

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS

GISELA BRUM ISAACSSON

ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO

DIREITO OU MERCADORIA?

Uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

**Pelotas
2019**

GISELA BRUM ISAACSSON

ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO

DIREITO OU MERCADORIA?

Uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

Orientadora: Prof^a Dra. Cristine Jaques Ribeiro

Pelotas
2019

173a

Isaacsson, Gisela Brum

Água potável e seu acesso – direito ou mercadoria? : uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro / Gisela Brum Isaacsson. - 2019.

167 f.

Tese (Doutorado em Política Social e Direitos Humanos) - Universidade Católica de Pelotas, 2019.

Orientadora: Cristine Jaques Ribeiro.

1. Água potável. 2. Direito. 3. Mercadoria. 4. Supremo Tribunal Federal. I. Ribeiro, Cristine Jaques. II. Título.

CDD 341.481

Catálogo na fonte: Bibliotecária Jetlin da Silva Maglioni CRB-10/2462

ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO

DIREITO OU MERCADORIA?

Uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador Prof^a Dra. Cristine Jaques Ribeiro

1º Examinador: Prof. Dr. _____

2º Examinador: Prof. Dr. _____

3º Examinador: Prof. Dr. _____

Pelotas, ____ de _____ de 20__

DEDICATÓRIA

Às minhas filhas, Juliana, Valéria e Isabel e ao meu esposo Eduardo pelo apoio, paciência, compreensão e carinho que me dispensaram nestes quatro anos de elaboração do presente trabalho.

AGRADECIMENTO

À minha orientadora, colega e amiga Cristine Jaques Ribeiro por todo auxílio, esclarecimentos e apoio na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

A água potável, indiscutivelmente, consiste na principal e mais básica fonte de vida do planeta. Sendo assim, verificar como vem sendo encarado o seu uso, garantia de acesso e preservação, tanto no cenário internacional quanto nacional é uma questão de relevante interesse. Assim, pretende o presente trabalho investigar, inicialmente, a partir de referências bibliográficas e legislativas, qual vem sendo considerada sua principal faceta: a água potável é considerada um direito ou uma mercadoria? Para tanto, o estudo parte de uma análise geral sobre os dados numéricos, tanto no mundo dos fatos quanto no mundo acadêmico, considerando-se, aqui, produção de textos sobre o assunto. Após, arrola as preocupações globais até então apresentadas sobre o tema tendo por base os diversos encontros, fóruns e legislações já produzidas, tanto no Brasil quanto no mundo, com destaque para três constituições latino-americanas que já possuem a água como garantia fundamental do cidadão em seus textos. Em um segundo momento, analisa os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais para verificar a possibilidade de enquadramento em cada uma das categorias, passando, em sequência a discutir o poder institucionalizado como fonte de ações que podem interferir na equalização do problema. Por fim, aborda o Poder Judiciário brasileiro um dos poderes institucionais capazes de fazer a diferença quando a questão é pensar-se sobre a natureza jurídica da água potável, através da análise de julgados de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal. Ao fim conclui-se que, apesar de não ser um órgão pró-ativo, uma vez que sua atuação só se faz a partir de provocação, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, majoritariamente no sentido da água ser um direito que deve ser observado e garantido a todos. Critica-se por fim a atuação dos demais poderes do Estado, esses sim capazes de interferir positivamente no cenário nacional através de leis – Poder Legislativo – e políticas públicas – Poder Executivo – que, por sua displicência ou, talvez, conforto permanecem silentes quanto à matéria levando a crer que elevar-se a água potável ao patamar de direito seria, em um primeiro momento, prejudicar a economia que, indubitavelmente, a considera uma mercadoria, negociável e precificável e, em um segundo momento, abrir-se a interferências dos estados estrangeiros quanto ao seu uso e gestão.

Palavras-chave: Água potável. Direito. Mercadoria. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Drinking water is the main and most basic source of life on the planet. Thus, verifying how its use, guaranteeing access and preservation, both internationally and nationally, is being considered is a matter of relevant interest. Thus, the present work intends to investigate, initially, from bibliographic and legislative references, which has been considered its main facet: is drinking water considered a right or a commodity? Therefore, the study starts from a general analysis of numerical data, both in the world of facts and in the academic world, considering here the production of texts on the subject. It then lists the global concerns hitherto presented on the subject based on the various meetings, forums and legislations already produced, both in Brazil and in the world, highlighting three Latin American constitutions that already have water as the fundamental guarantee of the citizen. in your texts. Secondly, it analyzes human rights, human rights and fundamental rights to verify the possibility of fitting into each of the categories, and then discusses institutionalized power as a source of actions that can interfere with the equalization of the problem. . Finally, the Brazilian Judiciary Power addresses one of the institutional powers capable of making a difference when it comes to thinking about the legal nature of drinking water, through the judging of its highest body, the Federal Supreme Court. In the end it is concluded that, although not being a proactive body, since its action is only based on provocation, the Federal Supreme Court has been positioning itself, mainly in the sense that water is a right that must be observed. and guaranteed to all. Finally, it criticizes the performance of the other powers of the State, which are capable of positively interfering in the national scenario through laws - Legislative Power - and public policies - Executive Power - which, due to their carelessness or, perhaps, comfort remain silent about the It is believed that raising drinking water to the right level would, in the first instance, undermine the economy, which undoubtedly considers it a commodity, negotiable and priceless and, in a second moment, open to interference from foreign states regarding its use and management.

Keywords: Drinking water. Right. Merchandise. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Números e Cenários	13
2.1 Números – químicos, físicos e sociais.....	13
2.2 Estado da Arte	19
2.3 Cenários Legislativos Internacionais e Nacionais	25
2.3.1 Cenário Internacional.....	26
2.3.2 Cenário Nacional.....	32
2.3.3 Perspectivas Legislativas Nacionais.....	39
3 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Direito do Homem, Direito Humano e Direito Fundamental	42
3.1 Direito do Homem, Direito Humano e Direito Fundamental – Distinções ...	42
3.2 Constituições Federais.....	61
3.2.1 Constituição Mexicana e Constituição Alemã.....	61
3.2.2 Constitución de la Republica Oriental del Uruguay	67
3.2.3 Constitución de la Republica del Ecuador	69
3.2.4 Constitución Política del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario de Bolívia.....	72
4 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Poder e Poderes	78
4.1 Divisão dos Poderes Políticos do Estado Ocidental – Conceitos Iniciais....	78
4.2 Poder Institucionalizado no Mundo Ocidental.....	82
4.3 Institucionalização do Poder - Jehan Bodin e Thomas Hobbes.....	85
4.4 Poder Institucionalizado Moderno – funções e divisões	89
4.5 O Tribunal Constitucional	93
4.5.1 Origens e Premissas.....	94
4.5.2 Jurisdição Constitucional.....	99
4.5.3 Composição dos Tribunais Constitucionais	102
4.6 Supremo Tribunal Federal – Origens, Funções e Constituições.....	104
5 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	108
5.1 Critérios utilizados na pesquisa.....	108
5.2 Decisões eleitas para análise.....	111

5.2.1 Recurso Extraordinário nº 94.320/SP	111
5.2.2 Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 567 MC/DF	113
5.2.3 Habeas Corpus nº 99054/RS	115
5.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2340/SC	119
5.2.5 Recurso Extraordinário nº 607.056/RJ	127
5.2.6 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF	134
5.3 Análise Final dos Julgados.....	138
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS	150
ANEXO – Artigos utilizados no estado da arte apresentado.....	159

1 INTRODUÇÃO

Água. O que uma molécula formada por um átomo de oxigênio e dois de hidrogênio, unidos por elétrons pode significar? O que esta substância, que na forma pura, é inodora e incolor, pode interferir na vida do planeta? Um elemento que se encontra presente no corpo humano, nos alimentos, em todos os seres vivos, na natureza e que possui inúmeras funções pode despertar que tipo de interesse na sociedade moderna? Serão possíveis disputas e guerras serem desencadeadas pela sua posse e acesso? Bem de consumo ou direito humano? Paradoxo? Em um mundo, em que a ficção científica ainda não domina, tem-se que nada, nem ninguém, sobreviveria sem o precioso *ouro azul*.

A água é tema atual e relevante e enseja uma sempre crescente onda de preocupações. Bem escasso e de finitude momentânea provável, a água ocupa, ou deveria ocupar, no cenário nacional e internacional uma posição soberana pelo simples fato de que sem água não há vida. Dessa forma, pretende o presente estudo discutir, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, a água potável e seu acesso em um cenário global e brasileiro, através de números, cenários legislativos e judiciais dos poderes instituídos com o intuito de aferir como está sendo o tratamento a ela dispensado.

Pode-se considerar a água potável e o seu acesso um direito do homem, um direito humano e um direito fundamental garantido e assegurado de forma igualitária a todos ou seria esta mais um bem de consumo, precificável, ensejador de lucro e de poder por parte daqueles que a detém em maior quantidade? Como o poder institucionalizado brasileiro, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal, se posiciona a respeito?

Diante de tal questionamento – a água potável e seu acesso é um direito ou uma mercadoria? – procurar-se-á, a partir de uma investigação geral acerca de direitos, poderes e textos legais existentes sobre o tema, buscar, ao final do estudo, uma resposta expressa a esta questão embasada na análise de julgados proferidos pela mais alta corte do país, representante máximo de um dos poderes instituídos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Dessa forma, apresenta como objetivo geral investigar se a água potável e seu acesso vem sendo considerada direito ou mercadoria no entendimento expresso

nos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, leia-se aqui Poder Judiciário, uma vez que, conforme se verá, tendo em vista a ausência de legislação e políticas públicas específicas, ser este o único poder a se preocupar com o tema, ainda que de forma provocada, no Brasil no momento atual.

Como objetivos específicos pretende selecionar textos legais e constitucionais, brasileiros e estrangeiros, com um intuito de dar uma visão geral sobre o que o Brasil e o mundo, em especial a América Latina, vem apresentando sobre a questão. Um segundo objetivo específico será analisar o poder instituído desde sua origem, passando pela divisão deste e desaguando na tripartição de poderes que hoje existe no Brasil, enfatizando o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do Poder Judiciário. E, por derradeiro, discutir os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema a fim de concluir qual o sentido que vem sendo dado à água potável e seu acesso: direito ou mercadoria?

A pesquisa será qualitativa utilizando o método dedutivo e como meios de pesquisa serão analisados referências bibliográficas, textos legais, e documentos jurisprudenciais.

Para tanto, divide o presente trabalho seis partes: introdução, quatro capítulos e conclusão.

No primeiro capítulo “Números e Cenários” pretende explorar questões gerais sobre a água, sobretudo apresentando dados estatísticos apurados por entidades governamentais e organismos internacionais acerca da disponibilidade da água no Brasil e no mundo. Valer-se-á, também de um estado da arte realizado com o intuito de situar o presente estudo no universo acadêmico de produção de trabalhos verificando onde se encontram as maiores produções de textos sobre o assunto. Concluir-se-á o capítulo investigando os cenários legislativos internacionais e nacionais, bem como as perspectivas legislativas no Brasil sobre o tema.

O segundo capítulo traz uma discussão sobre o “Direito do Homem, Direito Humano e Direito Fundamental”, inicialmente traçando distinções a respeito desses nas mais diversas correntes doutrinárias e perspectivas ideológicas. Na sequência, será apresentada uma comparação entre diversas constituições federais internacionais e a presença, ou não, da água potável e de seu acesso como direito em seus textos.

O terceiro capítulo trará uma carga mais doutrinária, necessária ao êxito final do texto que se pretende produzir, uma vez que a meta é a investigação da postura de um dos poderes institucionalizados brasileiros, representado por seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de investigar o tratamento dispensado à água potável e ao seu acesso. Aqui, portanto, serão discutidos “Poder e Poderes” tendo como enfoque a divisão desses no Estado Ocidental, ressaltando-se o poder institucionalizado. Partir-se-á de breves apontamentos históricos com o intuito de compreender-se o seu surgimento e formação, trazendo o entendimento de pensadores que formaram suas bases, para desaguar no poder institucionalizado moderno e sua divisão. O último tópico do capítulo irá tratar do Tribunal Constitucional como um representante do poder institucionalizado no mundo moderno ocidental, partindo de sua origem e premissas, passando pela jurisdição constitucional e a composição dos tribunais constitucionais e finalizando no relato acerca das origens do Supremo Tribunal Federal e controle da constitucionalidade nas diversas Constituições Federais brasileiras

O quarto e último capítulo trará uma “Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Serão elencados julgamentos nos quais a questão água potável e seu acesso são abordados a fim de investigar o real sentido que a Corte Máxima brasileira vem adotando sobre o tema.

Dessa forma, como conclusão final será possível desenhar-se um quadro de como o Poder Judiciário brasileiro vem tratando do assunto bem como realizar-se uma avaliação crítica desse posicionamento tendo em vista todo o arcabouço fático e doutrinário, desenvolvido na sequência do estudo.

