

COSMOLOGIA AMERÍNDIA E A GESTÃO DAS ÁGUAS PELOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL ¹

AMERICAN COSMOLOGY AND WATER MANAGEMENT BY INDIGENOUS PEOPLE IN BRAZIL

Álison José Maia Melo²

Tiago Seixas Themudo³

Resumo: É objetivo deste artigo analisar, em que medida, elementos característicos das culturas indígenas da América do Sul têm impregnado e transformado o campo jurídico de vários países da região. O perspectivismo ameríndio, transformado em ferramenta jurídica, tem conferido uma nova força constitucional nestes países em defesa das comunidades tradicionais e do meio ambiente. Em seguida, avalia-se a legislação brasileira no que concerne à autonomia concedida às comunidades indígenas na gestão dos recursos naturais presentes em suas reservas. Conclui-se que, diante do silêncio legislativo no caso brasileiro, abre-se espaço para as iniciativas dos atores locais para realizar a gestão da água segundo seus costumes e, diante da impossibilidade de interpretação da legislação nacional adaptada às peculiaridades das comunidades indígenas, a importação da legislação equatoriana seria recomendável, embora de modo subsidiário e a título persuasivo, sem força normativa real.

Palavras-chave: Direito indígena. Água. Saneamento básico. Cosmologia indígena. Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze to what extent characteristic elements of South American indigenous cultures have permeated and transformed the legal field of several countries in the region. Amerindian perspectivism, transformed into a legal tool, has given a new constitutional force in these countries in defense of traditional communities and the environment. Then, the Brazilian legislation regarding the autonomy granted to indigenous communities in the management of the natural resources present in their reserves is evaluated. It is concluded that, given the legislative silence in the Brazilian case, there is room for initiatives by local actors to carry out water management according to their customs and, given the impossibility of interpreting national legislation adapted to the peculiarities of indigenous communities, Importation of Ecuadorian legislation would be advisable, albeit in a subsidiary and persuasive manner, without real normative force.

Keywords: Indigenous rights. Water. Basic sanitation. Indigenous cosmology. New Latin American Constitutionalism.

¹ Artigo recebido em 17/8/2019 e aprovado em 09/10/2019.

² Doutor em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Assistente do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). ORCID ID: 0000-0001-8453-8884.

³ Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Ceará (UFC) (1997), mestrado em Psicologia (Psicologia Clínica) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (1999) e doutorado em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC) (2004). Atualmente é professor em tempo integral do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Privado e Relações Sociais; titular da disciplina de Antropologia Jurídica à luz do Direito Privado. Coordenador do grupo de Pesquisa em Teorias do Desenvolvimento e Direito Privado. ORCID ID: 0000-0001-6272-2963.

Introdução

Por mais paradoxal que possa soar, a cultura indígena está cada vez mais presente na cultura jurídica contemporânea. Indício dessa afirmação é a crescente importância das práticas restaurativas em vários campos do direito. Elaboradas no contexto de sociedade não hierarquizadas, ou seja, sem Estado, a justiça indígena busca não punir, mas restaurar a qualidade dos laços sociais, a unidade da comunidade (CLASTRES, 2003). Surpreende a eficácia desta perspectiva jurídica no mundo contemporâneo, que vem garantindo celeridade aos processos e restaurando laços familiares e comunitários. O novo Código de Processo Civil, por exemplo, transformou a mediação e a arbitragem, enquanto modalidades restaurativas em formas judiciais legítimas (THEMUDO, RODRIGUES, 2015).

A cultura indígena tem-se feito presente também nos processos de reestruturação de Estados sul-americanos na primeira década do nosso século. O fenômeno do constitucionalismo andino revela a importância da cosmovisão indígena nas políticas de preservação de comunidades tradicionais e do meio ambiente. Nesse contexto, coloca-se, em especial, a premissa de que a aproximação entre os imaginários indígenas seria razão para alavancar a possibilidade de utilização de soluções jurídicas decorrentes desse imaginário comum.

A presente pesquisa busca investigar, a partir da enorme discrepância entre a legislação brasileira e a equatoriana acerca da gestão de águas e da prestação dos serviços de saneamento básico – em especial o acesso à água potável e a equipamentos de esgoto, alçados ao *status* de direitos humanos pela Organização das Nações Unidas em 2010 (MELO, 2014, p. 21) – se, diante da grave omissão legislativa nacional, seria possível a importação da proposta legislativa equatoriana. O objetivo da pesquisa consiste em trazer para as diversas comunidades indígenas no Brasil que fazem autogestão de águas e esgotos um respaldo jurídico maior, de molde a reduzir inseguranças jurídicas.

Metodologicamente, a pesquisa adota uma abordagem dedutiva, com recursos à literatura e a documentos. Um primeiro desafio da pesquisa foi investigar a possibilidade de aproximação e generalização das cosmovisões indígenas, não só entre as brasileiras, mas levando em conta a dos povos originários andinos, berço das inovadoras Constituições do marco do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, entre elas a do Equador, de 2008. Em seguida, apresenta-se a legislação equatoriana acerca da temática e contrapõe-se tal exposição com a realidade normativa brasileira. Ao final, enfrentando a temática, empreende-se um exame das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

e, com apoio do transconstitucionalismo, investiga-se a possibilidade de diálogo entre os sistemas.

1. Cosmologia ameríndia e o direito contemporâneo

A qualidade perspectiva do pensamento ameríndio, comum a muitas comunidades indígenas do continente sul-americano, segundo a qual o mundo é povoado por diferentes tipos de sujeitos, humano e não humanos, animados e inanimados, que o apreendem e expressam de forma distintas. Não se trata de uma versão florestal dos paradigmas antropológicos e jurídicos do relativismo e do universalismo (LIMA, 1995). Estes paradigmas estiveram vinculados e transformações jurídicas importantes, como a declaração dos direitos humanos, bem como multiculturalismo constitucional de vários Estados contemporâneos, mas que não devem ser confundidos com o regionalismo constitucional latino-americano, este sim derivado do perspectivismo ameríndio, e tema de nossa reflexão.

Essencialmente, o pensamento ameríndio estabelece uma outra concepção da tradicional separação ocidental entre “natureza” e “cultura”, entre o universal e o particular, o objetivo e o subjetivo, o físico e o moral, o corpo e o espírito, entre a animalidade e a humanidade etc. Enquanto o relativismo, como multiculturalismo, pressupõe a unicidade da natureza e a multiplicidade das culturas, a universalidade objetiva dos corpos físicos e da substância e particularidade subjetiva das almas, o pensamento ameríndio “suporia, ao contrário, uma unidade do espírito e uma diversidade dos corpos” (CASTRO, 1996, 116)

Isso implica uma apreensão diferente da tradicional relação entre cultura e natureza no ocidente, pensada em termos de oposição entre sujeito e objeto; tratou-se sempre de controlar e domesticar a natureza como forma de ascensão do civilizado. No perspectivismo, ao contrário, trata-se da relação entre sujeito e sujeito, entre duas entidades espirituais da mesma natureza e em reciprocidade; são entidades indissociáveis (PACINI, 2012). Para os índios Kaingang, habitantes de certas regiões do Rio Grande do Sul, humanos e não-humanos são considerados coletividades que se inter-relacionam e complementam. “Na cosmologia Kaingang [...] os animais e as plantas também são possuidores de espíritos” (LAPPE, LAROQUE, 2015, p. 152). Nessa perspectiva, a mata possui um espírito, chamado de *nen tân*, o rio possui um espírito, o *gój tân*, a serra, o *krin tân*. É na relação com a natureza que as comunidades indígenas encontram todos os elementos constituintes tanto de seu sistema adaptativo, sem os quais torna-se praticamente impossível organizar materialmente formas

viáveis de existência, quanto estruturação de seus universos simbólicos e morais (RIBEIRO, 1970). O sentido mesmo do etnônimo Kaingang é revelador dessa íntima fusão entre humanos e natureza: gente do mato. Trata-se de uma autoidentificação do grupo como parte da natureza, que “remete à noção de um meio ambiente determinado enquanto constitutivo de sua identidade” (LAPPE, LAROQUE, 2015, p. 154).

