contracorrente em relação às reformulações promovidas pela *regulation* de base econômica que impera nos processos de globalização e que prioriza

das se os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: “Daí a exigência de participação no controle das hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do direito de participação garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Concluindo: os direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão”; cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p.546.

o princípio da eficiência em detrimento da efetividade dos direitos individuais, coletivos e difusos, Elinor Ostrom estabeleceu duas contraposições importantes. Em primeiro lugar, negou, teórica e empiricamente, que os problemas vinculados à insustentabilidade ambiental fossem mecanicamente oriundos das formas de uso comum da natureza praticadas pelas chamadas “populações tradicionais”. Em segundo, revelou que os “regimes de propriedade comum”, que datam de tempos remotos das antigas organizações sociais, têm ocupado papel de destaque no uso sustentável da natureza em nossos dias, naquele mesmo sentido em que, seguindo um percurso teórico que parte de premissas bem distintas, Boaventura de Sousa Santos destaca a “necessidade de aprender com o sul”.

Nesta direção de sentido, a valorização do saber das comunidades tradicionais e da contribuição das diferentes culturas para vislumbrar maiores e melhores oportunidades na criação de modelos de produção que primem pela sustentabilidade socioambiental atenta à preservação dos bens comuns e dos ciclos regenerativos da natureza, é uma tendência que ganha sempre maior espaço no plano jurídico-formal, tendo sido positivada, protegida e promovida em diferentes documentos internacionais, tanto na sede ONU quanto UE, e se apresenta como elemento caracterizante do chamado “novo constitucionalismo latinoamericano”³⁴. Existe, contudo, uma diferença fundamental na base das teorizações que ocasionaram estas evoluções normativas: na base das teorias da economia ecológica encontra-se a ideia da natureza como recurso econômico, mesmo quando afastado dos vínculos de titularidade da propriedade individual; na base do novo constitucionalismo latinoamericano a natureza é considerada uma entidade com direitos próprios, a *Pachamama*, *Madre Terra*, ou *Mãe natureza*, espaço onde se criam e se desenvolvem todas as formas de vida. Nesta diferenciação as modalidades de governo e gestão dos bens comuns partem de princípios divergentes, fundados respectivamente, por um lado na ética antropocêntrica (mesmo se coligada a uma visão ecológica); e por outro, em uma visão biocêntrica, na qual o homem não ocupa necessariamente uma posição hierárquica superior na teia da vida.

34 A propósito das tendências que permitem falar de um “novo” constitucionalismo latinoamericano v. MELO, Milena Petters. MELO, Milena Petters. Neocostituzionalismo e “nuevo constitucionalismo”. In: America Latina, in **Diritto Comparato ed Europeo**. Torino: Giapichelli, 2012 – II, p. 342-354.

Como foi possível observar, os estudos e pesquisas desenvolvidos por Elinor Ostrom revelam uma conclusão muito interessante: desde que o conjunto de princípios e regras de uso dos recursos comuns estejam bem definidos, compartilhados e respeitados por todos, consegue-se evitar a sobre-exploração dos bens comuns. Nesta perspectiva, a autora retoma as origens da gestão comunitária e do ideal de cooperação, numa abordagem que reforça a solidariedade e a cooperação, para alcançar o bem-estar social da comunidade, no âmbito da equidade e da boa governança. Contudo, pautando-se na apologia do autogoverno e privilegiando uma abordagem notadamente marcada pelo individualismo e pragmatismo, Elinor Ostrom não se desvincula da desconfiança em relação às prestações estatais, característica do liberalismo de corte anglosaxão. As soluções apresentadas nos seus estudos seguem no sentido de considerar a multiplicidade dos atores, criando um sistema que prime pelo pleno envolvimento destes atores no processo decisional, mas a própria autora reconhece que a ação coletiva necessita, todavia, de coordenação e de medidas apropriadas para a preservação ambiental, dada a heterogeneidade dos grupos. Neste ponto se destacou a fragilidade das teses de Ostrom para os fins deste trabalho. Não obstante a sua enorme contribuição para consolidar as bases da economia ecológica, é necessário reiterar que, no enquadramento da água como direito fundamental e bem comum, o Estado é um sujeito engajável, senão imprescindível certamente oportuno, no sentido de assegurar a tutela, a proteção e a promoção dos direitos à água, bem como da garantia do efetivo acesso ao bem tutelado, por meio do uso sustentável deste recurso, fundamental a todas as formas de vida e a todos os setores da produção socioeconômica.