2 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Números e Cenários

Iniciar-se uma discussão sobre água potável e seu acesso, bem como provocar uma reflexão se o tema trata-se de um direito ou apenas uma mercadoria sujeita às variações da economia, da política ou de ideologias governamentais, impende que se realize uma primeira abordagem de três quadros: a) físico; b) de produção científica; c) de produção legislativa.

Assim, pretende-se no primeiro capítulo, que ora se propõe o desenvolvimento, abordar, quanto ao quadro físico como a água surge no Brasil e no mundo considerando-se, aqui, um caráter absolutamente numérico de distribuição geográfica e de exemplos de seu emprego e/ou mau uso.

A segunda abordagem – produção científica – será realizada tendo em vista a produção de um Estado da Arte, de caráter eminentemente bibliográfico, com o objetivo de mapear a produção acadêmica a respeito, obedecendo-se critérios pré-definidos a serem expostos na sequência.

Por fim, o presente capítulo fará um apanhado do tema nos cenários legislativos internacionais e nacionais, do século XX e do atual século XXI, objetivando verificar a importância com a qual vem sendo tratada a água potável e seu acesso.

Dessa forma, sem pretensão alguma de esgotamento do tema, passa-se a exploração de cada um dos quadros propostos.

2.1 Números – químicos, físicos e sociais

A água, sob o enfoque da química, trata-se de um produto de dois átomos de hidrogênio (H) unidos a um de oxigênio (O) e é garantidora da vida no planeta que habitamos. Três quartos da Terra é formada por água, no entanto, deste total, apenas 2,5% é formada por água doce, própria ao consumo humano e animal. Deste pequeno percentual tem-se 68,9% em forma de geleiras e coberturas permanentes e 29,9% escondidas no subterrâneo. Assim, somente ínfimos 0,3% constituem águas continentais superficiais (lagos e rios), segundo dados do Ministério do Meio Ambiente de 2017 (2017).

Tendo em vista os números inicialmente expostos, tem-se que o tema é relevante e deve desencadear uma preocupação e discussão mundiais uma vez que sem água não se tem nenhuma forma de vida. A apreensão cresce na medida que se constata que o homem pode contar com apenas 0,3% do total de água potável disponível no mundo para sobreviver e garantir que o planeta siga vivendo, fato este que acende um sinal de alerta não devendo ser olvidado.

A par disso, os seres humanos possuem, em média, 60% de água no organismo – os recém nascidos entre 74% e 80% –, divididos em células, tecidos, órgãos, e esta desempenha tarefas essenciais como ser o solvente que garante um meio propício para a realização da grande maioria das reações químicas, regula a temperatura, é componente do plasma sanguíneo, entre uma infinidade de outras tarefas essenciais para várias formas de vida no planeta.

Dessa forma, vai-se além. Sem água não é possível manter-se uma vida saudável, nem do homem, nem das demais espécies, uma vez que esta é parte integrante dos organismos e fundamental para o desempenho de suas funções mais elementares. Tanto é assim que a desidratação é uma das causas de morte, principalmente em crianças e idosos.

A água ainda desempenha a função de matéria-prima elementar ensejadora do desenvolvimento socioeconômico da sociedade moderna tendo em vista seus usos variados que vão da sobrevivência humana, passando pela higiene e chegando até o consumo industrial quando utilizada como bem intermediário na produção econômica. No entanto, apesar da diversidade do seu emprego em atividades simples e mais complexas, nunca se pode olvidar sua característica fundamental de bem escasso.

Cabe ainda ressaltar a desigualdade existente entre grupos socioeconômicos ao acesso à água potável. Camadas mais pobres da população mundial estão em flagrante descompasso com camadas mais ricas. Enquanto as primeiras não têm acesso à água tratada e ao esgoto, apenas 10% das segundas não têm acesso a esses serviços (PAES DE BARROS et al., 2010).

A interação entre a atmosfera, biosfera e litosfera geram um equilíbrio dinâmico para que o ciclo da água se realize, estabelecendo as características e vazões do produto natural. Esse equilíbrio depende de fatores como precipitações,

balanço de energias – evaporação, energia solar, vegetação e solo – natureza e dimensão das formações geológicas, etc. Dessa forma, qualquer tipo de modificação no clima ou na paisagem são passíveis de transformar a quantidade, qualidade e tempo de resistência da água nos ecossistemas do planeta (BARROS; AMIN, 2008).

Urban (Neutzling, 2004), ao analisar o uso da água, adverte que:

As atividades humanas utilizam aproximadamente 2,5 vezes mais água do que a quantidade naturalmente disponível em todos os rios do planeta. Considerando-se a relação entre a quantidade total de água doce em rios e lagos, 126.200 Km³, e o volume anual utilizado, 2900 Km³, o tempo de demanda da circulação da água é de 44 anos, bastante inferior ao tempo de sua renovação natural em escala global, indicando uma clara tendência à escassez e forte pressão sobre reservatórios subterrâneos.

Assim, e considerando que apesar do seu ciclo natural a tornar um recurso renovável, não se pode olvidar ser este um recurso que poderá se tornar finito, por um determinado período, tendo em vista o tempo e condições necessárias à sua reposição, abalando o equilíbrio ecológico terrestre.

Tratando-se de um recurso finito, por determinado período, impende discutir-se como a água vem sendo tratada considerando-se dois aspectos fundamentais: a) sem água não há vida; b) a água é um recurso que pode se tornar finito por um período de tempo. Considerando-se este segundo aspecto e pensando-se que a água pode se esgotar por algum tempo como se pode pensar em gerações futuras? Não há como interromper uma geração e retornar-se na próxima, pois próxima não haverá. Soluções paliativas? Quais? Eficazes? Não se duvida da ciência e de seus avanços, mas mais provável que não irá existir produto que a substitua. Dessa forma, fundamental a reflexão de qual natureza jurídica se quer atribuir a água, direito ou bem de consumo? A sociedade moderna, líquida, momentânea e egocêntrica, parece que ultrapassa tal questão sem maiores preocupações.

Em termos de distribuição da água potável no mundo, tem-se que não é homogênea. Conforme dados do Ministério do Meio Ambiente (2007¹), de acordo com o Programa Hidrológico Internacional da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a maior parte dos potenciais hídricos estão localizados nas Américas, 41%, – sendo que a América Latina possui 26% do total de água doce disponível no planeta, para 6% da população mundial, a América

¹ Os dados são de 2007. Não foi possível a localização de dados mais recentes, assim optou-se por citá-los por entender-se a relevância da fonte, bem como por considerá-los gerais e elucidativos na presente pesquisa.

do Norte e Central, 15% da água para 8% da população mundial – e na Ásia – 36% deste total para 60% da população mundial. A África conta apenas com 10% para 12% da população do globo, a Europa conta com 7% para 13% de população, a Oceania e a Antártida ambas com 6%, para menos de 1% da população mundial.

O Brasil é o país que possui a maior disponibilidade de água potável no mundo, cerca de 11% do total utilizável. A maior parte do manancial está na região Norte do país, na Bacia Amazônica, zona com poucos habitantes e poucos solos dedicados à agricultura, detentora de 68,5% da concentração de recursos hídricos do país para 4,12% da população brasileira. As demais regiões dividem o restante, sendo 3,3% da água para 34,15% de densidade demográfica na Região Nordeste, 15,7% de água para 8,75% da população da Região Centro Oeste, 6% da água para 86,2% de brasileiros da Região Sudeste e, finalmente, 6,5% dos recursos hídricos para 48,58% dos habitantes da Região Sul, conforme dados do IBGE/Agência Nacional das Águas, apurados no ano de 2010².

Como pode-se perceber nos dados apresentados acima, a distribuição dos recursos hídricos no mundo e, da mesma forma no Brasil, dá-se de forma irregular se for considerado a relação entre disponibilidade desses e população. Na Ásia onde se localizam 60% da população mundial possui apenas 36% dos recursos hídricos disponíveis. De outra banda, no Brasil, a maior concentração de hídricos ocorre na região norte que possui a menor densidade demográfica.

Tais dados demonstram, assim, o grande descompasso existente entre o binômio “população x disponibilidade de água” ensejando, mais uma vez, a exigência de atenção a tal aspecto. Como equalizar tal problema se a água potável for um bem de consumo? Populações de primeira, segunda ou terceira categorias? Possível? Detentores de poder e bens ou submissos ao jogo da oferta e da procura? Ou por outro viés. Como amenizar tal problema considerando-se a água potável um direito? Necessidade de normas cogentes ou dispositivas? Julgamentos declaratórios, constitutivos ou condenatórios? Sanções importam? Serão cumpridas ou fazem parte do jogo rápido e solúvel dos tempos? Neste ponto entende-se que tomadas de decisões fazem-se necessárias. Mais. Atitudes proativas urgem.

² Os dados são de 2010. Não foi possível a localização de dados mais recentes, assim optou-se por citá-los por entender-se a relevância da fonte, bem como por considerá-los gerais e elucidativos na presente pesquisa.

Definições que não podem ser mais relegadas a um segundo momento. Prejuízos? Incontestáveis.

O consumo diário de água está intimamente relacionado ao nível de desenvolvimento do país, bem como com o nível de renda das pessoas. Estima-se que a necessidade diária para um indivíduo, em média, seja de 40 litros de água envolvendo aqui o consumo para beber, hábitos de higiene e na elaboração da alimentação, entre outros.

Tendo em vista as estimativas fornecidas pela UNESCO, entre 2011 e 2050 a população mundial crescerá 33%. O “Global Environmental Outlook’s Baseline Scenario” de 2012³ da *Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD*, projetou com base nesta expectativa que haverá um aumento no risco de escassez de água até 2050. Outro ponto que expressa este relatório é que o déficit hídrico, em 2030 será de 40%, caso nenhuma ação tenha sido tomada no cenário atual. Se não houver uma atitude proativa dos governos mundiais no sentido de buscar um consumo sustentável e consciente, em 2025, a utilização humana deste recurso poderá chegar a 90% do total disponível, restando apenas 10% para os demais seres vivos.

Por outro lado, a utilização da água como bem de consumo, precificado e comercializado por grandes conglomerados aumenta as desigualdades e gera muitas incertezas quanto ao futuro do planeta.

A água passa a possuir donos e gerar lucros tanto para particulares quanto para governos que cobram impostos sobre sua comercialização. Muitas formas de exploração surgem aqui.

A utilização do fraturamento hidráulico, por empresas de mineração, faz que essas se tornem algumas das maiores consumidoras de água do mundo desenvolvido, tanto de forma direta – consumo do bem para a realização da atividade – quanto indireta – envenenamento de reservas hídricas. Na mesma linha, surgem as empresas de refrigerante e de água mineral que, juntamente com as mineradoras, acabam por esgotar as reservas de água subterrânea disponíveis em várias partes do mundo (SASSEN, 2016).

³ Os dados são de 2012. Não foi possível a localização de dados mais recentes, assim optou-se por citá-los por entender-se a relevância da fonte, bem como por considera-los gerais e elucidativos na presente pesquisa.

Empresas de engarrafamento, inclusive, constroem enormes tubulações, utilizam supertanques e gigantescas bolsas seladas para transportar o líquido por longas distâncias para fins comerciais. O açambarcamento de água, que é considerada o *novo petróleo*, está se tornando, de forma muito rápida um sério agravante à escassez hídrica para os pobres em áreas cada vez maiores (SASSEN, 2016).

Dessa forma regiões que poderiam ter maior disponibilidade de água passam a carecer desta tudo sob o manto da legalidade e aquiescência dos governos que, muitas vezes, são coniventes com este tipo de comercialização pois, na melhor das hipóteses, auferem impostos com as transações comerciais.

A poluição industrial é outro fator forte de interferência no meio ambiente e, por conseguinte, na água potável. Os efeitos do efeito estufa, produzidos a partir dos gases dióxido de carbono, metano, óxido nitroso e partículas em suspensão, como as do carbono negro, são apontados como principais causadores das mudanças climáticas. China e Estados Unidos encabeçam os principais Estados responsáveis pela emissão desses gases. A elevação dos níveis dos oceanos e sua acidez e o derretimento do gelo permanente também decorrem deste efeito nefasto que, apesar dos esforços de muitos governos, não estão conseguindo serem detidos (SASSEN, 2016).

Dessa forma, a realidade apresentada, tanto no cenário mundial quanto brasileiro, exige que se pense como amenizar tal problema e revela o papel fundamental que o acesso à água potável significa para a sustentabilidade das espécies, do globo terrestre e de toda humanidade, razão pela qual o direito não pode se furtar a tal tarefa. Não se quer, aqui, afastar totalmente o caráter comercial da água, pois fábricas de refrigerantes e mineração continuarão existindo, assim como impostos continuarão sendo cobrados em muitos casos, sendo irrazoável acreditar-se em sua plena extinção, no entanto tal aspecto não deve prevalecer sobre direito de todos terem acesso à água potável, uma vez que esta é condição essencial para que se tenha vida. Assim o reconhecimento da água como direito humano, em todas as legislações, é premente devendo as nações discutirem a sua normatização.