O perspectivismo indígena, enquanto sistema de interpretação da realidade, que confere significado e valor à realidade social, está diretamente articulado à forma de relação que as sociedades indígenas desenvolveram para determinar as relações das pessoas entre si e com a natureza. Formas de ver, formas de se relacionar. São estes fundamentos ideológicos das sociedades indígenas que tem promovidos transformações importantes no campo do direito, sobretudo sul-americano. Poderíamos mesmo falar de um devir índio do direito, na medida em que formas específicas de ver e sentir de culturas consideradas primitivas, impregnam formas contemporâneas e complexas do poder estatal (RIBEIRO, 1970, DELEUZE, 1997).

São inúmeras as implicações desse perspectivismo indígena para as questões relacionadas às formas contemporâneas de sociabilidade e de sustentabilidade ambiental. O que nos interessa neste artigo é analisar de que maneira esta visão de mundo, existente há mais de dez mil anos, tem atuado na transformação da forma mesma do Estado em certas sociedades da América do Sul, mais especificamente nas leis que atuam na proteção dos direitos fundamentais de indivíduos e coletividades através da proteção da natureza e de seus recursos.

Com o objetivo de estabelecer uma estrutura institucional capaz de garantir a coexistência pacífica e produtiva da pluralidade étnica, característica das sociedades latino-americanas, várias sociedades deste sincrético território têm transformado seus fundamentos constitucionais tendo em vista a proteção e promoção da integração de diversas matrizes culturais, negras e indígenas, em sua grande maioria. A principal transformação diz respeito à concepção mesma de Estado, que deixa de ser considerado como um *todo uno* e homogêneo, marcado pela figura de um cidadão abstrato, mas como um sistema diverso, articulado pela relação entre uma pluralidade de indivíduos e comunidades heterogêneas, ou seja, reconhecendo a singularidade e autonomia de uma série de processos de organização étnico-sociais, como é o caso, do ponto de vista legal, de algumas das comunidades quilombolas e indígenas no Brasil.

É esta imagem de um Estado intercultural que alimenta o conceito de regionalismo constitucional. Este regionalismo constitucional, segundo Carlos Eduardo Pacheco Amaral (2002), parte da compreensão de que as sociedades latino-americanas são formadas por um

corpo social diferenciado, plural e complexo, do ponto de vista de seus acervos culturais constituintes. O problema é que a estrutura jurídica das sociedades ditas modernas tem sistematicamente ignorado esta heterogeneidade social, impondo políticas públicas que conduzem a formas violentas de desagregação, deculturação, marginalização e morte de um número considerável de comunidades humanas, sobretudo, as minorias étnicas de origem indígena (RIBEIRO, 1970).

A articulação de um Estado monista que não reconhece a autonomia político-jurídica destas comunidades a políticas públicas historicamente incapazes de integrar estas populações de maneira digna às sociedades nacionais, tem imposto séculos genocídio e etnocídio a milhões de indivíduos de minorias étnicas, sobretudo, indígenas (CLASTRES, 2003).

No entanto, é justamente da força de resistência destas comunidades que tem surgido a força social de transformação de uma série de dispositivos legais rumo a um ambiente de proteção, reconhecimento de autonomia e integração. O que tem sido, justamente, chamado de constitucionalismo intercultural latino-americano é este conjunto de marcos regulatórios garantidores da emancipação das minorias étnicas – demarcação de terras, soberania na gestão dos recursos naturais, viver e se relacionar segundo suas próprias normas tradicionais etc. – que vem inaugurar também novas “racionalidades políticas e lógicas jurídicas” (BRITO, 2012, p. 60).

A autonomia cultural, política, jurídica e econômica das comunidades indígenas tornou-se a pauta fundamental de reivindicação deste Regionalismo constitucional. Para Miguel Bartolomé (1998), há muito tempo as lutas pela autonomia das sociedades indígenas tornaram-se o ponto central de importantes debates entre políticos, intelectuais e movimentos sociais. O fortalecimento dos movimentos sociais indígenas, somado à crescente credibilidade dos estudos antropológicos no campo jurídico, tem contribuído para uma série de conquistas justamente no plano das leis e das políticas públicas em diversas sociedades latino-americanas, sobretudo a Bolívia e o Equador (VALENÇA, COSTA, MAIA JÚNIOR, 2019).

Este processo de transformação da questão indígena em objeto de reflexão teórica de uma antropologia crítica, que lança luz sobre a violência sistemática das sociedades nacionais contra as minorias étnicas, teve início entre o final dos anos sessenta, início dos anos setenta. Até então, a antropologia limitava-se a descrições etnográficas que pareciam desprezar a truculência dos contatos interculturais aos quais grande parte das comunidades indígenas estavam expostas (RIBEIRO, 1970). Mas foi nos anos oitenta e noventa que a questão da autonomia e da autodeterminação cultural tornou-se a principal bandeira dos povos indígenas,

tema central, não por acaso, do 1º Congresso dos Movimentos Índios da América do Sul, realizado em março de 1980, em Ollantoytambo, no Peru (BRITO, 2012).

O reconhecimento de que a autonomia, de indivíduos e comunidades, diante do poder normalizador do Estado, configura-se como um dos principais fatores para o estabelecimento de relações pacíficas entre os diversos segmentos sociais dos Estados nacionais, bem como vetor de desenvolvimento, tem sido a causa para a integração deste princípio em várias declarações jurídicas internacionais, a começar pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, que afirma, já em seu primeiro artigo, que todos os povos têm o direito inalienável à livre determinação, como única forma de organização pacífica e próspera de sua realidade (STAVENHAGEN, 1998). Esta livre determinação implica autonomia na definição de sua organização política, como as estrutura de poder, as formas de associação e resolução de conflitos, os valores e ideais de futuro, bem como a determinação própria de seus valores e práticas econômicas, o que impõe a necessidade do autogerenciamento dos recursos naturais disponíveis.

Mas em que consiste este direito à autodeterminação, e de que forma o seu reconhecimento tem provocado alterações relevantes nas leis voltadas para a efetivação de direitos das comunidades indígenas? Figura na Declaração de Princípios de Direito Internacional, em conformidade com a Carta das Nações Unidas no que tange às relações de amizade e cooperação entre os Estados, a ideia da inviolabilidade da integridade territorial, seu direito à autodeterminação, independentemente de sua raça, credo e cor. Este princípio jurídico também pode ser encontrado no preâmbulo da Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, OIT, no qual se afirma não haver incompatibilidade entre o direito de autodeterminação das minorias étnicas e a integridade dos Estados nacionais. O regionalismo constitucional de que estamos falando não deve ser confundido com nenhuma forma de separatismo, a maneira dos catalães, por exemplo, na medida em que não há nenhum direito à secessão ou motivação para a formação de novos Estados independentes (PAPADÓPOLO, 1995).

O termo utilizado pela Declaração de San José, de 1981, é *etnodesenvolvimento*, justamente para afastar da noção de autodeterminação, ou autogestão, o sentido de separatismo. Nele está contido a importante ideia de preservação cultural e ambiental das comunidades indígenas, sua “capacidade de decisão quanto ao futuro, exercício de autodeterminação e estabelecimento de organizações próprias de poder” (BRITO, 2012, p. 65). Em última instância, o *etnodesenvolvimento* reconhece as comunidades indígenas como

unidades políticas autônoma, como plena autoridade sobre seu território, inclusive sobre os recursos naturais disponíveis.