As reflexões oferecidas por Lucarelli, pensando o contexto italiano, apresentam-se profícuas também para o cenário europeu – que titubeia na tomada de decisões fundamentais de governo para a superação da crise econômica em ato – e se demonstram igualmente estimulantes para confrontar e acautelar os danos causados pela hegemonia da globalização econômica em diferentes partes do planeta. Uma mudança de direção na tutela dos direitos fundamentais, dos bens comuns e interesses coletivos e difusos envolve a necessidade de criar sinergias entre os diferentes atores e setores da sociedade e a responsabilização

dos mesmos. É neste sentido que a proposta lançada por Lucarelli, de um novo Direito Público, afasta-se da ideia de autogoverno defendida por Elinor Ostrom: existe uma diferença sutil, mas contundente, entre iniciativas espontâneas da sociedade civil e ações da sociedade civil organizada com base na defesa de direitos fundamentais e de bens comuns, que contam com as garantias do Estado Democrático de Direito, suas instituições e estrutura, último “forte Apache” de defesa dos direitos sociais³⁵.

Enfim, a passagem *do público ao comum*, por meio do diálogo sinérgico entre os diferentes atores e setores da sociedade, não significa apenas redimensionar os espaços públicos, mas subtrair ao sujeito público o domínio autoritário de tais espaços, a fim de garantir, com modalidades e finalidades mais democráticas, os direitos fundamentais dos cidadãos. Esta transformação, que se apresenta em consonância com os desafios colocados atualmente para a tutela do direito fundamental à água como prerrogativa das comunidades, poderá se realizar apor meio de formas experimentais do governo público-participativo dos bens comuns.

O fato de que não existem caminhos prontos e estradas seguras para alcançar estes objetivos não significa que estes não sejam percorriáveis. Como observava Paulo Freire, *“Se as coisas não são possíveis ora, não é motivo para não querê-las. Que tristes os caminhos, não fora, a presença distante das estrelas”*.

E no mundo atual a constelação dos bens comuns se apresenta de forma sempre mais evidente – mesmo se contracorrente em relação à hegemonia da globalização econômica –, ganha brilho e substância por meio das inovações introduzidas pelo novo constitucionalismo latino-americano, através dos estudos em prol de um novo Direito Público, novas experiências de governo e governança democrática, iniciativas da sociedade civil organizada, estatutos transnacionais como a Carta da Terra, despontando como temática fundamental para novos pactos sociais da diversificada comunidade humana em sintonia com a sustentabilidade socioambiental e com as prerrogativas da *Mãe natureza*.

35 A ideia do Estado de bem-estar, suas instituições e estrutura, como último “forte Apache” de defesa dos direitos sociais, é proposta por Carlo Amirante na obra citada **Dalla forma stato alla forma mercato**.

ACOFORADO, Ihering Guedes. "Elinor Ostrom e a economia ecológica: uma nota". *In: Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica*. Edição especial Elinor Ostrom: um toque feminino, n° 21, Maio-agosto de 2009, pp. 13-18.

AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

BRAUN NETO, Jorge; GÖHRING, Larissa Berner. A Coprodução do Bem Público em Praxis: o caso CAS/AEBAS. **IV Encontro** Nacional de Pesquisadores em Gestão Social. Lavras: Anais Eletrônicos, 2010.

BRIGANTI, Renato. **Il diritto all'acqua**: tra tutela dei beni comuni e governo deiservizi pubblici. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra:Almedina, 1993.

DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

HARDIM, Garrett. The Tragedy of the Commons: *In: Science*, New Series, Vol. 162, Dec. 13, 1968, pp. 1243-1248.

GORDON, H.S. The Economic Theory of a Common-Property Resource: The fishery. **Journal of Political Economy**, (62): 124-142, 1954.

KISER, L.L & OSTROM, Elinor. The three worlds of action: a meta-theorycal synthesis of institutional. *In: McGINNIS, Michael Dean, (Ed.) Polycentric Games and Institutions*. The University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2000, pp. 57-88.

LUCARELLI, Alberto. "Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni". *In: Rivista IL TETTO*, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011.