2.2 Estado da Arte

Interessante se faz, em um primeiro momento, à guisa de explorar melhor o tema, desenvolver uma pesquisa de Estado da Arte, ou Estado do Conhecimento, acerca do protagonismo da água potável no mundo das produções acadêmicas.

Inicialmente cabe salientar que uma pesquisa denominada “Estado da Arte” possui caráter bibliográfico e enfrenta o desafio de mapear e discutir uma certa produção acadêmica em diferentes campos do conhecimento, com o objetivo de responder quais são os aspectos e dimensões que vêm merecendo destaque e são privilegiados em diferentes épocas e lugares. Envolve também verificar em que formas e condições as dissertações de mestrado e as teses de doutorado vêm sendo produzidas, analisando as publicações em periódicos bem como as comunicações em anais de congressos e seminários. A metodologia empregada possui um caráter inventariante e descritivo da produção acadêmica e científica sobre o tema que se busca investigar tendo por base as categorias e facetas que surgem em cada produção e no conjunto deles (FERREIRA, 2002).

Assim, inicia-se o trabalho tendo-se por base os periódicos A1, A2, B1 e B2, objetivando expor o tema frente a complexidade do serviço social e do direito, utilizando-se, para isso, a Plataforma Sucupira como base de pesquisa, referente às publicações realizadas na área 32 – Serviço Social, no período entre 2013 – 2016.

Uma vez coletados os dados pretende-se construir-se uma arqueologia do campo de estudos e, a partir de tais informações, ressaltar as delimitações e concentrações de periódicos pelo país, América Latina e Europa.

Após a fase anteriormente exposta, partir-se-á para uma construção e categorização geral dos artigos levantados objetivando perceber quais seriam os espaços atuais e quantos trabalhos alcançaram em nível A1, A2, B1 e B2 ao tratar do direito à água potável nas publicações pesquisadas.

Ao fim, e com base nos artigos científicos encontrados, procurar-se-á constatar se estes poderão ser um indicativo de consumação de uma cultura que respeite o tema central de pesquisa, qual seja, direito à água potável como um direito humano.

Dessa forma, seguir-se-á a seguinte metodologia. O estado da arte aqui proposto, far-se-á com base na Plataforma Sucupira considerando as seguintes categorias: “água e direito” nos periódicos do quadriênio 2013-2016, área de avaliação: Serviço Social, classificação: A1, A2, B1 e B2.

Esclarece-se que foram excluídos da compilação de dados os periódicos que se repetem na plataforma em várias versões – física e eletrônica, por exemplo – tendo em vista a desnecessária repetição.

As terminologias utilizadas na pesquisa foram “direito” e “água”, terminologias essas que foram aplicadas nas *searchs* nas diversas revistas disponíveis na plataforma supracitada.

Após a localização dos artigos, foi realizada uma análise intra-texto utilizando-se o atalho Ctrl+F com o objetivo de filtrar os textos que tratam especificamente do tema de pesquisa trabalhado, qual seja, o direito à água potável como direito humano.

Assim sendo, obtiveram-se os seguintes resultados, ressaltando-se, ainda, que os gráficos e tabelas foram elaborados pela autora para melhor visualização da pesquisa realizada.

Importante lembrar que a pesquisa foi realizada no campo 32 referente ao Serviço Social não tendo sido base da pesquisa o campo referente ao Direito. Assim, tem-se como primeiro panorama geral da pesquisa:

QUADRO 1 – PERIÓDICOS (A1,A2,B1 E B2) DA ÁREA 32 (SERVIÇO SOCIAL) DA PLATAFORMA SUCUPIRA (2013-2016)

Classificação Qualis – Capes	Números a partir da Qualis – Capes	Números resultantes da filtragem com supressão das repetições
A1	16	7
A2	35	5
B1	111	19
B2	91	4
Total	253	35

Tabela nº 01: Periódicos Plataforma Sucupira – Fonte: elaborada pela autora

Uma primeira percepção a ser feita é o relevante número de artigos publicados na plataforma A1 proporcionalmente em relação aos demais periódicos. Essa constatação pode ser percebida facilmente a partir da seguinte representação gráfica, a saber:

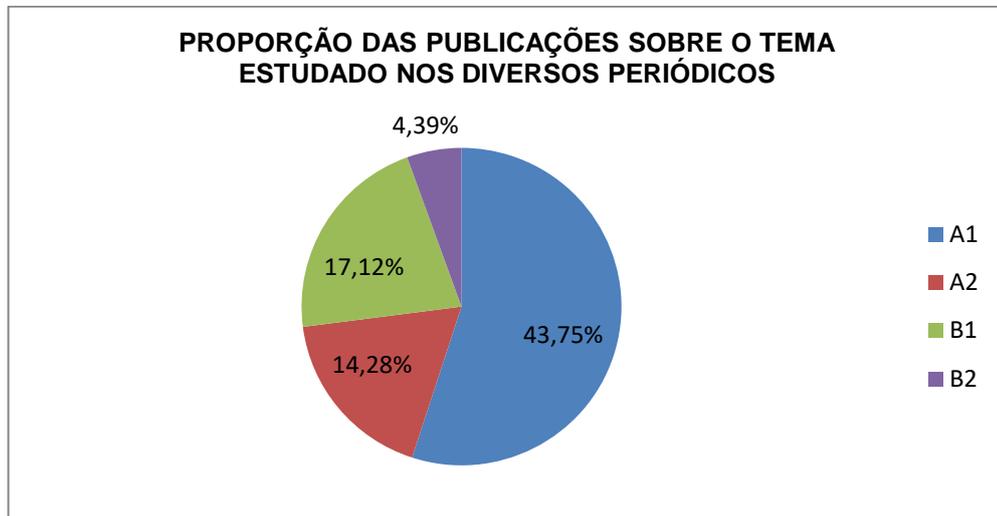


Gráfico nº 01: Proporção das Publicações – Fonte: elaborado pela autora

Qualis é um conjunto de procedimentos utilizados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, ligada ao Ministério da Educação, para a estratificação da qualidade da produção intelectual dos programas de pós-graduação. Como resultado, apresenta uma lista com a classificação dos periódicos utilizados pelos programas de pós-graduação para a divulgação da sua produção. A qualidade dos artigos é aferida a partir da análise da qualidade dos veículos de divulgação – periódicos científicos. Dentre esses, os quatro estratos pesquisados possuem os seguintes fatores de impacto: A1 – igual ou superior a 3.800; A2 – entre 3,799 e 2,500; B1 – entre 2,499 e 1,300; e B2 – 1,299 e 0,001. Esses fatores de impacto são medidos pelo Institute for Scientific Information – ISI (BASTOS, 2019).

Assim, percebe-se que publicações contendo o tema do presente estudo estão presentes em 43,75% de periódicos classificados com o mais alto valor de impacto – A1, denotando importância e relevância das produções nesta área.

Outra dimensão relevante a ser realizada diz respeito aos periódicos nacionais, da América Latina e da Europa, nos quais se encontram publicações que envolvam o tema objeto de estudo verificando-se, assim, a importância deste nos vários locais do mundo. Assim, tem-se:

QUADRO 2 – CLASSIFICAÇÃO DE PERIÓDICOS BRASILEIROS, LATINO-AMERICANOS E EUROPEUS

	A1	A2	B1	B2	Total
BRASIL	7	5	15	4	31
AMÉRICA LATINA	0	0	2	0	2
EUROPA	0	0	2	0	2

Tabela nº 02: Classificação dos Periódicos quanto a localização – Fonte:elaborada pela autora

Importante salientar neste ponto a expressiva quantidade de artigos publicados no Brasil sobre o tema, um total de 31, frente a dois na América Latina (Colômbia) – sendo que possuem como origem o primeiro na Universidad Nacional Autónoma de México e segundo na University of Chicago (USA) – e dois no continente europeu (Holanda e Espanha).

Tal análise faz surgir a certeza da maior preocupação estar sediada no Brasil tendo em vista ser, como já foi dito, o maior detentor de água potável no mundo.

Considerando a maior concentração das pesquisas no território nacional, uma nova análise fez-se necessária a fim de verificar-se em quais estados está a maior produção dos estudos sobre o assunto. Dessa forma, surgiu o seguinte quadro comparativo:

QUADRO 3 – DISTRIBUIÇÃO DOS PERIÓDICOS EM SERVIÇO SOCIAL NO BRASIL

	A1	A2	B1	B2	TOTAL
DF	0	0	0	1	1
ES	0	1	0	0	1
MA	0	1	0	0	1
MG	1	0	0	1	2
PE	1	0	0	0	1
PR	0	1	3	0	4
RJ	5	0	11	0	16
SP	0	2	0	2	4
TOTAL NO BRASIL					30

Tabela nº 03: Distribuição dos periódicos no Brasil – Fonte: elaborada pela autora

Flagrante a superioridade do Estado do Rio de Janeiro na produção dos artigos que envolvem o tema. Verifica-se que dentre o total de 16 artigos, 4 são

originários do Instituto Rachou – Fundação Oswaldo Cruz, 1 da Fiocruz juntamente com a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 1 da Universidade do Rio de Janeiro, 1 da Universidade de Santa Catarina juntamente com a Universidade de Brasília e Faculdade Metropolitana Londrinense; 1 produzido pela Universidade de São Paulo junto ao Centro Universitário da FEI; 1 da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo; 1 do Instituto Federal do Espírito Santo em parceria com a Universidade Federal de Minas Gerais; 2 do Centro Universitário de Belo Horizonte juntamente com a Universidade Federal de Minas Gerais; 1 da Universidade de São Paulo; 1 pela Universidade Federal do Ceará; 2 pela Revista de Administração Pública.

Dos números apresentados percebe-se a dificuldade dos outros estados em fazer pesquisa sobre o tema no Brasil, confirmando uma maior possibilidade de fazer ciência na região sudeste, onde se verificam 16 artigos originários do Rio de Janeiro, 4 de São Paulo, 1 do Espírito Santo e 2 de Minas Gerais, um total de 23 artigos em um universo total de 30 sendo seguidas pela região sul, com 4 artigos no estado do Paraná, região nordeste com 1 artigo e região norte com 1 artigo, região centro oeste com 1 artigo.

Da situação supracitada segue a seguinte visão:

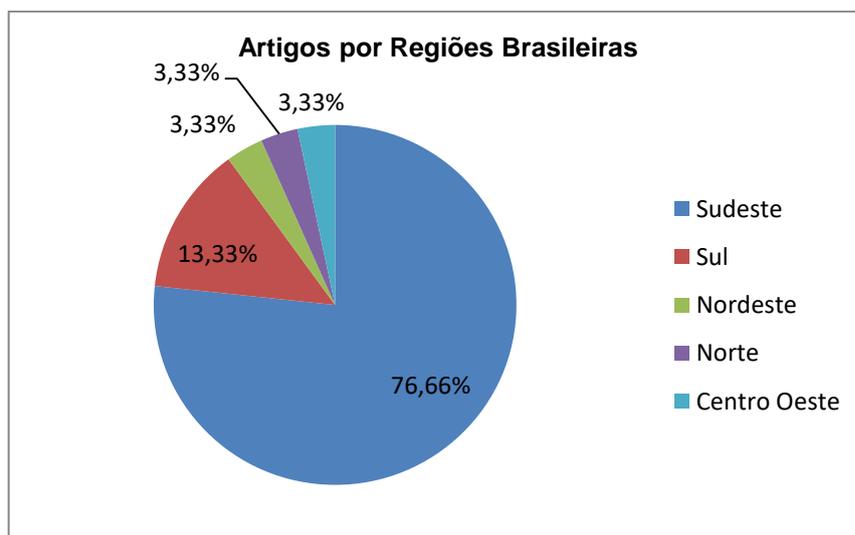


Gráfico nº 02: Artigos por Regiões Brasileiras – Fonte: elaborado pela autora

Por fim, da análise das instituições em que se deram as pesquisas tem-se o seguinte quadro:

QUADRO 4 – INSTITUIÇÕES X PUBLICAÇÕES SOBRE O TEMA

	A1	A2	B1	B2	TOTAL
Delfit University of Technology(Holanda)	0	0	1	0	1
Departamento de Pesquisas Aggeu Magalhães	1	0	0	0	1
– Fundação Oswaldo Cruz					
Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – Fundação Oswaldo Cruz	1	0	0	0	1
Escola Superior Dom Helder Câmara	0	0	1	0	1
Faculdade de Ciências Humanas – Universidade Federal de Pernambuco e Universidade Regional do Cariri	0	1	0	0	1
FUNASA	0	0	0	1	1
Instituto Federal do Espírito Santo e Universidade Federal de Minas Gerais	0	0	3	0	3
Instituto Rachou – Fundação Oswaldo Cruz	5	0	0	0	5
PUC/ Paraná	0	0	2		
Revista de Administração Pública	0	0	2	0	2
UNESC/FASEP/UFPI	0	0	0	1	1
Universidad Autónoma de Madrid (Espanha)	0	0	1	0	1
Universidad de Sevilla – publicada em São Paulo	0	0	0	1	1
Universidad Nacional Autónoma (México) – publicação colombiana	0	0	1	0	1
Universidade de Caxias do Sul	0	0	1	0	1
Universidade de São Paulo	0	2	3	0	5
Universidade Federal de Santa Catarina/ Universidade de Brasília/ Faculdade Metropolitana Londrinense	0	0	1	0	1
Universidade Federal de Viçosa	0	0	0	1	1
Universidade Federal do Ceará	0	0	1	0	1
Universidade Federal do Espírito Santo	0	1	0	0	1
Universidade Federal do Rio de Janeiro	0	0	1	0	1
University of Chicago (USA) – publicação colombiana	0	0	1	0	1
Untoeste – Campus de Toledo	0	1	0	0	1

Tabela nº 04: Instituições x Publicações – Fonte: Elaborada pela autora

Destaca-se aqui a superioridade da Fundação Oswaldo Cruz, com 5 trabalhos publicados e a Universidade de São Paulo com também 5 trabalhos publicados demonstrando que a concentração dos estudos encontra-se na região sudeste.