Nesse sentido, o etnodesenvolvimento efetiva direitos históricos de povos que possuem identidades étnicas próprias no âmbito dos Estados Nacionais. A autonomia, muito mais que a secessão, reconhece que os povos indígenas são entidades públicas de caráter territorial, com direito à gestão de seus próprios interesses e assuntos locais, como também aos recursos de seus territórios (BRITO, 2012, p. 65).

Etnodesenvolvimento significa o reconhecimento de que as culturas etnicamente minoritárias possuem, em condições de proteção e autonomia, a força criativa e os recursos simbólicos necessários para enfrentar as mudanças e desafios do mundo contemporâneo. Não se trata de isolamento, não se trata de transformar autonomia em exotismo, de criar barreiras intransponíveis entre um mundo índio e um mundo não índio, tampouco secessão étnica ou subversão radical do Estado nacional. Trata-se antes de uma redefinição da ideia mesma de nação, entendida agora como um corpo heterogêneo, formada por inúmeros acervos culturais, por formas viáveis e variáveis de existência que podem e devem ser preservadas (STAVENHAGEN, 1989). Uma preservação que não deve isolar ou cristalizar as populações indígenas em supostos estados adequados de desenvolvimento, mas antes abri-las para o mundo e para o futuro na condição de sujeito, contribuindo, talvez, para uma reinvenção deste próprio mundo.

2. A afirmação dos direitos dos povos indígenas nas Constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

O fato é que o reconhecimento desta heterogeneidade constitutiva de certos Estados latino-americanos tem provocado uma transformação do Estado, através de uma redefinição das formas de representatividade popular, do reconhecimento de novos direitos e deveres e de uma nova racionalidade de intervenção social através de políticas públicas. Todos estes processos podem ser definidos através da noção de interculturalismo constitucional. “Não se trata apenas de um reconhecimento a cultura e a diversidade, [...] mas uma verdadeira nova engenharia política e jurídica, não mais nos termos liberais e monojurídicos, uninacionais e eurocêtricos” (BRITO, 2012, p. 65). As atuais Constituições da Bolívia e do Equador são exemplares a este respeito. Lembremos que o elemento jurídico fundamental em debate neste artigo é a autonomia emancipatória conferida às comunidades indígenas na gestão de seus

modos de vida e dos recursos naturais de seus territórios, em oposição a um Estado que historicamente foi incapaz de integrar estas comunidades às sociedades nacionais assim como de preservar as áreas ecológico-culturais necessárias à sua sobrevivência (VALENÇA, COSTA, MAIA JÚNIOR, 2019; RIBEIRO, 1982).

Pode-se identificar quatro elementos constituintes do interculturalismo constitucional (WALSH, 2009): o primeiro, o reconhecimento de outras formas de saber que não o científico, permitindo a integração de novas formas de interpretação e intervenção na realidade, acabando assim com o que Edgar Morin (2015) chamou de ditadura da epistemologia ocidental; o segundo, a afirmação radical do direitos da natureza, a ideia de Pachamama, numa ecologia profunda que transforma a natureza em sujeito, sujeito portador de virtudes, de qualidades que permitem a existência humana e, portanto, dotado de direitos que não podem ser violados – a natureza deixa de ser vista como objeto, como mercadoria dotada de uma equivalente monetário; o terceiro, a construção de um novo sistema jurídico, aberto e receptivo à uma estrutura pluralista de organização da sociedade; e, por último, a afirmação do conceito indígena de *Sumak Kaway*, ou seja, o Bem Viver, que significa uma nova concepção de vida para toda a humanidade e para o planeta, fundada nos valores da solidariedade das pessoas entre si e com a natureza, numa trama secreta e amistosa de coexistência pacífica.

Como didaticamente aponta Yrigoyen Fajardo (2011), as Constituições andinas introduzem uma nova fase do constitucionalismo sul-americano, passando do constitucionalismo pluricultural (segundo ciclo) para o constitucionalismo plurinacional (terceiro ciclo). Com uma proposta que promove um giro reflexivo no pluralismo jurídico, com a refundação do Estado em superação ao modelo de Estado moderno, essas constituições passam a reconhecer as comunidades indígenas como nações, conferindo aos povos indígenas a auto-organização, para ditar suas próprias normas materiais e processuais, a partir de suas tradições ancestrais, o autogoverno, com a atribuição das autonomias políticas locais e poder de gestão, e a atribuição de jurisdição às autoridades locais, segundo seus costumes.

Esses países passam a reconhecer a realidade jurídica plural em seus territórios e o desafio de promover o convívio entre realidades socioeconômicas discrepantes, entre o padrão civilizatório e a vida comunitária com base no imaginário indígena, baseado nos valores próprios dessas comunidades, para agir com autonomia nos territórios tradicionalmente ocupados (OLIVEIRA FILHO, 2014, p. 41-44).

Na Constituição do Equador, por exemplo, os direitos coletivos estão descritos, sobretudo, no artigo 57, com seus mais de vinte incisos, apesar da existência de outros

dispositivos legais. Este artigo afirma o direito dos povos indígenas e afro-equatorianos de organizarem, desenvolverem e fortalecerem sua identidade própria, suas tradições ancestrais, bem como suas instituições político-jurídicas. Prevê também ressarcimento indenizatório contra qualquer forma de preconceito ou intolerância cultural (FIGUEROA, 2006). Esse dispositivo é reforçado pelo teor do artigo 257, pelo qual, as circunscrições territoriais indígenas poderão ser estabelecidas na organização político-administrativa do Estado equatoriano, exercendo as competências de governo autônomo e regido pelos princípios da interculturalidade e plurinacionalidade (ECUADOR, 2008, p. 127).

No que concerne às terras indígenas, questão sempre mais delicada haja vista os interesses econômicos envolvidos, a constituição equatoriana outorga às comunidades indígenas o título de proprietários legítimos, garantindo sua posse, administração e usufruto de todos os recursos naturais disponíveis. E qualquer projeto a ser desenvolvido em suas terras dependerá de aprovação prévia da comunidade. A Constituição do Equador passou por uma prova de fogo quando a Federação Independente do Povo Shuar do Equador (FIPSE) e a comunidade Kichwa de Sarayaku utilizaram as novas disposições legais para defender seus direitos, sobretudo no que tange à preservação do meio ambiente, diante da indústria petrolífera (FIGUEROA, 2006).

É reconhecido também, como já foi dito, o direito ao pluralismo jurídico, na medida em que são tomadas como legítimas as formas tradicionais de resolução de conflito e punição, desde que não aja conflito com os dispositivos fundamentais dos direitos humanos. Não caberia, neste sentido, nenhuma forma de suplício ou sacrifício. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, em seu artigo 9º, afirma que devem ser respeitados todos “os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” (BRASIL, 2004). Estão incluídos na lista de matérias possíveis de serem resolvidas, independentemente da gravidade do ato ou relevância econômica da ação, a separação de casais, adultério, violência familiar, injúrias, roubos de animais e de outros bens materiais, litígios causados por heranças conflitos de terra, suicídio, bruxaria, entre outros. Ou seja, toda a gama de questões relacionadas ou direito provado, seria da incumbência da justiça indígena e resolvidas autonomamente (BALDI, 2012).