LUCARELLI, Alberto, Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta? *In: U. MATTEI, U. REVIGLIO; S. RODOTÀ (Org.). I beni pubblici*. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile. Roma: Accademia Nazionale dei Licei, 2010.

LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. *In: Quale Stato*, 3-4, 2007, pp. 87 e seguintes.

McGINNIS, Michael Dean (Ed.). Polycentric governance and development: readings from the Workshop. *In: Political Theory and Policy Analysis* (Institutional analysis Materials. *In: Landscape Architecture and Site Design Series*) University of Michigan Press, 1999, pp. 166-185.

MELO, Milena Petters. Neocostitucionalismo e “nuevo constitucionalismo” *in America Latina*. *In: Direito Comparato ed Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012 – II, p. 342 -354.

MELO, Milena Petters. Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship, *In: KLAUS, Mathis (ed.). Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Heidelberg-London-NewYork: Springer, 2011, pp. 138-161.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. 6. ed. Brasília, DF: MH Comunicação, 1995.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: the evolution of institutions for collective action. Indiana University: University Press, 1990, pp. 90-102.

OSTROM, Elinor; McKEAN, Margaret. Regimes de propriedade comum em florestas: somente uma relíquia do passado? *In: DIEGUES, Antonio Carlos; MOREIRA, André de Castro (Org.). Espaços e recursos naturais de uso comum*. São Paulo: Nupaub- USP, 2001 (pp. 79-95), p. 80.

OSTROM, Elinor; TUCKER, Catherine. “Pesquisa multidisciplinar relacionando instituições e transformações florestais”. *In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). Ecosistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac; Edusp, 2009 (pp. 109-138), p. 135.

OSTROM, Elinor, GARDNER, Roy & WALKER, James. Institutional Analysis and Common-Pool Resources. *In: Rules, games, and common-pool resources*. The University of Michigan Press, 1994.

OSTROM, Vincent & OSTROM, Elinor. Developing a Framework for the Analysis of Institutions. Public Choice: A Different Approach to the Study of Public Administration. *In: McGINNIS, Michael Dean (Ed). Polycentric Games and Institutions: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. University of Michigan Press, 2000, pp. 34-55.

OSTROM, Elinor; VANWEY, Leah; MERETSKY, Vicky. Teorias subjacentes ao estudo das interações homem-ambiente. *In: MORAN, Emilio; OSTROM, Elinor (Org.). Ecosistemas florestais: interações homem-ambiente*. São Paulo: Editora Senac/Edusp, 2009. p. 41-81.

OSTROM, Elinor. The Governance Challenge: Matching institutions to the structure of social-ecological systems. *In: LEVIN, Simon. (Ed.) The Princeton Guide to Ecology*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

OSTROM, Vincent; FEENY David; PITCH Hartmut (Ed). **Rethinking institutional analysis and development: issues, alternatives, and choices.** ICS Press, 1993.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma Nova Gestão Pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

RAMALHO, Cristiano. "Páginas da resistência: os escritos de Elinor Ostrom". *In: Boletim da sociedade brasileira de economia ecológica.* Edição especial Elinor Ostrom: um toque feminino, nº 21, maio-agosto de 2009, pp. 9-12.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho.** Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.

SCHAEFER, M.B. Some considerations of population dynamics and economics in relation to the management of commercial marine fisheries. **Journal of the Fisheries Research Board of Canada**, 1957, pp. 669-681.

SCHALAGER, Edella & OSTROM, Elinor. Property Rights and Coastal Fisheries: An empirical analysis. *In: McGINNIS, Michael Dean (Ed.). Polycentric governance and development: readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional analysis Materials in Landscape Architecture and Site Design Series)* University of Michigan Press, 1999, pp. 87-89.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima. **O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina.** INTERthesis (Florianópolis), v. 9, p. 51-69, 2012.

WOLKMER, Maria de Fátima. O novo direito humano à água. *In: WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato. (Org.). Os Novos Direitos no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 185-218.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. "O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional". *In: BRAVO, Alvaro Sánchez. Água & derechos humanos.* Sevilha, Espanha: ArCiBel Editores, 2012.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. "Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos. Governança democrática na crescente interdependência global". *In: BRAVO, Alvaro Sánchez (Org.). Sostenibilidad Ambiental Urbana.* Sevilha: ArCiBel Editores, 2012, v. , p. 515-557.