Desse modo, e tendo em vista todo panorama apresentado tem-se que a maior concentração de periódicos com publicações sobre o tema, no período de 2013 – 2016 localiza-se no Brasil e, mais precisamente, na Região Sudeste.

Denota-se de tal fato que existe uma grande preocupação nacional sobre o tema, talvez, por ser o Brasil o maior país detentor de água potável no mundo e ter necessidade de pensar tal fato de forma acadêmica. A ideia de que a água é um bem escasso, com possibilidade de se tornar finito, dependendo de algumas condições, também traz um alerta aos pesquisadores nacionais para estudar com maior profundidade a questão com vista a embasar uma futura legislação que possibilite lidar com a atenção mundial que recairá sobre o país em um momento cada vez mais próximo.

2.3 Cenários Legislativos Internacionais e Nacionais

Temática de preocupação mundial, a água potável e o seu acesso, vem despertando cada vez mais interesse, tendo em vista ser essa um elemento essencial para a garantia de todas as formas de vida no planeta. A exploração comercial da principal fonte de vida do homem e de todas demais espécies tem preocupado muitos setores da sociedade e, como já ressaltado, uma legislação cogente urge.

A importância da água para a humanidade tornou-se um lugar comum no início do século XXI, sendo que o chamado *ouro azul* seria até mesmo uma causa de futuras guerras entre as nações. Assim sendo, a escassez hídrica tornou-se uma das principais pautas da agenda política mundial (GOMES, 2013).

Muitos tratados internacionais e pactos vêm sendo firmados acerca do tema, no entanto, apesar de já reconhecerem a água potável e seu acesso como direito humano este ainda não se encontra positivado em muitos países, inclusive no Brasil.

De outra banda, como a água configura insumo indispensável para diversas atividades econômicas, como já ressaltado, essa passa a ser um recurso muito

valioso no mercado. Ela surge, com certeza, como um dos recursos naturais mais disputados no século XXI.

Dessa forma, e tendo em vista esta realidade, tanto no cenário mundial quanto brasileiro, há uma exigência de que se pense como amenizar o problema de sua escassez e, quiçá, finitude em muitos momentos. O acesso à água potável significa sustentabilidade das espécies, do globo terrestre e de toda humanidade, razão pela qual o direito não pode se furtar a tal tarefa. O reconhecimento da água potável e de seu acesso como direito humano e sua positivação como tal é premente devendo as nações discutirem quais os caminhos possíveis dentro de seus arcabouços legislativos.

Analisando o tema, em seu aspecto global, tem-se que a discussão sobre a preservação dos recursos naturais, no cenário internacional, foi incorporada, através da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada entre 05 de junho de 1972 até o dia 16 do mesmo mês e ano, em Estocolmo, na Suécia (BARBOSA, 2017).

Dessa forma, passa-se, na sequência, à análise dos cenários legislativos internacionais e nacionais existentes sobre o tema.

2.3.1 Cenário Internacional

O direito à água não foi explicitamente reconhecido na Carta Internacional de Direitos Humanos (1948), no entanto, o seu artigo 25 prevê que “*toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar*”. O direito ao acesso à água potável tem uma estreita relação com este artigo uma vez que é corolário lógico para o atingimento de seus fins – vida e saúde, no entanto, o texto maior dos direitos humanos não enfrentou diretamente o tema, talvez pelo momento em que foi redigido, em plena reconstrução do pós-guerra, e pelo fato de que a água não seria uma preocupação atual na época.

Somente mais tarde, em 1966, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas declarou a existência do direito à água como um direito

independente, forte nos artigos 11 e 12 do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴ (FERREIRA, 2011, p. 60).

Conforme o artigo 11, do aludido pacto, é garantido a todas as pessoas ter um nível de vida suficiente para si e para suas famílias, incluindo, aqui, alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como um melhoramento constante das suas condições de existência. O artigo 12, do mesmo diploma, aduz que os Estados, partes no pacto, reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir, assim como prevê em suas alíneas pontos referentes à diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, melhoramento da higiene do meio ambiente e industrial, profilaxia, tratamento e controle de doenças epidêmicas, endêmicas, entre outras.

No entanto, apreende-se que não há, no texto, tratamento direto ao direito à água potável e ao seu acesso. O que se percebe é que no momento em que os supracitados artigos mencionam “utilização de recursos naturais”, no artigo 11 e “saúde física”; “higiene”, “profilaxia”, “controle de doenças”, no artigo 12, teriam como, corolário lógico, a necessidade de ter direito ao acesso à água potável para o atingimento de seus fins, como um direito independente, e necessário aos demais.

Luciane Ferreira (2011) entende que o acesso à água potável é direito inseparável do direito ao melhor estado de saúde possível e que os Estados somente conseguirão atingir as metas traçadas se fornecerem água potável. Dessa

⁴ Artigo 11.º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos: a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais; b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares.

Artigo 12.º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

forma, acredita a autora, que tais artigos trazem sim, o direito à água potável como um direito correlato aos ali mencionados. Aduz, por fim, que a Observação Geral nº 15, do próprio Comitê, prevê a realização progressiva das metas ainda que ressalve as possíveis restrições no cumprimento diante dos limites dos recursos. A interpretação é no sentido de que embora os Estados não estejam obrigados a implementar imediatamente as estipulações do pacto, eles possuem obrigações imediatas, o que inclui a garantia de que o direito será exercido sem discriminações de qualquer tipo, devendo ser estabelecidas metas para a realização integral dos artigos.

Para os direitos previstos no Pacto serem exercidos na sua plenitude deve, por conseguinte, ser entendida a água potável também como direito, pois sem esta os demais não vão conseguir ser implementados. Assim, vislumbra-se, uma primeira preocupação internacional sobre o tema, que ainda que tangencial, já começa a demonstrar um início de preocupação em discutir-se a natureza jurídica deste recurso natural.

Através da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada entre 05 de junho de 1972 até o dia 16 do mesmo mês e ano, em Estocolmo, na Suécia, foi incorporada a discussão sobre a preservação dos recursos naturais ao cenário internacional (BARBOSA, 2017), podendo ser considerada, ainda que demonstre uma análise genérica – preservação de recursos naturais – um marco significativo nas discussões sobre o tema.

Finalmente o tema surge como principal preocupação internacional e como grande marco de análises e reflexões durante a Conferência das Nações Unidas, que se propunha a discutir diretamente sobre a “água”. Este encontro foi realizado na cidade de Mar del Plata, na Argentina, de 14 à 25 de março de 1977, e dispunha, em seu relatório, considerações sobre os recursos de água doce constituírem um componente essencial na hidrosfera do planeta e parte indispensável de todos os ecossistemas terrestres. Discutia os efeitos que a mudança climática global e a poluição atmosférica poderiam produzir sobre os recursos de água doce e sua disponibilidade. Tinha por objetivo manter uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população da Terra, ao mesmo tempo preservar as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias

relacionadas com a água. Reconhecia o caráter multissetorial do desenvolvimento dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento sócio-econômico, bem como os múltiplos interesses na utilização desses recursos. Com base nisso, foi traçado o Plano de Ação de Mar del Plata (GOVERNO FEDERAL, 1977).

Assim, tem-se que a água surge como pauta internacional e, principalmente, delinea-se como direito que deve ser garantido a todos. Importante ressaltar que, nesta discussão, não houve a abordagem da água como bem de consumo e tampouco pensou-se a este respeito. Está-se aqui em um momento de plena reflexão sobre algo essencial à vida e que merece preocupação do planeta e suas autoridades a respeito de sua preservação e disponibilidade.

Quinze anos mais tarde, em 1992, na Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente, realizada em Dublin, na Irlanda, foi constatada a deterioração de décadas, em termos qualitativos, da água, razão pela qual foram elaboradas sugestões a governos, sociedade civil e organismos internacionais no sentido de implementarem pactos que garantissem a adoção de gestão dos recursos hídricos. Foi proposto um Programa denominado “Água e Desenvolvimento Sustentável” e reconheceu-se a água como um recurso finito e vulnerável, essencial para garantir a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente (BARBOSA, 2017).

No dia 22 de março de 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu o “Dia Mundial da Água”, publicando o documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água”, contendo dez itens pertinentes ao tema. Dentre eles destacam-se: que a água faz parte do patrimônio do planeta, sendo cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão plenamente responsável pelo seu cuidado, sendo que constitui a condição essencial de vida de todo ser vivo (BRASIL, 2017).

A intenção e o caminho de tornar a água um direito seguem em marcha a passos largos. O cenário internacional aponta a preocupação e as necessidades para assegurar este direito, no entanto, os cenários nacionais ainda não acatam tais determinações ou reflexões. Utiliza-se como exemplo a Constituição Federal do Brasil, a Constituição dita cidadã, que não contempla, em seu texto, qualquer alusão à água potável como um direito, mas apenas a define como um bem público pertencente ao Estado apesar de ter sido promulgada, em 1988, após a discussão em vários cenários internacionais acerca do tema.

No ano de 1997, na cidade de Marraquech, no Marrocos, realizou-se o I Fórum Mundial da Água, que objetivava despertar atenção e consciência sobre os problemas relacionados diretamente com o tema: água. Novas edições do Fórum realizaram-se em 2000, na cidade de Haia, na Holanda e em 2003 no Japão, nas cidades de Osaka, Shiga e Kioto (BARBOSA, 2017).

O Uruguai, em 2004, ouviu os clamores internacionais e deu um passo importante no reconhecimento mundial da água como direito humano fundamental, ao aprovar reforma constitucional, através de plebiscito, que definia a água como bem de domínio público e garantia a participação da sociedade civil, em todas suas instâncias, na gestão dos recursos hídricos no país. Consta, assim, na Carta Magna Uruguiaia, artigo 47⁵ que “a água é um recurso natural essencial para a vida” e que o acesso a ela e a todos os serviços de saneamento constituem “*direito humano fundamental*”.

Tal atitude de vanguarda dos vizinhos uruguaios colocam o país como referência no reconhecimento da água como direito humano, uma vez que é o

⁵ Artículo 47.- La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. [La ley reglamentará](#) esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

- 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:
 - a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.
 - b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.
 - c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.
 - d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

- 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.
- 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.
- 4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

primeiro texto constitucional nas Américas que faz alusão ao tema dando um passo fundamental no reconhecimento por parte dos demais países.

A partir de tal marco, a água também foi reconhecida como direito humano oficialmente por ocasião do IV Fórum Mundial da Água, realizado na Cidade do México, México, em 2006, do dia 16 ao dia 22 de março. O tema do Fórum era “Água para o Desenvolvimento, a Gestão Integrada, Saneamento, Alimentação, Meio Ambiente e a Gestão de Riscos”. O discurso inicial do Presidente do México, Vicente Fox Quesada, colocou que, *verbis*: “*el agua es sobre todo un derecho humano al que nadie puede renunciar*” e que “*es nuestra obligación moral y política asegurar que a nadie se le niegue su derecho a este vital líquido*” (2006).

Na mesma linha, o Presidente do Conselho Mundial da Água, Loïc Fauchon, declarou que: “*el derecho al agua es un elemento indispensable de la dignidad humana*”.

Em cada uma das seções do Fórum em comento, se afirmou que o direito à água foi reconhecido oficialmente, em 2002, pelo Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como um “direito humano” através do “Comentario General n.15” que afirmava que: “*O direito humano à água prevê que todos tenham água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos*”. O mesmo texto, considerou o acesso universal ao saneamento como “*não apenas fundamental para a dignidade humana e a privacidade, mas também um dos principais mecanismos de proteção da qualidade*” dos recursos hídricos (ONU, 2002).

No entanto, neste texto depreende-se um conflito entre duas expressões: “direito humano à água” e “preços razoáveis”. Como precificar um direito? O que seria um preço razoável? Seria mesmo necessário estabelecer valores? Lembre-se que o “Comentario General n. 15”, em comento, foi produzido pelo Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, talvez por este motivo possa haver o conflito de ideias apontado.