Já em relação aos crimes, há uma dificuldade maior decorrente do fato de que alguns atos considerados como infracionais pelo direito estatal são considerados lícitos pelo “direito indígena”, e vice-versa. Estão previstas, portanto, nas comunidades indígenas, formas próprias de punição, como trabalhos forçados em empresas comunitárias, multas e indenizações

dirigidas às pessoas ou às famílias dos atingidos, banhos de água fria, expulsão do território e até práticas de suplício. O mais importante a ser destacado é o reconhecimento de que estas comunidades estão aptas a resolver seus próprios conflitos, sem que seja necessária a imposição das formas ocidentais de punição, sobretudo o encarceramento (SANCHES, 2001).

Do ponto de vista educacional, a Constituição equatoriana também garante a presença de escolas bilíngues nas comunidades indígenas (artigo 57, item 14, e artigo 347, item 9), assim com a introdução da história dos povos indígenas como conteúdo obrigatório das diretrizes curriculares (artigo 21) (ECUADOR, 2008). Essa Constituição garante também a representação dos povos indígenas em toda a estrutura do Estado, bem como sua participação em todo processo decisório que os concirnam. A violação de qualquer um destes dispositivos legais será considerado etnocídio, ou seja, ato violento com potencial desagregador da cultura indígena, e com punição prevista em lei (BRITO, 2012).

Para dar consistência e efetividade a todos estes direitos, o artigo 171 da Constituição equatoriana, ao conferir a jurisdição indígena, obriga as autoridades e instituições públicas a acatar todas as decisões tomadas pelas comunidades indígenas naquilo que for de sua alçada, desde que em consonância com os direitos humanos. A interpretação desse dispositivo vem carregada de uma série de limites para o reconhecimento da decisão (CARRILLO GARCÍA; CRUZ CARRILLO, 2016, p. 174-176). Um desafio é justamente o de ativar estas instâncias comunitárias de poder, haja vista a histórica marginalização, e conseqüente desagregação, sofrida por estas populações.

3. A gestão de águas e saneamento pelos povos originários no Equador

Do ponto de vista da cosmovisão andina sobre a água, Huanacuni Mamani (2010, p. 61-62) aponta como denominadores comuns das diversas culturas indígenas as seguintes características:

- a) a água é um ser vivo, provedor de vida e animação do universo;
- b) a água é um ser sagrado e permite a reprodução da vida, presente em todas as fontes;
- c) a água é base da reciprocidade e complementaridade, permitindo a integração entre os seres vivos, a natureza e a sociedade humana;
- d) a água é direito universal e comunitário, de todos e de ninguém, pertencente à terra e aos seres vivos, inclusive o homem;
- e) a água é expressão de flexibilidade e adaptabilidade.

Quanto à gestão dos recursos hídricos, desenvolvendo o quarto denominador, exige-se a distribuição equitativa das águas de acordo com as necessidades, costumes e normas comunitárias, bem como de acordo com a disponibilidade cíclica.

Em matéria de águas, a Constituição Política do Equador estabelece entre os direitos do *Buen Vivir* que o direito humano à água é fundamental e irrenunciável, constituindo-se como patrimônio nacional estratégico essencial para a vida (artigo 12). Acosta e Martínez (2010, p. 19) levantam quatro pontos fundamentais para o processo constituinte do direito à água, que funcionam como dimensões da matriz desse direito: água como direito humano, água como bem nacional estratégico de uso público, água como patrimônio da sociedade, e água como componente fundamental da natureza.

Em agosto de 2014 foi publicada no Equador a *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*. Em termos regionais, trata-se provavelmente da lei mais recente em matéria de águas dos países da América do Sul. Além disso, trata-se de uma lei inspirada na Constituição equatoriana e, portanto, portadora de valores próprios do pluralismo. É o que se observa já no artigo 3º, que assinala como objetivo da lei garantir o direito humano a água e a gestão com vistas à garantir o *Buen Vivir* e os direitos da natureza (ECUADOR, 2014, p. 4).

Reafirmando o mandamento constitucional, previstos no artigo 318, *caput* e primeiro parágrafo⁴, além de estabelecer uma proibição geral de privatização – através de delegação da gestão ou da prestação de serviços, de gestão indireta, de contratos em regime lucrativo, da mercantilização dos serviços ambientais, bem como da outorga perpétua de direito de uso –, a lei prevê a prestação do serviço público somente em duas modalidades: ou será pública, ou comunitária (artigos 6º e 7º). A gestão comunitária é explicada mais à frente, no artigo 32, segundo parágrafo, no qual se verifica que a gestão comunitária poderá ser realizada por comunas, comunidades, povos, nacionalidades ou juntas para assegurar a participação na

⁴ “Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.” (ECUADOR, 2008).

Tradução livre para o português: “Art. 318.- A água é patrimônio nacional estratégico de uso público, domínio inalienável e imprescritível do Estado, e constitui um elemento vital para a natureza e para a existência dos seres humanos. Proíbe-se toda forma de privatização da água.

A gestão da água será exclusivamente pública ou comunitária. O serviço público de saneamento, abastecimento de água potável e o rego serão prestados unicamente por pessoas jurídicas estatais ou comunitárias.” (ECUADOR, 2008).

proteção das águas e administração, operação e manutenção de infraestruturas dos sistemas de águas não estatais (ECUADOR, 2014, p. 4-5 e 11).

Para Moraes (2012, p. 23), a gestão comunitária configura-se como uma manifestação de um *tertium genus*, entre a gestão pública estatal (primeiro setor) e a prestação privada (segundo setor). Na verdade, se bem analisado do ponto de vista originário e consuetudinário, a gestão comunitária seria o primeiro gênero, quando os demais são versões mais desenvolvidas desse modelo tradicional que acabaram se tornando dominantes sobre aquele, tido hoje por forma alternativa de gestão.

Não fosse isso suficiente, a lei dedica uma seção inteira para tratar dessa modalidade de gestão, buscando em grande medida fazer cumprir a norma constitucional que impõe o fortalecimento da iniciativa comunitária (artigo 318, parágrafo segundo⁵). Inicialmente, elucida que as juntas de água potável são organizações comunitárias sem fins lucrativos, com atuação baseada na eficiência econômica, sustentabilidade dos recursos hídricos, qualidade da prestação dos serviços e equidade na distribuição da água (artigo 43). Além de enumerar os deveres dessas juntas (artigo 44), prevê que nas comunidades rurais em que o município não preste o serviço poderá haver a constituição de junta (artigo 46) e, logo após tratar das juntas de irrigação (artigo 47), manifesta que são reconhecidas as formas coletivas e tradicionais de manejo de água, próprias das comunas, comunidades, povos e nacionalidades, respeitando-se seus direitos coletivos nos termos da Constituição e da própria lei, a autonomia financeira, administrativa e gestão interna (artigo 48). A sustentabilidade financeira seria assegurada tanto pela cobrança de tarifas quanto por aporte de recursos estatais (artigos 49 e 50). Além de tudo, tais sistemas de abastecimento de água, tanto para consumo humano quanto para irrigação, por comunidades formam parte do patrimônio comunitário, cultural e etnográfico do Equador (ECUADOR, 2014, p. 13-15).

A gestão comunitária pelas juntas configura-se como um modelo de democracia participativa, pelo qual cada membro da comunidade pode manifestar-se e deliberar na tomada de decisão. São sistemas de prestação de serviços de subsistência, sem intenção lucrativa, razão pela qual comumente correm o risco econômico de incapacidade financeira

⁵ “Art. 318.- [...] El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.” (ECUADOR, 2008)

Tradução livre para o português: “Art. 318.- [...] O Estado fortalecerá a gestão e o funcionamento das iniciativas comunitárias em torno da gestão da água e a prestação dos serviços públicos, mediante o incentivo de alianças entre o público e o comunitário para a prestação de serviços.” (ECUADOR, 2008)

diante do baixo poder de pagamento dos usuários; ademais, alega-se que há problemas de universalização do abastecimento nesse modelo de gestão (CAÑIZARES et al., 2016, p. 163).