Além disso, no mês de abril de 2011, o Conselho dos Direitos Humanos adotou, através da Resolução 16/2, o acesso a água potável segura e ao saneamento como um direito humano: um direito à vida e à dignidade humana. Nesta Resolução, o Conselho dos Direitos Humanos decide:

[...] promover a concretização integral do direito humano à água potável segura e saneamento através de, entre outras ações, continuar a dar uma ênfase particular a soluções práticas relativamente à sua implementação, nomeadamente no contexto das missões em cada país, e de acordo com os critérios de disponibilidade, qualidade, viabilidade e aceitação⁶.

Dessa forma, reconhece-se o esforço da comunidade internacional em conferir ao direito à água potável o patamar de direito humano ao qual todos são responsáveis e merecedores, no entanto, tal ideia é expressa apenas em documentos não cogentes, como na Declaração Universal dos Direitos das Águas, sendo que no cenário jurídico-positivo internacional e nacional isso não resta tão claro.

Muitos tratados internacionais e pactos vêm sendo firmados acerca do tema, importante ressaltar que inclusive já constam nas Constituições Federais do Equador, da Bolívia, do Congo, da Sudáfrica, de Uganda e, como já se referiu, do Uruguai disposições explícitas sobre esse direito. (BRAVO, 2014).

Além disso, vinte e cinco Estados já reconheceram a água como direito humano durante o 5º Fórum Mundial da Água, realizado em Istambul, na Turquia, de 16 a 22 de março de 2009, dentre os quais constam nas Américas: Bolívia, Chile, Cuba, Equador, Espanha, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguai, Uruguai, Venezuela; na Europa: Suíça; na África: Benin, Camarões, Chade, Etiópia, Marrocos, Namíbia, Níger, Nigéria, Senegal e África do Sul; e na Ásia: Bangladesch, Emirados Árabes Unidos e Siri Lanka.

No entanto, na mesma ocasião, o Brasil, os Estados Unidos, a França, o Egito e a Turquia negaram-se a este reconhecimento sob a justificativa de ser necessário proteger a soberania do País e evitar que o uso desse recurso pudesse ser afetado, pois a adesão ao proposto no encontro, poderia causar manifestações e intervenções na forma de como o País controla a água e seu uso (FERREIRA, 2011).

2.3.2 Cenário Nacional

⁶ To promote the full realization of the human right to safe drinking water and sanitation by, inter alia, continuing to give particular emphasis to practical solutions with regard to its implementation, in particular in the context of country missions, and following the criteria of availability, quality, physical accessibility, affordability and acceptability;" (ONU, 2011).

Analisando-se o panorama brasileiro e tendo por base, em um primeiro momento, os textos constitucionais nacionais, tem-se que o tema *direito à água*, não foi tratado especificamente na Constituição do Império, de 1824. Na mesma linha, deu-se a Constituição Federal de 1891, que não trouxe qualquer disciplina sobre o assunto especificamente, limitando-se a conferir competência ao Congresso Nacional para legislar sobre navegação dos rios que banhassem mais de um Estado ou que se estendessem a territórios estrangeiros (POMPEU, 2002).

A Carta Magna de 1934 declarou do domínio da União os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou os que banhassem mais de um Estado, ou ainda, aqueles que servissem de limites com outros países ou se estendessem a território estrangeiro. Atribuiu também, aos Estados, as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não fossem do domínio federal, municipal ou particular. Determinou, por fim, que o aproveitamento das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependia de autorização ou concessão federal, na forma da lei, que no caso seria o Código das Águas, promulgado em 10 de julho de 1934, instituído pelo Decreto nº 24.643 cuja execução era delegada ao Ministério da Agricultura (POMPEU, 2002).

O Código de Águas, por sua vez – Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 – contém importantes avanços jurídicos sobre o tema uma vez que foi ele o primeiro a legislar sobre a sua classificação e utilização como bem público que poderia ser dividido em bens de uso comum ou dominical, comuns, particulares e comuns a todos.

O artigo 5º, do supracitado diploma legal, coloca que são consideradas públicas, de uso comum, todas as águas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas. Coloca, ainda, em seu artigo 6º, que seriam públicas dominicais todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns. As águas comuns estão disciplinadas no artigo 7º, deste mesmo texto legislativo como sendo “*as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam*” (COSTA, 2010, p. 4). Diferentemente seriam as águas comuns de todos, pois essas seriam todas as águas que se destinassem às primeiras necessidades da vida (art. 34 do Código de Águas).

O tratamento dispensado às águas particulares, pelo Código das Águas também foi no sentido de proteção tendo essas sido conceituadas artigo 8º como sendo:

Art. 8º São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns.

E, finalmente, as águas subterrâneas também foram referidas pelos artigos 96 ao 101, constando que poderiam ser apropriadas pelo particular, desde que não inutilizassem ou prejudicassem o uso da água localizada *abaixo da superfície*, sendo que para a exploração dessas, não era exigida do particular concessão administrativa, salvo se a abertura desses poços se desse em áreas de domínio público (COSTA, 2010).

Conforme, Granziera (1993) o Código das Águas dava bastante ênfase ao aproveitamento do potencial hidráulico, o que, na década de 30, representava uma condicionante do progresso industrial que o Brasil buscava.

Não se deve olvidar que o momento social da década de trinta foi marcado pelo declínio da elite agrária rural e da ascensão da burguesia industrial acompanhada de um crescimento do proletariado urbano.

Uma análise que se pode realizar aqui é que a água somente começou a ser considerada, no cenário legislativo brasileiro, quando representou um insumo necessário ao desenvolvimento econômico nacional que surgia. A ideia de água como direito humano e como elemento garantidor da vida e da dignidade da pessoa humana sequer teve qualquer relevância, até então, denotando o pensamento político e econômico no momento vigente.

A Constituição Federal de 1937, com relação ao tema *água*, limitou-se a repetir as disposições da Carta de 1934.

O Decreto-lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, em seu artigo 3º dispôs que seriam públicas de uso comum, em toda sua extensão, as águas dos lagos, bem como dos cursos de águas naturais que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação.

Em 08 de agosto de 1945, houve a publicação do Decreto Lei nº 7.841 – *Código de Águas Minerais* – que conceituava água mineral em seu artigo 1º, como

sendo aquelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confirmam uma ação medicamentosa disciplinava, entre outros pontos, a pesquisa, lavra, fiscalização e comercialização da mesma.

Este mesmo diploma legislativo, ainda define, em seu artigo 3º, “*águas potáveis de mesa*” como sendo, as águas de composição normal provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que preencham tão-somente as condições de potabilidade para a região.

Determina o artigo 25, do Código das Águas Minerais, que só seria permitida a exploração comercial da mesma quando previamente analisada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral e após a expedição do decreto de autorização de lavra e dispunha, no artigo 26, que não podiam ser exploradas comercialmente, para quaisquer fins, as fontes sujeitas à influência de águas superficiais e, por conseguinte, suscetíveis de poluição.

Ambas as águas, mineral ou potável de mesa, são águas subterrâneas e podem ser exploradas e comercializadas trazendo novamente a conotação estritamente comercial da proteção da água e de seu acesso, tanto é assim, que o capítulo VI, do texto legislativo em análise ,denomina-se: “*Do comércio da água mineral, termal, gasosa, de mesa ou destinada a fins balneários*”, mercadoria, portanto.

O texto constitucional de 1946 veio alterar substancialmente o domínio hídrico excluindo a categoria dos rios municipais e atribuindo à União, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhassem mais de um Estado, ou ainda, que servissem de limite com outros países ou se estendessem a território estrangeiro. Aos Estados, o texto maior de 1946 atribuiu os lagos e rios em terrenos do seu domínio e aqueles que tivessem nascentes e foz no território estadual (POMPEU, 2002).

A Constituição da República de 1967 praticamente repete o texto da Constituição de 1946 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 segue a mesma linha.

No âmbito da Constituição Federal vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, a água não está incluída como direito fundamental, sendo considerados assim, pelo artigo 5º da Carta Magna, apenas a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, tampouco é considerada um direito social que, conforme o rol do artigo 6º, refere-se apenas à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Entretanto, pode-se inferir a água como integrante desses direitos, uma vez que não se pode falar de vida, de saúde e de alimentação, sem considerar um ambiente abastecido de água potável de boa qualidade.

Apesar disso, de forma expressa, em nosso texto constitucional, a água figura, como já aludido, apenas com um dos bens pertencentes à União de acordo com o artigo 20, inciso III⁷ e ao Estado como determina o artigo 26, inciso I⁸.

Tal atitude da Constituição Federal de 1988 – denominada de “Constituição Cidadã” – demonstra uma timidez ou mais precisamente, uma grave falha em não prever a água e o seu acesso como direito fundamental do cidadão. A ideia de que haveria uma previsão indireta, pois estão contemplados o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, tampouco é satisfatória, pois percebe-se que a opção do constituinte originário foi de não se comprometer em transformar em direito um bem que pode ser encarado nitidamente como bem de consumo.

O reconhecimento da água e de seu acesso como direito humano e sua positivação no texto constitucional, implicaria em uma elevação desta ao patamar de direito fundamental ou social, de garantia que deve ser obrigatoriamente assegurada a todos. Como contrapor um direito que é garantido a todos, pois direito é, a uma conotação de bem de consumo, com preço e tributos e tarifas incidentes sobre o seu uso? Mais. Como haveria a cobrança, no plano internacional, sobre a sua repartição,

⁷ Art. 20. São bens da União:

[...] III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

⁸ Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

[...] I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

preservação e uso? Tem-se tais questões como meras provocações iniciais que deverão ser debatidas no momento oportuno no desenrolar do presente trabalho.

O Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, fez ingressar no cenário nacional o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais originário da XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 19 de dezembro de 1966, determinando que ele deveria ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Consta no Preâmbulo do Pacto, adotado na íntegra pelo Governo Brasileiro, que os direitos dos homens decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

O pacto em análise, conforme já exposto, não faz referência expressa ao direito à água potável ou ao seu acesso, no entanto no artigo 11 coloca em seu item primeiro que deverá ser reconhecido o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado a si próprio e a sua família, citando como exemplo, entre outros à alimentação adequada, assim como uma melhoria contínua às condições de vida. No item dois, do mesmo artigo, reconhece como direito fundamental a toda pessoa de estar protegida contra a fome, determinando que sejam estabelecidos programas concretos para melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios, assegurando a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

Já no artigo 12, do mesmo texto legal, há o reconhecimento do direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, indicando como medidas de obtenção desse fim, entre outros, a diminuição da mortalidade infantil, a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

Apesar, de como já foi suscitado, sem haver qualquer referência expressa quanto o direito à água potável ou ao seu acesso, é inviável pensar-se no direito à alimentação adequada, melhoria de condições de vida, combate à fome, exploração mais eficaz de recursos naturais, saúde, diminuição de mortalidade infantil, higiene sem realizar uma correlação lógica com a essencialidade da água na efetivação desses direitos, tornando-a, assim, também um direito humano passível de normatização.

A par disso, a Lei Federal nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997 – também conhecida como *Lei das Águas* – instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, no ordenamento jurídico brasileiro, criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Determina, em seu artigo 1º, os seus fundamentos como sendo, *verbis*:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Conforme dados do Ministério de Meio Ambiente (BRASIL, 2017), o Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) configura um dos instrumentos que orienta a gestão das águas no Brasil, criando um conjunto de diretrizes, metas e programas. O objetivo do Plano é estabelecer um pacto nacional para a definição de diretrizes e políticas públicas voltadas para a melhoria da oferta de água, em quantidade e qualidade, gerenciando as demandas e considerando ser a água um elemento estruturante para a implementação das políticas setoriais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social.

Elenca como objetivos específicos, em seu artigo 2º, assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável e a prevenção e defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

O Ministério do Meio Ambiente é responsável pela coordenação do PNRH, sob acompanhamento da Câmara Técnica do Plano Nacional de Recursos Hídricos. Tendo em vista o caráter nacional do Plano, este deve sofrer adequações periódicas às realidades das Regiões Hidrográficas, configurando assim, um processo de

estudo, diálogo e pactuação contínuos que resultam em *retratos* da situação dos recursos hídricos em diferentes momentos históricos (BRASIL, 2017).

A Lei das Águas, portanto, rompe um marco que havia até então, ou seja, o tratamento da água, ou mais, do direito à água de forma indireta, acessória a outros interesses como econômico ou sanitário, ou ainda, de propriedade. Além disso, tem-se que ela surge em um momento em que o bem *água*, torna-se cada vez mais escasso problema que preocupa na busca de uma distribuição equitativa ainda mais em um território detentor de 11% da água potável mundial.

2.3.3 Perspectivas Legislativas Nacionais

Partindo-se a uma análise das perspectivas legislativas nacionais tem-se que tramitou junto à Câmara de Deputados Proposta de Emenda Constitucional – PEC 39/2007 – apresentada pelo Deputado Raimundo Gomes de Matos (PSDB/CE) em 12 de abril de 2007 que pretendia uma nova redação ao artigo 6º, da Constituição Federal para incluir a água como um direito social (BRASIL, 2012).

Na justificativa da proposta, começa seu autor por sinalar o fato da água ser um bem imprescindível e insubstituível sendo que ninguém pode ser privado do seu acesso, pois se assim ocorresse haveria risco para o direito fundamental à integridade física, saúde e vida. Defende ser o acesso à água potável, e de boa qualidade, um direito fundamental, pois está intimamente relacionado ao direito à vida. Entendendo, portanto, ser a água um direito humano fundamental devendo o Estado ser responsabilizado pelo seu provimento para toda a população.

Aduz que o acesso à água não pode estar sujeito às estritas regras de mercado, mas à lógica do direito. Dessa forma, a água deve ser considerada, antes de tudo, um bem social e não um bem econômico. Entende que deva ser recusada qualquer forma de privatização e de mercantilização da água por ela ser um bem comum. Ressalta que o direito à água, porém, não é ilimitado devendo restringir-se às necessidades básicas da pessoa humana.

Conclui a justificativa dizendo que o reconhecimento da água como direito humano básico e a sua inserção no texto constitucional não seria suficiente para assegurar o acesso de todos a este recurso, acreditando que outros mecanismos terão que ser acionados para que os governos locais garantam o seu cumprimento.

Após a apresentação em Plenário, em 12 de abril de 2007, a proposta foi encaminhada pela Mesa Diretora para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com 171 assinaturas a favor sendo determinado que a proposição estaria sujeita à apreciação do plenário pelo regime de tramitação especial.

Foi apensada a essa Proposta de Emenda Constitucional, em 12 de novembro de 2012, uma nova Proposta de Emenda Constitucional – PEC 213/2012 – apresentada pela Deputada Federal Janete Rocha Pietá (PT/SP) em 31 de outubro de 2012 que pretendia também uma nova redação ao artigo 6º, da Constituição Federal para incluir o *acesso à água* – e não apenas *a água* – como um direito social (BRASIL, 2012).

Na justificativa dessa segunda proposta, coloca a autora que a água potável ganhou destaque, em diversos setores da sociedade, quanto a sua função social, gestão e destinação, no entanto, em nossa carta política segue constando apenas com um bem estatal a que todos têm direito e acesso, mas não lhe confere a função social que lhe é própria. Cita a Declaração Universal dos Direitos da Água, mais expressamente o artigo 9º que coloca a necessidade de gestão da água para a imposição de *“um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social”*. Conclui, portanto, da necessidade de dar-se importância do direito à água potável segura e limpa e saneamento como um direito humano condição essencial para se ter uma vida plena, assim como a crucial importância dos recursos hídricos para o desenvolvimento sustentável, erradicação da pobreza e da fome, saúde pública, segurança alimentar, energia hidrelétrica, agricultura e desenvolvimento rural e para o gerenciamento de dejetos de recursos hídricos, incluindo aqui a redução da poluição da água por fontes domésticas, industriais e agrícolas e a promoção da eficiência hídrica, águas de esgoto, tratamento e o uso de águas de esgoto como um recurso, em particular para a expansão de áreas urbanas.

Lembra, finalmente, o fato do Brasil ter 11% da água doce mundial, fato esse que significa que o país tem o maior potencial hídrico do planeta, devendo, dessa forma, ter a responsabilidade de gerir, distribuir e preservar este recurso que é tão almejado por todos os povos da Terra.

Ambas propostas foram aceitas e foram encaminhadas para o Plenário, em 23 de março de 2015 para que fosse constituída Comissão Especial para a

discussão do tema. Em 31 de janeiro de 2019, ambas foram arquivadas nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que prevê, *verbis*: “*Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles,[...]*”.

O retorno à tramitação, no presente momento, é incerto.

3 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Direito do Homem, Direito Humano e Direito Fundamental

O reconhecimento da água potável e de seu acesso como direito no cenário legislativo brasileiro segue inexistente uma vez que não figura nesta condição, em nenhum dos textos comentados no capítulo anterior, apesar de já existirem tentativas, até então frustradas, de inseri-la como um direito social no texto constitucional.

De outra banda, o direito à água potável e seu acesso vêm firmando-se em alguns cenários internacionais, conforme também foi analisado no capítulo anterior, e, embora não exista ainda uma posição firme e geral que a aparte totalmente da ideia de mercadoria, essa ideia vem ganhando corpo.

Assim, convém, neste momento, estabelecer que direito a água potável e seu acesso podem configurar. Algumas vezes ela é citada como um direito humano, outras vezes, como um direito fundamental, dessa forma convém discutir que direito este recurso natural imprescindível à vida denota: direito humano ou direito fundamental? Convém ainda, para melhor complementar a ideia, uma abordagem da água potável como direito do homem.

Assim, pretende-se no presente capítulo, apresentar-se, em um primeiro momento, um esclarecimento, tendo por base doutrinadores nacionais e internacionais oriundos do Direito, ramo de conhecimento essencial ao presente estudo, das definições e distinções entre estes três tipos de direito a fim de localizar-se a água potável e seu acesso em algum ou mais de um deles.

Em um segundo momento irá se trazer à lume os dois textos constitucionais pioneiros na defesa dos direitos sociais e os três textos constitucionais latino-americanos que já preveem a água potável e seu acesso como direito a fim de verificar-se qual tipo de direito que eles se referem.

3.1 Direito do Homem, Direito Humano e Direito Fundamental – Distinções

O termo *direitos do homem* designa um conjunto de direitos que se reconhecem como pertencentes ao ser humano por sua própria natureza. Eles integram os chamados *direitos naturais*, uma espécie moral jurídica universal, em

um estágio prepositivo, que funcionaria como uma espécie de fundamento para as futuras positivções em tratados, leis e constituições (CASTILHO, 2018).

Tendo em vista tal definição pode-se enquadrar a água potável e seu acesso, perfeitamente, como um direito do homem, pois essencial à garantia do principal direito natural, o direito à vida. Assim sendo perfeitamente possível sua futura positivção em tratados, leis e constituições, como, aliás, já vem sendo realizado.

Direitos humanos, por sua vez, remontam as origens do constitucionalismo moderno. As declarações americanas – Virgínia (1776), Independência (1776) e a Constituição Federal Americana (1787), com suas primeiras emendas – e francesas – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – inauguram a ideia de que a razão de ser dos governos é o respeito e a proteção de certos direitos inalienáveis que possuem todos os homens (VIGO, 2005).

No entanto, hodiernamente, passou a ser uma terminologia normalmente empregada para designar o conjunto dos direitos do homem já positivados no âmbito internacional – através de tratados e declarações. Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado. São direitos eleitos por cada Estado de Direito como elementos básicos e fundamentadores de seu sistema jurídico (CASTILHO, 2018).

Na mesma esteira, e apenas para ressaltar as diferenças, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2007), a expressão *direitos humanos* é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básica a positivção numa ordem jurídica particular. Já a expressão *direitos fundamentais* é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram em certa ordem jurídica, sendo, por esse motivo, limitados ao espaço e ao tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece.

A água potável e seu acesso, como já sinalado, vêm sendo reconhecido em muitos textos internacionais como um *direito humano*, no entanto, ainda não se encontra positivada em muitos países não configurando, portanto, um *direito fundamental*. A situação no Brasil, até o presente momento, como já ressaltado

anteriormente, não dispensa a ela tratamento de direito humano e tampouco encontra-se a sua garantia e seu acesso inscritos no texto constitucional vigente, não podendo, assim, ser considerado um direito fundamental no cenário nacional.

A diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, torna-se importante, ainda, quando se analisa questão relativa aos elementos caracterizadores dos direitos fundamentais. Assim, apenas exemplificando, pode-se falar na *universalidade* dos direitos do homem – inerentes ao indivíduo enquanto tal –, na *universalização* dos direitos humanos tentando-se implementar na comunidade internacional a garantia dos direitos assegurados nas Declarações, ainda que, na realidade, apresente-se de forma incompleta. No entanto, não se pode pretender a universalidade dos direitos fundamentais posto que são valores reconhecidos e positivados por cada ordenamento constitucional variando a sua abrangência e graus de proteção de acordo com a cultura predominante em cada uma das nações (SARLET, 1998).

Jorge Miranda (2000) também discute os direitos fundamentais fazendo referência que a locução *direitos fundamentais* remonta principalmente a Constituição de Weimar e tende agora a generalizar-se. Assinala, ainda, que o termo é utilizado em outros textos constitucionais como de Moçambique, Angola, Espanha, Bulgária e Portugal. Para o autor, são direitos fundamentais aqueles direitos que assumem também a específica função que a Constituição vem adquirindo na Europa e no resto do mundo, ao longo dos últimos cinquenta anos – ou seja, resultado de preceitos expressos, do papel proveniente da justiça constitucional e de uma crescente consciência difundida na comunidade jurídica.

Por outro lado, importantes noções de dignidade, vida e humanidade mantêm uma umbilical e genética convergência e vinculação entre si, mas não necessariamente uma fungibilidade. Assim, pensando na dignidade da pessoa humana há de se destacar uma íntima e indissociável, ainda que complexa e diversificada, vinculação entre ela e os direitos fundamentais, sendo que tal liame já constitui, por certo, um dos postulados sobre os quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo. Tendo em vista o fato de a dignidade ser considerada uma qualidade intrínseca e indissociável de todos e qualquer ser humano e na certeza de que a dissolução de um, acarretaria a dissolução do outro,

tem-se que esta deve constituir uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (SARLET, 2011).

Sob esse aspecto não há como se pensar em dignidade da pessoa humana dissociada da garantia do direito à água potável ou ao seu acesso. A água, que representa 60% do organismo do ser humano, é um direito humano irrenunciável como o é a dignidade da pessoa humana. Ambos ocupam o mesmo patamar de importância e podem ser vistos como corolários lógicos, não fungíveis, como coloca Sarlet (2011), um ponto pelo qual deve lutar o Estado de Direito.

Os direitos fundamentais, no seu desenho atualmente conhecido, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, bem como de ideias nascidas com o cristianismo e com o direito natural. Tais ideias, baseadas no ideal iluminista, dos séculos XVII e XVIII, tinham um ponto fundamental em comum, qual seja, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração de princípios básicos como a igualdade e a legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. Dessa forma percebe-se que a ideia de direito fundamental é mais antiga do que o surgimento do constitucionalismo que apenas consagrou, ao final, a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos fundamentais em um documento escrito derivado diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2000).

As ideias concretizadas na Declaração da Virgínia, de 1777 e na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, tiveram por base a luta contra o poder absoluto dos soberanos, assim como o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem, bem como as ideias de Locke, Rosseau, liberais que buscavam a independência americana e enciclopedistas da época (CAVALCANTI, 1964).

José Afonso da Silva (2001) leciona que os direitos fundamentais não podem ser considerados como a contraposição dos cidadãos, administrados, à atividade pública, como uma limitação do Estado, mas ao revés, uma limitação vinda da soberania popular aos poderes constituídos pelo Estado que dele dependem. Assim, os direitos fundamentais assumem duas facetas. Por um lado protegem o homem de eventuais arbitrariedades por parte do Poder Público, assim como, por outro lado, compelem o Estado a tomar um conjunto de medidas que tragam melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Os direitos fundamentais devem proteger os direitos à dignidade humana em todas suas dimensões, ou seja, prestam-se para proteger a dignidade, liberdade, propriedade, igualdade de todos (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2005).

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2011) os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância, propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo em um Estado, constitucional e democrático, se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Tendo em vista o processo histórico que os direitos fundamentais percorreram para estabelecerem-se, importante digressão para o debate do tema – direito fundamental à água potável e ao seu acesso, JJ Gomes Canotilho (1995), professor da faculdade de Direito de Coimbra, coloca que deve haver um “corte histórico” no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais separando-se o período em duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada, segundo o autor, por uma relativa ideia de *cegueira* em relação aos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.

Os direitos fundamentais, assim, pressupõem *concepções* de Estado e de constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Dessa forma, a interpretação da constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais, no sentido de uma concepção sistematicamente orientada, para o caráter geral, finalidade e alcance intrínseco desses direitos. No entanto, a abordagem desses direitos não deve ser aprisionada por teorias ou sistemas fechados, impondo-os antes uma dogmática aberta em que o pensamento zetético – problematizante – sobreleve as exigências da dogmática pura. Indispensável, portanto, faz-se a necessidade de questionar alguns pontos como: “dentro dos quadros constitucionais será legítima a escolha livre entre as várias teorias dos direitos fundamentais?”, ou ainda “terá a constituição eleito uma

dessas teorias?”, dessa forma convém uma breve análise sobre essas (CANOTILHO, 1995).

Na teoria *liberal*, os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado e são, essencialmente, direitos de autonomia e direitos de defesa. Esses direitos revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta que leva a ampliação do domínio da liberdade individual e à restrição da ação estatal aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos. Os direitos fundamentais, por esta teoria, apresentam-se como *pré-estatais*, definindo um domínio da liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado. A substância e o conteúdo dos direitos, assim como a sua utilização e efetivação localizar-se-iam fora da competência regular dos entes estatais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos. E, por fim, a sua finalidade e objetivo seria de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura para qualquer fim (CANOTILHO, 1995).