Ao tratar dos direitos, garantias e obrigações, a lei também dedica um capítulo apenas para tratar dos direitos coletivos de comunas, comunidades, povos e nacionalidades, encabeçando o artigo 71 com o rol dos direitos coletivos sobre a água para todas as comunas, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, afroequatorianas e montúbias (comunidades litorâneas de camponeses típicas do país), a partir de suas próprias cosmovisões, entre outros: i) de conservar e proteger, bem como participar no uso, usufruto e gestão comunitária das águas para o desenvolvimento da vida em coletividade; ii) de conservar e proteger suas práticas de manejo e gestão da água; iii) de manter e fortalecer as relações espirituais da comunidade com a água; iv) de proteger e difundir os conhecimentos coletivos e as ciências, tecnologias e saberes ancestrais sobre a água. O artigo 73 considera que o direito ao uso, usufruto e gestão comunitária da água é um instrumento para o fortalecimento da identidade, cultura, tradições e direitos dos povos comunitários, e o artigo 74 garante a aplicação das formas tradicionais de gestão e manejo do ciclo hidrológico praticadas segundo as próprias formas, usos e costumes (ECUADOR, 2014, p. 17).

Do ponto de vista do imaginário das comunidades originárias da região, há uma percepção sociocultural da água, bastante difundida na vida cotidiana desses povos, independentemente de sua origem, pelo qual a água é condição para a vida, e para a sustentabilidade da natureza. Nesse sentido, verifica-se a prática de atividades voltadas para conservação da mãe-terra, em especial a educação ambiental para a proteção das fontes de água (SANDOVAL-MORENO, GÜNTHER, 2013, p. 176). A legislação equatoriana é extremamente avançada quanto à consideração do pluralismo de formas de gestão, bem como do reconhecimento dos saberes ancestrais dos povos originários, não se restringindo apenas aos indígenas.

Há que se reconhecer, portanto, além da compatibilidade da *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua* com o sentimento constitucional gravado em 2008, a abordagem detalhista de um modo geral e mais especificamente quanto à situação das comunidades tradicionais. O reconhecimento legislativo do modo de gestão hídrica dos povos indígenas possui significados que vão além do aspecto normativo, pois implica também a própria emancipação, com autonomia política, desses povos, e um belo reforço à visibilidade desses grupos, sem que com isso se fale em autodeterminação e criação de novos Estados, já que tal reconhecimento se dá no contexto englobante do Estado plurinacional (SARANGO, 2016, p. 647).

4. A questão indígena e a gestão comunitária de águas pelos povos tradicionais no Brasil

Não é de hoje que se faz uma crítica ao atual modelo constitucional protetivo dos povos tradicionais indígenas no Brasil. Embora a Constituição de 1988 tenha sido uma das mais progressistas em várias campos, inclusive também no que concerne à disciplina dos silvícolas ao reservar um capítulo específico para eles (FREITAS; BAHIA, 2017, p. 2), que participaram ativamente do processo constituinte em Brasília, ela foi bastante tímida ao prever um regime mais garantista dos direitos coletivos específicos desses grupos. Como assinala José Afonso da Silva (2012, p. 887), a “Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. [...] Não alcançou, porém, um nível de proteção inteiramente satisfatório”.

Entre os avanços, destaca-se o fim da ideologia de integração do índio ao modelo de vida civilizatório de matriz europeia, respeitando-se a sua diferença sob um paradigma da alteridade (FERREIRA; BITTENCOURT; RÉGO, 2018, p. 133). Entre as críticas, o tratamento uniformizador no discurso constitucional, na alusão aos “índios” equivocadamente de forma quase que individualizante, ignorando-se fortemente as diferentes formas de organização indígena em povos, nações e comunidades. Alega-se como causa o temor a uma iniciativa de emancipação política de independência (DANTAS, 2014, p. 346).

O tema mais importante do capítulo dedicado aos índios é a questão fundiária, ainda a principal reivindicação dos povos tradicionais no Brasil, prejudicando-se a preocupação com outros aspectos muito relevantes. A territorialidade é tema fundamental da questão indígena (DANTAS, 2014, p. 346). Mesmo nesse quesito, em especial, a Constituição foi aquém do que se estabeleceu em momentos constituintes anteriores: enquanto até então se compreendia o direito às terras imemorialmente ocupadas pelos povos indígenas, a atual Constituição vai consagrar os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. O STF, nesse quesito, imprimiu uma interpretação restritiva, para limitar o conceito de terras tradicionalmente ocupadas para aquelas que, em outubro de 1988, estavam por eles ocupadas ou em processo de disputa fundiária notadamente no caso Raposa Serra do Sol *versus* Brasil (ROCHA; MELO, 2017a).

Além dessa discussão, sobressaem duas outras normas constitucionais: uma de caráter principiológico, garantindo-se aos povos indígenas a organização social, os costumes e línguas, as crenças e tradições (art. 231, *caput*, primeira parte); e a outra com estrutura de regra processual, estabelecendo a legitimidade processual dos índios, das comunidades e das organizações indígenas para a defesa de seus direitos e interesses (art. 232). Contudo, a evolução da proteção constitucional dos povos indígenas a partir de 1988, diante de um inegável diálogo interconstitucional com as manifestações posteriores na América do Sul – Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Venezuela em 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009 –, passa por um esforço hermenêutico significativo, sob um viés garantista.

No sentido favorável à possibilidade de diálogo, Ferreira (2014, p. 164) vai sustentar que a própria garantia do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, enquanto direito fundamental coletivo, seria um direito prévio e essencial para o gozo dos demais direitos indígenas, alegando que a questão territorial “abarca uma gestão comunitária da terra e uma relação espiritual com a natureza e os recursos naturais” e configuraria, muito mais do que um elemento de econômico e social, uma “fonte de existência dos indígenas”. A relação do índio com sua terra configura um verdadeiro elemento da formação da identidade e pertencimento a um povo (ROCHA; MELO, 2017b, p. 650-654).

Dando seguimento à mesma linha de raciocínio, Freitas e Bahia (2017, p. 25-35), vislumbrando no art. 231, *caput*, verdadeira norma com cariz de direito fundamental, especialmente quanto à ampla proteção das manifestações indígenas como condição para o seu desenvolvimento, vão defender que os princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas estariam implícitos nesse dispositivo constitucional, classificados como princípios-garantia. A Constituição de 1988, segundo outra perspectiva, teria pensado na preservação da diversidade cultural e étnica do país, reconhecendo o multiculturalismo de uma imensa gama de povos tradicionais existentes e a proteção de sua forma de vida, produção e reprodução dos saberes, ao arripio da literalidade do texto (FEIJÓ, 2014, p. 283-284).

Especificamente quanto à gestão dos recursos pelos povos indígenas, não se pode deixar de fazer uma análise sobre o Estatuto do Índio, ainda que elaborado num contexto constitucional pretérito. Dentro de uma visão integracionista do índio com a “civilização” (FERREIRA; BITTENCOURT; RÊGO, 2018, p. 130-132), a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa ao largo da discussão quanto à autonomia das comunidades indígenas, ou à eventual gestão comunitária. O art. 11 menciona a possibilidade de emancipação da comunidade indígena do regime tutelar estabelecido pelo Governo Federal, por decreto

presidencial. Boa parte do Estatuto cuida da questão territorial, mas o art. 24, § 1º, prevê no usufruto das terras e suas riquezas naturais o uso dos mananciais e das águas dos rios, sem especificar em maiores detalhes a questão (BRASIL, 1973).

Em se tratando da gestão de recursos hídricos e da prestação dos serviços de abastecimento de água para consumo humano, a situação não melhora. A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, não traz regras específicas sobre o manejo e o uso de recursos hídricos pelos povos indígenas. Embora possua um viés descentralizador da gestão, a única menção existente ao tema é no art. 39, § 3º, ao exigir o assento obrigatório de representante da Fundação Nacional do Índio e das comunidades indígenas nos Comitês de Bacia Hidrográfica que contemplem territórios indígenas (BRASIL, 1997).

A Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico (LNSB), publicada como Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, por sua vez, não melhora muito o cenário. Há uma menção, ao enumerar os objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, no art. 49, à busca de “condições adequadas de salubridade ambiental aos povos indígenas e outras populações tradicionais, com condições compatíveis com suas características socioculturais” (inc. III). Quanto à gestão comunitária, também há um vácuo legislativo; uma regra que mais se aproxima do tema está previsto no art. 10 da LNSB, quando, ao estabelecer a exigência de celebração de contrato para delegação da prestação dos serviços, ressalva no § 1º a possibilidade de autorização do poder público para usuários organizados em cooperativas ou associações limitadas a “localidade de pequeno porte, predominantemente ocupada por população de baixa renda, onde outras formas de prestação apresentem custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários” (inc. I, alínea *b*) (BRASIL, 2007).

Trata-se de alusão técnica ao que, na legislação equatoriana, equivaleria ao modelo de gestão comunitária: serviços prestados por agrupamentos de usuários, sem fins lucrativos e sem qualquer perspectiva econômica de lucro de fato, dado o caráter de subsistência da prestação dos serviços e da manutenção da infraestrutura. Há que se levar em consideração que a LNSB padece de falhas genéticas semelhantes ao Código Civil de 2002: trata-se de uma lei que, entre discussões, novas versões, emendas e aprovação da versão final, levou quase vinte anos para ter seu processo legislativo ultimado com a promulgação e publicação, razão pela qual pode-se avaliar que ela nasceu anacrônica e antiquada para a evolução constitucional ocorrida principalmente a partir do século XXI.

No Brasil, as experiências concretas de gestão comunitária são uma realidade antiga. Segundo levantamento de dados realizado pelo Banco Mundial (2016), identificam-se nos Estados da Região Nordeste (Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Bahia), em Minas Gerais e no Paraná a presença de modelos de gestão unicomunitárias e multicomunitárias. Os casos mais antigos encontrados são nos Estados da Bahia e do Ceará, os quais, em 1995, receberam recursos alemães para o desenvolvimento do saneamento rural, mediante a criação de um Sistema de Saneamento Rural (SISAR), assim entendida uma federação de associações comunitárias.

Em 2015, foi identificado um índice de acesso aos serviços de abastecimento de água de 97% a nível nacional, sendo que, apenas para o setor urbano, a universalização estava quase completa, com 99%; é no rural em que há o maior déficit, com 87% de acesso – o que significaria quase quatro milhões de brasileiros sem acesso básico à água. Em matéria de esgotos, os índices são ainda mais drásticos, já que a nível nacional tem-se 86% de acesso, com 91% no setor urbano e apenas 58% para o setor rural – totalizando mais de doze milhões de brasileiros (WHO; UNICEF, 2014; 2017). Assim, o desafio da universalização recai quase que completamente sobre o setor rural.

Com o silêncio da legislação federal, constata-se uma forte insegurança jurídica em torno da gestão comunitária. A LNSB, nada obstante, estabelece que o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) deve tratar das ações da União nas áreas indígenas (art. 49, III). O PLANSAB, elaborado em 2013, por sua vez, atribui à Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), vinculada ao Ministério da Saúde, a vigilância e o controle de qualidade hídrica em comunidades indígenas. O atendimento às populações indígenas estaria contemplado dentro de um programa mais amplo, dedicado ao saneamento rural (BRASIL, 2013).

Não se verifica, por parte do governo federal, uma urgência quanto ao déficit do acesso aos serviços de água e esgoto nas regiões rurais, o que englobaria também as comunidades tradicionais, e ao impacto que esse déficit causa nos índices nacionais de universalização. A análise da legislação, em especial da LNSB, denuncia um cenário de descaso normativo com a prestação dos serviços em regiões economicamente menos interessantes, recolocando o setor rural, e mais fortemente as comunidades tradicionais, a um plano da marginalização – em total dissonância com as interpretações constitucionais mais garantistas da atualidade. Nesse mesmo sentido, as Medidas Provisórias 844 e 868, ambas editadas por Michel Temer em 2018, a pretexto de buscarem investimentos privados para alcançar a universalização, não traziam – porque perderam a vigência pelo decurso do prazo –

pouquíssima preocupação com a situação do setor rural, tampouco com as comunidades indígenas, mencionando de modo absolutamente formal a necessidade de ações nessas comunidades e outras tradicionais.

Logo, do ponto de vista das comunidades tradicionais, sob uma perspectiva do pluralismo jurídico, o ordenamento jurídico brasileiro relaciona-se com o regime jurídico dos povos indígenas localizados no território nacional, ao menos no quesito relativo à gestão comunitária de águas e saneamento, em completa indiferença (BOBBIO, 1995, p. 169).

A despeito da ausência de legislação, a ausência de vedações legais expressas é um fator favorável para o desenvolvimento das práticas tradicionais de gestão comunitária em aldeias indígenas. Reforça tal possibilidade o permissivo constitucional, quando inclui, na garantia das terras tradicionalmente ocupadas, a proteção daquelas terras “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar [...] segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, § 1º). Tal comando constitucional, dado o forte conteúdo principiológico, deve ser interpretado de forma a amparar a proteção de grupos minoritários, para sustentar a proteção à gestão comunitária indígena, mormente para o acesso à água limpa.

Não se pode avançar na discussão, especialmente para repisar o argumento da ausência de vedações, sem o enfrentamento do disposto no art. 231, § 3º, que estabelece a exigência de autorização do Congresso Nacional para o aproveitamento dos recursos hídricos. O dispositivo é mais conhecido em virtude das iniciativas referentes à instalação de usinas hidrelétricas com afetação dos cursos d’água em comunidades indígenas e à exploração de jazidas de minérios, cuja tomada de decisão deve considerar, em cada caso concreto, o interesse indígena, observando-se o princípio da prevalência desse interesse (SILVA, 2012, p. 871-872). Ocorre que uma análise descuidada do texto constitucional poderia sugerir que essa regra se aplicaria para toda e qualquer intervenção nos recursos hídricos, mas, na verdade, estão excluídas dessa necessidade de autorização as práticas dos próprios indígenas.

5. A aplicação da proposta equatoriana para o cenário nacional

Considerando a discrepância entre a realidade normativa brasileira e a existente no Equador, subsiste a indagação quanto à possibilidade de aplicação da legislação equatoriana para o caso brasileiro. O vácuo legislativo, ao abrir espaço para a prática dos costumes das comunidades indígenas, com reforço no art. 231, *caput*, da Constituição, possibilitaria, senão

um fundamento de validade na legislação equatoriana – haja vista que tal legislação não se submete ao ordenamento jurídico brasileiro – a aplicação dessa legislação sob um viés argumentativo, para reforçar a legitimidade do modo costumeiro de fazer a gestão dos recursos hídricos.