Gomes Canotilho (1995) critica tal teoria no momento em que esta, além de não corresponder inteiramente à própria tradição dos direitos humanos, é uma reação contra o processo de objetivação e socialização dos direitos fundamentais – condição essencial quando se trata do direito à água potável. Segundo o autor, ela esquece-se que a efetivação real da liberdade constitucionalmente garantida não é hoje uma tarefa de iniciativa exclusivamente individual e não é possível a garantia da liberdade sem a intervenção dos poderes públicos, acusando assim, a teoria liberal de uma “completa cegueira em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade.” (CANOTILHO, 1995, p. 507).

Para Böckenförde (1991), citado por Victorino (2007), o cerne da teoria liberal atribui aos direitos fundamentais a tarefa de assegurar, tendo em vista uma ameaça estatal, campos importantes da liberdade individual, restando ao Estado o dever de não intervir nos pressupostos dessa garantia, assim como, através de delimitações jurídicas, fazer com que a liberdade de uns seja compatível com a liberdade de outros. Novamente, percebe-se que tal teoria não se adequa ao tema em debate, pois como seria possível conceber a não intervenção do Estado para garantir o direito fundamental à água potável, tendo em vista um quadro de desigualdade social e econômica hodiernamente existente no Brasil?

Carl Schmitt (1996), expoente da teoria liberal na República de Weimar atribuía a esta gama de direitos uma condição de anterioridade e superioridade em relação ao Estado, não os considerando bens jurídicos propriamente ditos, mas simples esferas da liberdade como direitos de defesa (Abwehrrechte) possuindo conteúdo absoluto não necessitando resultar sua efetividade de qualquer disposição legislativa.

O direito à água potável e o seu acesso, nessa linha de pensamento, considerando-se ser esse um direito humano, seria um direito inerente ao indivíduo de natureza supraestatal, não necessitando de intervenção do Estado para ser obtido. Tal premissa esbarra na realidade social que se tem hoje em dia, considerando-se as mais diversas camadas da população, sobretudo as que se encontram na linha de pobreza, percebendo-se, assim, que tal definição carece de amparo. Tratar um direito que deve ser conferido a todos, posto que essencial à vida, sem limitações do Estado em homenagem a uma pseudo-igualdade entre os indivíduos pode acarretar uma falsa percepção de realização efetiva de uma liberdade inexistente.

Na sequência da análise das teorias dos direitos fundamentais, o ilustre professor lusitano, Gomes Canotilho (1995) passa ao exame da teoria da ordem de valores. Conforme essa teoria, os direitos fundamentais apresentam-se, em um primeiro plano, como valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas. O indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois esses reproduzem princípios objetivos através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.

Assim, a teoria em análise, entende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais seria a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto, devendo-se respeitar, assim, a totalidade do sistema de valores do direito constitucional. Os direitos fundamentais, vistos como expressão dos valores aceitos por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados. Essa dependência acarreta uma relativização desses direitos que podem se tornar suscetíveis de controle jurídico ancorado, precisamente, na ordem de valores objetivos. Ainda coloca o autor que além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a “eficácia ótima”

(CANOTILHO, 1995). Quais e como seriam as intervenções estatais aqui possíveis? O que seria uma “eficácia óptima” quando se trata da relativização de direitos tão caros para o ser humano como a água potável e o seu acesso?

A teoria axiológica, segundo Böckemförde (1991), citado por Victorino (2007) situa os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, dotados de unidade material, cujo conteúdo decorre do fundamento axiológico de um processo contínuo de integração da sociedade.

Nesta linha, manifesta-se o idealizador da teoria da integração, Rudolf Smend (1985) quando traz os pressupostos teóricos para uma interpretação axiológica dos direitos fundamentais. O Estado, para o autor, deve ser encarado a partir de uma visão dinâmica, submetendo-se a um processo contínuo de integração funcional, pessoal e material, assim como a Constituição, tendo em vista sua característica de norma de conteúdo essencialmente político. É ela quem eleva os direitos fundamentais à condição para o desenvolvimento da integração material.

Os direitos fundamentais da pessoa devem ser compreendidos a partir da função pública e política. Seu caráter democrático surge com a consagração de direitos voltados a um livre processo de formação de vontade política, bem como a um livre processo de produção democrática. Eles nada mais são do que normas objetivas que exprimem valores sociais constitucionalizados a partir de decisões axiológicas integradoras e inspiradoras de toda ordem constitucional (Böckemförde, 1991).

A teoria da ordem de valores, trazida por Canotilho (1995), procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objetivação dos direitos fundamentais, mas apresenta o perigo, pois esta ordem de valores é obtida através de um pretensão *método científico-espiritual* que pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores caracterizadamente subjetiva, sem qualquer apoio nos critérios ou medidas de relevância objetiva, conduzindo ao fim e ao cabo a uma *tiranía de valores*, estática e decisionista.

Por tal teoria, não poderia se permitir que o direito à água potável e seu acesso estivesse afastado do texto constitucional tendo em vista seu fundamental valor para a vida humana. É com base nisso o caminho da legislação internacional e

as tentativas nacionais de constitucionalização do tema, infelizmente estagnadas neste momento.

A próxima teoria dos direitos fundamentais, analisada por JJ Gomes Canotilho (1995), é a teoria institucional. Ela aproxima-se da segunda – teoria da ordem dos valores – porque nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva. De acordo com ela, a ordem objetiva em que se funda é fixada pela instituição e essa será a definidora e ordenadora do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. Desse ponto surgem diversos corolários. Primeiro, os direitos fundamentais adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia. Segundo, enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição em que figuram outros bens de valor constitucional, aqueles mantêm com estes uma relação de condicionalidade, donde resulta que o seu conteúdo e limites deve ser aferido a partir de um critério de *ponderação de bens*. Um terceiro ponto refere-se ao fato de que se o direito está em uma relação de valor com outros bens, fica aberto à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido em uma teoria liberal dos direitos fundamentais. E, por fim, os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter – individual e institucional – que explica o fato de eles deverem ser limitados na dimensão individual para fomentar a institucional.

Canotilho (1995) faz referência a algumas reservas substanciais que devem ser feitas diante de tal teoria alertando que a faceta institucional dos direitos fundamentais, nos quais o direito à água potável e o seu acesso está com certeza inserido, seria apenas uma das dimensões destes e que deve ser encarada diante de mais duas: individual e social. Essas duas facetas devem ser vistas conforme o contexto histórico social em que os atores estão inseridos.

No caso concreto do Brasil, como se pensar em uma ordem objetiva, fixada pelas instituições, responsável por definir e ordenar o sentido, conteúdo e condições de exercício de um direito humano e de um possível direito fundamental como a água potável e ao seu acesso? Parece temerário considerar-se um direito fundamental restrito apenas ao Estado e suas fixações sem a interferência de seus beneficiários finais, a população. Isso poderia acarretar uma forte distorção na

implementação do direito tendo em vista as forças econômicas que exercem pressão no meio político e institucional.

Além disso, o enquadramento dos direitos fundamentais em um *mundo institucional* pode acarretar a estagnação de tais direitos no momento em que as instituições são consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo do ser social. E, por fim, o critério de ponderação de bens utilizado pela teoria conduz a uma perigosa relativização dos direitos fundamentais, além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos (CANOTILHO, 1995).

A quarta teoria trazida por Canotilho (1995) é denominada, teoria social e parte de uma tripla dimensão: individual (pessoal), institucional e processual. A liberdade, assim como propugnada pela teoria liberal, embora tenha uma dimensão subjetiva, adquire hoje uma dimensão social. Por outro lado, muitas vezes, o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas sim, a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Os direitos sociais, ao contrário da ideia liberal, não postulam abstinência estatal, mas exigem uma intervenção pública estritamente necessária à realização desses direitos. A intervenção estatal é concebida não como um limite, mas como um fim do Estado. A socialidade é encarada como um elemento constitutivo da liberdade e não como um limite externo da mesma.

O componente processual, por sua vez, trazido como a terceira dimensão de estudo dos direitos fundamentais, permite aos cidadãos participar na efetivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus*. Ainda que a teoria tenha proposto avanços na compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, propõe o autor algumas dúvidas, quais sejam: “os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos, ou serão antes verdadeiros *cavalos de Troia* na cidade, ainda dominada pelo individualismo impertinente?”. Questiona também se “haverá efetivamente direitos de *quota-parte (Teilhaberechte)* dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?”. E, finalmente, “haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente direitos dependentes à medida das prestações do Estado?” (CANOTILHO, 1995).

Tais questões mostram-se pertinentes no debate das possibilidades de tornar direito fundamental a água potável e o seu acesso. A tripla dimensão da teoria – individual (pessoal), institucional e processual – em que são apontadas a liberdade (individual), debatida na teoria liberal, com influência do contexto social – direito social (?) – em contraposição à impossibilidade do particular usufruir de situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista um contexto institucional falho. O direito social não pressupõe uma abstinência estatal, mas sua intervenção para a realização desse direito. O terceiro elemento – processual – implica na participação do cidadão na efetivação das prestações necessárias à obtenção do seu direito na íntegra.

Por esta teoria o debate entre Estado e sociedade mostra-se imprescindível na efetivação do direito em tela. Deve-se levar em consideração aqui a desigualdade econômica e social da nossa sociedade. A efetivação de políticas públicas que minimizem a situação de hipossuficiência das camadas mais pobres deve ser debatida pelo cidadão e pelo Estado, a fim de minimizar a situação de carência de infraestrutura urbana que acaba afetando sempre os mais pobres.

Não são desconhecidos os problemas de acesso ao direito à água potável por camadas pobres que vivem nas periferias das cidades. A falta de estrutura e pagamento pelos serviços são fatores impeditivos de obtenção desse direito básico e fundamental à vida humana. O amplo debate com a população mostra-se como ponto forte dessa teoria que parece, em um primeiro e incipiente, olhar, mais adequada ao debate que ora se propõe.

As duas últimas teorias apresentadas pelo autor – teoria democrática funcional e teoria socialista – podem ser assim resumidas (CANOTILHO, 1995).

A primeira acentua particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático, deste fato advêm algumas consequências como: os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; a liberdade é um meio de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu caráter funcional; o direito é simultaneamente um dever, pois o exercício do direito não está na completa disponibilidade dos seus titulares; é reconhecido, ao poder público, o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais postos ao serviço do princípio democrático. Isso pode

conduzir, conforme o douto professor português a institutos censuráveis como os de *perda ou suspensão* dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva.

A última teoria dos direitos fundamentais apresentada – teoria socialista – deve ser analisada a partir de uma pré-compreensão antropológica marxista. Esta parte de uma lógica totalmente oposta da teoria liberal. No pensamento liberal, o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das ações políticas e do próprio direito.

Para a teoria marxista, trazida por JJ Gomes Canotilho (1995), o homem tem uma essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só consiga transformar em *homem total* através de uma nova sociedade. Partindo dessa premissa a teoria em discussão aponta para várias consequências dos direitos fundamentais, quais sejam: os interesses dos indivíduos identificam-se com os da sociedade, sendo uma mera ficção burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estatal; o direito de participação é o direito *mãe* dos direitos fundamentais, na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos; os direitos fundamentais não podem divorciarem-se da criação de garantias materiais concretas necessárias a sua efetivação; o compromisso ativo e a participação nas condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a unidade dos direitos e deveres dos cidadãos; a criação das condições materiais possibilitadoras do livre *desabrochar* dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia.

Esta teoria, conforme o autor (CANOTILHO, 1995), pretende ser uma concepção originária dos direitos fundamentais que implicaria em uma “ruptura com as concepções liberais”, mas apresenta deficiências como a funcionalização extrema dos direitos fundamentais e a minimização de uma irredutível dimensão subjetiva, bem como uma tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas.

A ordem jurídica exerce um papel fundamental na discussão do tema da presente pesquisa – direito à água potável e ao seu acesso, assim, alguns pontos devem ser apresentados à guisa de introdução do tema com o objetivo de se buscar um contexto histórico sobre o nascimento e importância de tal direito.

Os direitos fundamentais são tratados sob diversas denominações na Constituição Federal Brasileira de 1988. No artigo 4º, inciso II, são reconhecidos sob a denominação *direitos humanos*; no Título II e no artigo 5º, §1º são considerados direitos e garantias fundamentais; no mesmo artigo 5º, agora no inciso LXXI, são tratados como direitos e liberdades constitucionais; e no artigo 60, §4º, inciso IV, como direitos e garantias individuais. No entanto, apesar das diversas denominações existentes no texto maior, a terminologia “Direitos Fundamentais”, na visão de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005), mostra-se mais adequada.

A par disso, cabe também referir acerca do tema, que os direitos fundamentais se dividem em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão ou geração.

Os primeiros figuram em todos os textos constitucionais das sociedades democráticas, sendo integrados por direitos civis e políticos. São exemplos desses direitos: o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, à igualdade, entre outros. São marcados por um caráter negativo, uma vez que representam a atividade negativa da autoridade estatal de não violação da esfera individual. São tidos como direitos inerentes aos indivíduos.