Serve de reforço a essa hipótese o fato de que as comunidades indígenas da América do Sul comungam de um imaginário, senão idêntico, bastante comum quanto a seus arquétipos, promovendo uma aproximação entre as cosmovisões, sem desrespeitar as peculiaridades de cada uma delas. Não se pode ignorar que o Direito, enquanto atividade legislativa, ainda funciona, mesmo em se considerando a perspectiva emancipatória, descolonial e multicultural do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, como técnica de regulação de condutas de modo mais ou menos geral e abrangente.

A princípio, do ponto de vista regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) manifestou-se em algumas oportunidades acerca do direito à água, quase sempre envolvendo questões indígenas relacionadas à disputa de terra ou retirada de comunidades de suas terras tradicionais. No caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, em junho de 2005, a CIDH assentou que, no contexto do direito à saúde, o acesso à alimentação e à água potável seriam condições básicas para a existência digna e para exercerem outros direitos humanos – como a educação e a identidade cultural – e que o exercício desse direito, para as comunidades indígenas, guarda íntima ligação com o acesso às terras tradicionalmente ocupadas e o aproveitamento dos recursos naturais (CIDH, 2005, p. 88). Tal entendimento foi reforçado no Caso *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, em agosto de 2010, quando a Corte assentou o dever do Estado em garantir acesso à água em quantidade e qualidade compatíveis com os padrões mínimos de potabilidade ou, alternativamente, que as comunidades tenham acesso a fontes de água segura (CIDH, 2015, p. 17). No caso, a comunidade indígena reclamava da ausência de serviço de distribuição de água por anos a fio (CIDH, 2010, p. 45-46).

No primeiro caso, a própria Corte assinalou, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, nos termos dos artigos 24 (igualdade perante a lei) e 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), que os Estados devem garantir o exercício e o gozo plenos dos direitos dos indígenas de forma efetiva (BRASIL, 1992), assim compreendido quando a legislação nacional é interpretada levando em consideração as peculiaridades dos povos indígenas em relação à população em geral e que servem de base para a identidade cultural (CIDH, 2015, p. 9).

Assim, com base na jurisprudência da CIDH, e considerando que a Convenção Americana já foi introduzida no Direito brasileiro pelo Decreto nº 678, desde 6 de novembro de 1992, uma saída jurídica razoável seria aplicar a legislação nacional por analogia para a realidade indígena. No entanto, a legislação brasileira em matéria de saneamento básico é quase que inteiramente voltada para a exploração comercial do serviço a partir de uma perspectiva empresarial e lucrativa, não comunitarista. Nesse sentido, a implementação de uma normativa para os povos indígenas, no Brasil, demandaria uma intervenção judicial, por mandado de injunção coletivo.

Não havendo outras soluções mais adequadas, ao menos do ponto de vista regional, caberia questionar a possibilidade de importação da solução equatoriana para o Direito brasileiro. Entre as teorias que buscam explicar as possibilidades normativas no cenário globalizado, a que aparentemente melhor se adequaria para o presente caso, considerando um cenário de pluralidade de ordens jurídicas periféricas, seria a proposta transconstitucionalista de Neves (2012). Para Neves (2012, p. 115-117), o diálogo entre os sistemas jurídicos, mediante observações e aprendizados recíprocos, se daria no plano constitucional e aos juízes seria atribuído papel fundamental para a realização dessa aproximação.

Embora a teoria transconstitucional deposite em grande medida no Poder Judiciário a missão de implementar o diálogo entre cortes constitucionais, cujos precedentes exerceriam força persuasiva para realizar uma “fertilização constitucional cruzada” (NEVES, 2012, p. 118-120), não se descarta a possibilidade de reconhecimento da força persuasiva das legislações estrangeiras. Com efeito, a autonomia política conferida aos povos indígenas no art. 257 da Constituição equatoriana, já estabelecidos na Constituição pretérita de 1998, pode servir de base normativa para o diálogo com a Constituição de 1988, em especial para trazer uma interpretação juridicamente efetiva para o art. 231.

Considerando que os direitos humanos incluem-se nos problemas de transterritorialidade e de superação do Estado nacional como instância suficiente para solução (ELMAUER, 2013, p. 862), a aplicação do transconstitucionalismo seria adequada para articular e transpor ao direito brasileiro soluções normativas e judiciais para problemas jurídicos simultâneos e complexos (NEVES, 2012, p. 128-132).

Em outras palavras, o Poder Judiciário, ao enfrentar casos envolvendo a gestão de recursos hídricos por comunidades indígenas, deve buscar uma interpretação da legislação condizente com as peculiaridades da comunidade envolvida, constatando-se a discrepância com a proposta da legislação nacional, e, diante da ausência de paralelo nacional, reconhecer

a aplicabilidade, em absoluto grau de subsidiariedade, da legislação equatoriana, a partir do diálogo entre o art. 231 da Constituição brasileira e o art. 257 da Constituição equatoriana.

6. Considerações finais

O perspectivismo indígena, presente nas culturas ameríndias sul-americanas, opera uma transformação significativa no binômio homem / natureza desenvolvido pela civilização ocidental. Se nossa racionalidade econômica impôs a objetificação da natureza, transformando-a numa variável econômica ou ameaça a ser combatida, o perspectivismo indígena percebe uma relação indissociável, recíproca e amistosa entre as comunidades humanas e o meio ambiente.

O fortalecimento dos movimentos sociais indígenas, sobretudo na Bolívia e Equador, tem permitido conduzir a pauta da luta pelo direito à terra, e por todos os recursos naturais envolvidos, até a esfera constitucional, ampliando o nível de participação política das comunidades tradicionais, bem como diversificando os direitos que garantem sua proteção e autonomia. Nesse sentido, cria-se um dispositivo legal que coloca a gestão dos recursos naturais, em especial da água, sob a tutela das próprias comunidades, impedindo sua apropriação segundo uma lógica estritamente comercial. Este fato jurídico tem permitido não apenas a preservação do meio ambiente, mas também a prosperidade das comunidades indígenas, tradicionalmente segregadas na história político-econômica da América do Sul. Importante destacar a existência de uma prosperidade de mão dupla, na medida em que o desenvolvimento social caminha junto com a proteção da natureza; paradigma milenar com o qual nossas “políticas de desenvolvimento sustentável” começam a apenas se acostumar.

Por fim, analisou-se a legislação brasileira no tocante à gestão da água pelas comunidades indígenas e, mais especificamente, a gestão da estrutura e funcionamento da rede de saneamento básico. Nossa hipótese foi a de que, na ausência de uma lei específica, caberia a utilização pelas cortes brasileira das diretrizes consolidadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Referências

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Agua**: Un derecho humano fundamental. Quito: Abya Yala, 2010.

ALMEIDA, Carolina. Conflitos na exploração de recursos naturais em terras indígenas: um estudo de caso nas Américas. **Revista Política Hoje**, v. 23, p. 93-111. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicohoje/article/view/3755>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BALDI, Cesar. Direitos indígenas: a diversidade cultural e as “cláusulas de freio”. In: BRITO, Antônio Guimarães, BECKER, Simone, OLIVEIRA, Jorge Eremites de. **Estudos de antropologia jurídica na América Latina Indígena**. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 73-90.

BANCO MUNDIAL. **Estudos de modelos de gestão de serviços de abastecimento de água no meio rural no Brasil**. 1. ed., parte II. Brasília: Banco Mundial, 2016. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/931891479307797732/pdf/AUS11351-v2-Estudo-Modelos-Gest%C3%A3o-%C3%81gua-Rural-Brasil-parteII.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental **Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB**. Brasília, DF: SNSA / MCid, dez. 2013.

BRITO, Antônio Guimarães. Constitucionalismo intercultural: a autodeterminação indígena na Constituição do Equador. In: BRITO, Antônio Guimarães, BECKER, Simone, OLIVEIRA, Jorge Eremites de. **Estudos de antropologia jurídica na América Latina Indígena**. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 59-72.

CAÑIZARES, Sebastián; GUARICELA, Andrés; LASCANO, Miguel; MEDINA, Marcos; MONCAYO, Patricio; ZALAMEA, Mateo. Gestión comunitaria del agua: junta administradora de agua potable regional de Zhidmad. **Revista Iuris**, v. 1, n. 15, p. 159-174, 2016. Disponível em: <<https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/1153>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

CARRILLO GARCÍA, Yoel; CRUZ CARRILLO, Juan Pablo. Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. **Revista Ratio Juris**, Medellín, v. 11, n. 23, p. 155-188, jul./dic. 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6751635.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

CASTRO, Eduardo Viveiros. Os pronomes cosmológicos e o perspectivismo ameríndio. **Revista Mana**, v. 2, n. 2, p. 115-144, 1996.

CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**: Sentença de 17 de junho de 2005 (Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica: CIDH, 2010. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**: Sentença de 24 de agosto de 2010 (Mérito, Reparações e Custas). San José, Costa Rica: CIDH, 2010. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Pueblos indígenas y tribales**. San José: Konrad Adenauer, 2015. (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 11).

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista de Educação Pública**, Cuiabá, v. 23, n. 53/1, p. 343-367, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

DELEUZE, Gilles. **Crítica e clínica**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1997.

ECUADOR. **Constituição (2008)**. Constitución de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Constituyente, 2008. Disponível em: <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ECUADOR. Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. **Registro Oficial**, Quito, año II, n. 305, Segundo Suplemento, p. 3-32, 6 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.agua.gob.ec/wp-content/uploads/2012/10/LEYD-E-RECURSOS-HIDRICOS-II-SUPLEMENTO-RO-305-6-08-204.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 855-864, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006/70863>>. Acesso em: 26 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

FEIJÓ, Julianne Holder da Camara Silva. O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 34, p. 274-304, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p274>>.

Acesso em: 31 jul. 2019.

FERREIRA, Elaine Freitas Fernandes. Posse indígena após a Constituição Federal de 1988: direito fundamental coletivo indígena à posse de suas terras. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 6, p. 157-170, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/1555>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

FERREIRA, Rafael Alem Mello; BITTENCOURT, Fabiana; RÊGO, Alisson Jordão. Direito indígena e o paradigma instituído pela Constituição de 1988: direito à alteridade. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 12, n. 3, p. 126-138, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/20991>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

FIGUEROA, Isabela. Povos indígenas versus petrolíferas: controle constitucional na resistência. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, ano 3, 2006, p. 49-79. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452006000100004>. Acesso em: 31 jul. 2019.

FREITAS, Rodrigo Bastos de; BAHIA, Saulo José Casali. Direitos dos índios na Constituição de 1988: os princípios da autonomia e da tutela-proteção. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 16, n. 32, p. 1-42, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/34536>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen Vivir / Vivir Bien**: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: CAOÍ, 2010.

LAPPE, Emeli, LAROQUE, Luis Fernando da Silva. Indígenas e natureza: a reciprocidade entre os Kaingang e a natureza nas Terras Indígenas Por Fi Gâ, Jamã Tÿ Tãnh e Foxá. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 34, ago, 2015, p. 147-156. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/made/article/view/37073>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

LIMA, Tânia. **A parte do Cauim**: etnografia Juruna. Tese (Doutorado em Antropologia). 480f. PPGAS-Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995. Disponível em: <<https://acervo.socioambiental.org/index.php/acervo/tesesdissertacoes/parte-do-cauim-etnografia-juruna>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

MELO, Álisson José Maia. El derecho humano al agua y la gestión comunitaria de los servicios de saneamiento rural en el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 15-32, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/305>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico nos andes: os direitos de Pachamama, o bem viver e o direito à água. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). **Para além das fronteiras**: o tratamento

jurídico das águas na Unasul, Parte I. Itajaí: Univali, 2012, p. 9-31. (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo ; v. 2).

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5ª ed. Porto Alegre: Ed. Sulinas, 2015.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Novo constitucionalismo latino-americano: o estado moderno em contextos pluralistas. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/41>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

PACINI, Aloir. Um perspectivismo ameríndio e a cosmologia anímica chiquitana. **Espaço Ameríndio**, v. 6, n. 2, jul./dez. 2012, p. 137-177. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/33180>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

PAPADÓPOLO, Midori. **El nuevo enfoque internacional em materia de derechos de los pueblos indígenas**. Guatemala: Universidad Rafael Landivar, 1995.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. Petrópolis: Vozes, 1970.

RIBEIRO, Darcy. **Teorias do Brasil: os brasileiros**. Petrópolis, d. Vozes, 1982.

ROCHA, Maria Vital da; MELO, Álisson José Maia. Conformações entre a propriedade privada rural e um direito ao meio ambiente indígena decorrente de um direito da personalidade: análise da constitucionalidade da solução conferida pelo Direito Civil a situações não amparadas. In: João Luís Nogueira Matias. (Org.). **Os impactos da proteção ao meio ambiente no Direito**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 163-192.

ROCHA, Maria Vital da; MELO, Álisson José Maia. Direito à terra como um direito da personalidade indígena: o estudo de caso do conflito de terras da tribo Guarani-Kaiowá. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 3, p. 635-661, set./dez. 2017b. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5575>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SANCHES, Beatriz Eugenia. El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. In: SOUSA SANTOS, Boaventura, VILLEGAS, Maurício Garcia. **El caleidoscopio de las justicias em Colombia**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2001, tomo II, p. 97. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Beatriz%20Sanchez_Fev12.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SANDOVAL-MORENO, Adriana; GÜNTHER, María Griselda. La gestión comunitaria del agua en México y Ecuador: otros acercamientos a la sustentabilidad. **Ra Ximhai**, El Fuerte (México), v. 9, especial 2, p. 165-179, mayo/ago. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rxm/article/view/53968>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SARANGO, Luis Fernando. El estado plurinacional y la sociedad intercultural: una visión desde el Ecuador. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 636-658, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/21821/15933>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Ana Hilda et al. A relação dos indígenas com a natureza como contribuição à sustentabilidade ambiental: uma revisão da literatura. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 7, n. 2, 2015, p. 88-95. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/465>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

STAVENHAGEN, Rodolfo. El sistema internacional de los derechos indígenas. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/1/13.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

THEMUDO, Tiago, RODRIGUES, Amanda. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.5, n. 1, jan-jun, 2015, p. 303-317.

VALENÇA, Daniel Araújo, COSTA, Rodrigo Vieira, MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira. A construção histórica do direito humano à água: da *guerra del água* ao reconhecimento internacional. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 13, jan/abr, 2019, p. 102-116. Disponível em: <<http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/755>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

WALSH, Catherine. O interculturalizar da nova Constituição equatoriana. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto, 2009.

WHO [World Health Organization]; UNICEF [United Nations Children's Fund]. **Progress on drinking water, sanitation and hygiene: 2014 update**. New York: Unicef, 2014. Disponível em: <http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/JMP_report_2014_webEng.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

WHO [World Health Organization]; UNICEF [United Nations Children's Fund]. **Progress on drinking water, sanitation and hygiene: 2017 update and SDG baselines**. Geneva: WHO, UNICEF, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/publications/files/Progress_on_Drinking_Water_Sanitation_and_Hygiene_2017.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro derecho**, Bogotá, n. 30, jun. 2004. Disponível em: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 139-59, 2011. Disponível em: <https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.