Para José Afonso da Silva (2012, p.183-4), *verbis*:

[...] (a) direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por *liberdades civis* e *liberdades-autonomia* (liberdade, igualdade, segurança e propriedade); (b) direitos fundamentais do *homem-nacional* que são os que tem.

Os de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, incluindo aí questões como trabalho, saúde e educação, e objetivam sempre a diminuição das desigualdades sociais, reclamando do Estado, seu sujeito passivo, uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade propiciando o bem-estar social. Estão intimamente ligados a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo e também são denominados direitos positivos.

Apesar das propostas de Emendas Constitucionais, já apresentadas no tópico antecedente, inserirem o direito à água potável e ao seu acesso no rol dos direitos sociais, de segunda dimensão portanto, entende-se que melhor seria sua inserção no rol dos direitos fundamentais de primeira geração pois possuem o mesmo patamar do direito à vida, uma vez que essencial a sua concretização. Não se pode encarar o direito à água potável e ao seu acesso como um direito capaz de propiciar condições mínimas de vida tão-somente.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005) os direitos fundamentais de segunda geração devem ser somados aos direitos fundamentais de primeira geração, não negando sua existência, tampouco os excluindo. Deve-se considerar, aqui, que os segundos buscam assegurar as condições para pleno exercício dos primeiros, atenuando e eliminando os impedimentos ao uso pleno das capacidades humanas (LAFER, 2006).

Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 102):

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. São, por isso, denominados *direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados*.

Tem-se como direitos de terceira dimensão, por sua vez, aqueles pensados no pós-guerra e ligados ao surgimento da Organização Internacional do Trabalho (1919) e da Organização das Nações Unidas (1945). Referem-se à proteção internacional dos direitos humanos. Surge, aqui, um novo objetivo jurídico a ser somado aos clássicos direitos de liberdade e igualdade.

Paulo Bonavides (2000, pp 522-523) leciona:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vask, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos.

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Esses direitos englobam os direitos de *solidariedade* e de *fraternidade* e são atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. Configuram, assim, o direito a um meio ambiente equilibrado, à defesa do consumidor, ao progresso, à paz, a autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade e ao desenvolvimento entre outros. O Estado e a própria coletividade têm a especial incumbência de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esses direitos de titularidade coletiva e caráter transindividual (PAULO, ALEXANDRINO, 2011).

Por fim, modernamente se discute a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais de quarta dimensão, entretanto, ainda não existe um consenso. Conforme Paulo Bonavides (2000), um dos defensores da existência dessa nova classe, coloca que a globalização política, na esfera da normatividade jurídica, introduz direitos de quarta geração que correspondem a uma derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos fundamentais de quarta geração, conforme o autor, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Conforme Bonavides (2000, p. 525):

Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.

Percebe-se, tendo em vista o entendimento supracitado, que os direitos fundamentais de quarta dimensão não vieram em substituição às demais dimensões, mas as três primeiras gerações constituem os alicerces que embasam a

pirâmide que tem por ápice o direito à democracia visando, assim, uma sociedade aberta para o futuro (BONAVIDES, 2000).

Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares (2000) colocam que os direitos fundamentais de quarta geração decorrem, em um primeiro momento, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo, bem como advêm do fenômeno da globalização e dos avanços tecnológicos do mundo atual.

Norberto Bobbio (1992) assevera que também são considerados direitos de quarta geração os decorrentes de avanços biotecnológicos que envolvem efeitos negativos das pesquisas biológicas que permitem manipulações de patrimônio genético dos indivíduos.

De outra banda e tendo por base Ingo Wolfgang Sarlet (2013) deve-se ter em conta nesta discussão, a dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais e sua substancial relevância no âmbito das relações entre Constituição e Processo. Deve-se, inicialmente, verificar alguns apontamentos sobre a perspectiva – ou dimensão – objetiva dos direitos fundamentais e seus principais desdobramentos, dentre os quais se situa a questão procedimental.

A seguir, pode-se passar à análise das aplicações da teoria dos deveres de proteção e da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais – controvérsia entre tutela individual e/ou transindividual do direito fundamental objeto do presente estudo.

Conforme o autor (2013), é possível afirmar que paralelamente à dimensão subjetiva – direitos fundamentais como direitos subjetivos (como posições jurídicas exigíveis pelo seu titular) – estes também apresentam uma dimensão objetiva. Exemplifica Sarlet como marco histórico decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso *Lüth*, no qual, além de outros aspectos relevantes restou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, vão além, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Os direitos fundamentais, na visão de Luño (1995) apresentam-se, na ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e não como garantias negativas dos interesses individuais.

Os direitos fundamentais, tendo em vista esta dimensão objetiva, transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional tendo em vista a sua totalidade, ocupando a condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica não sendo vistos apenas como direitos e garantias nas relações entre particulares e Estado (LINERA, 1978).

As normas que fazem previsão de direitos subjetivos, necessariamente implicam no reconhecimento de conteúdos normativos de funções distintas. Há aqui, conforme Sarlet⁹ (2013) uma mais-valia jurídica, no sentido de que um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais. Assim, esses direitos devem ter sua eficácia valorada não apenas sob o ângulo individualista, levando-se em consideração, aqui, apenas o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas igualmente sob o ponto de vista da sociedade como um todo, uma vez que tratam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Surge aqui o que a doutrina denomina *responsabilidade comunitária dos indivíduos*.

Da mesma forma, não se tem como sustentar uma posição secundária e subordinada da faceta subjetiva frente à objetiva no velho e desgastado embate entre o público ser mais relevante que o privado. Para Ingo Sarlet (2013), há de se reconhecer que, neste conflito, há uma presunção, relativa, em razão da dimensão subjetiva, no entanto, o intérprete deve considerar três funções básicas no decorrer de sua análise, quais sejam: a) eficácia irradiante dos direitos fundamentais; b) imperativos de tutela (deveres de proteção); c) organização e procedimento (dimensão prestacional).

Os valores inseridos nos direitos fundamentais irradiam sua força sobre todo o ordenamento jurídico, propiciando impulsos e diretrizes para a aplicação desses trazendo uma interpretação conforme da ordem jurídica, compreendida em

⁹ A “mais-valia” trazida aqui não tem o mesmo significado da teoria econômica. Para o autor tem-se: “É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência...”

sua integralidade. O dever geral de efetivação, por sua vez, acarreta, juntamente à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o reconhecimento de deveres de proteção do Estado, concretizando-se no dever de zelar, repressiva e preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos de forma geral.

Os deveres de proteção vinculam os órgãos estatais no sentido de uma atuação suficiente e eficaz na tarefa de proteção dos direitos fundamentais acarretando a necessidade de uma organização e procedimento previamente delimitados.

Na sequência Sarlet (2013) esclarece que o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível, ou, ao menos, perde um pouco da sua efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental. Além desse fato, deve-se considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem uma efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte dos titulares de outros direitos fundamentais, implicando, assim, prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, que, de regra, possuem natureza normativa.

Ainda, o autor (SARLET, 2013) aduz que no que concerne à dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, deve-se fazer menção ao fato de que é na esfera infraconstitucional que esta passa a assumir uma maior relevância. A problemática da interação entre os direitos fundamentais, organização e procedimento, acaba por fluir para a mediação do legislador, que irá, em última análise, criar estruturas organizacionais e estabelecer procedimentos reclamados de forma direta ou indireta pelos direitos fundamentais.

Na visão de Moraes (2000) o conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, família, idosos, etc.) que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão. Para solucionar esse conflito as normas constitucionais devem ser compatibilizadas a fim de que todas tenham aplicabilidade sendo que a doutrina aponta para diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete. Ainda conforme o autor, a Constituição Federal há de sempre ser interpretada com base na conjugação das letras do texto frente a suas características históricas,

políticas, ideológicas do momento em que foram elaboradas almejando a plena eficácia a todas.

Canotilho (2005) propõe seis princípios embaixadores da interpretação constitucional. O primeiro é o princípio da unidade da constituição, ou seja, o texto máximo deve ser interpretado de forma a evitar contradições – antinomias, antagonismos – entre suas normas, assim, o intérprete deve considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.

O segundo princípio refere-se ao efeito integrador que, associado ao primeiro, propõe a resolução dos problemas jurídico-constitucionais dando-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, conduzindo, dessa forma, a soluções pluralisticamente integradoras.

O princípio da máxima efetividade é o terceiro princípio embaixador da interpretação constitucional na visão de Canotilho, também conhecido por princípio da eficiência ou da interpretação efetiva consiste na ideia de que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, ressaltando que este princípio tem sua origem ligada à tese da atualidade das normas programáticas, mas que hoje vem sendo utilizado no âmbito dos direitos fundamentais.

O quarto, seria o princípio da justeza ou da conformidade funcional que visa impedir, em sede de concretização da constituição a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas, dessa forma, a interpretação não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

O penúltimo princípio é o da concordância prática ou da harmonização que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, sendo o âmbito de atuação desse princípio na área dos direitos fundamentais, pois implica na ponderação entre os direitos de igual ordem, ponderação essa que não deve atuar em uma única direção.

O último princípio exposto por Canotilho é o da força normativa da constituição sinalizando que se deve dar prevalência aos pontos de vista que

contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental, dessa forma a primazia cabe às soluções hermenêuticas que possibilitem uma atualização normativa, garantindo a eficácia e a permanência da constituição.

A situação brasileira atual não traz o direito à água potável e o seu acesso como direito fundamental, uma vez que não foi eleito como valor a ser protegido na Carta Magna de forma expressa. No entanto, ele não pode ser esquecido quando se trata de pensar o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana por sua ligação direta em relação a estes. Como já se referiu, trata-se de um direito supralegal, um direito humano para muitos países e um direito do homem em geral.

3.2 Constituições Federais

Apesar de não ter sido eleito como valor a ser protegido como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira, de 1988, e de tampouco o Brasil ter reconhecido o direito à água potável e ao seu acesso como direito humano durante o 5º Fórum Mundial da Água realizado em Istambul, na Turquia, no ano de 2009, como o fizeram nas Américas: Bolívia, Chile, Cuba, Equador, Espanha, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguai, Uruguai, Venezuela; na Europa: Suíça; na África: Benin, Camarões, Chade, Etiópia, Marrocos, Namíbia, Níger, Nigéria, Senegal e África do Sul; e na Ásia: Bangladesch, Emirados Árabes Unidos e Siri Lanka, conforme já mencionado o tema em análise já foi abarcado explicitamente por diversas Constituições estrangeiras, como as do Uruguai, do Equador, da Bolívia, do Congo, da Sudáfrica e de Uganda.

Antes de partir-se a uma análise dos casos mencionados vale fazer referência as duas constituições que foram emblemáticas e precursoras mundiais dos direitos sociais, quais sejam: a Constituição Mexicana (1917) e a Alemã, também conhecida por Constiuição de Weimar (1919). Após serão analisadas apenas as três constituições latino americanas: Uruguai, Equador e Bolívia que preveem a água como direito humano, não se aprofundando o estudo quanto às africanas, entendendo-se por fundamental traçar paralelos entre aquelas e o Brasil, objeto final de estudo.

3.2.1 Constituição Mexicana e Constituição Alemã

A ordem social e a ordem econômica adquiriram dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente. Os direitos fundamentais sociais começaram a ter destaque a partir da Constituição Mexicana de 31 de janeiro 1917, com entrada em vigor em 1º de maio de 1917 – Constituição de Querétaro – e da Constituição de Weimar, na Alemanha em 11 de agosto de 1919.

A Constituição do México foi moldada com base nos princípios inspiradores da Revolução Mexicana que teve início em 1910 contra a ditadura do Presidente Porfírio Díaz. O então presidente era apoiado pelo exército – poder de polícia do Estado –, pela Igreja Católica, por grandes empresas privadas, inclusive de origem estrangeira, e por grandes proprietários de terras que haviam sido beneficiados com a política de extinção dos *ejidos* – propriedades coletivas de origem indígena. As principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República, que se encontrava no poder desde 1876, no retorno dos *ejidos* e devolução das respectivas terras às comunidades indígenas, na nacionalização das grandes empresas e bancos, na consolidação dos direitos trabalhistas à classe média emergente e na separação radical entre a Igreja e o Estado (PINHEIRO, 2006).

A Constituição Mexicana garantia em seu Capítulo I – “Das Garantias Individuais”, inúmeros direitos clássicos à liberdade – direitos de primeira geração – como a proibição da escravidão (art. 2º), igualdade entre os sexos (art. 4º), liberdade de expressão e de informação (art. 6º), vedação à censura prévia (art. 7º), direito à livre circulação (art. 11) entre outros (PINHEIRO, 2006).

Além dos arrolados direitos de primeira geração, a Carta Magna Mexicana previu direitos e garantias de segunda geração de forma espaiada não constantes de um único capítulo da Carta Política. Destacam-se a proteção à família (art. 4º), direito à saúde, de incumbência da Federação e das entidades federativas (art. 4º, § 2º), direito à moradia digna, a ser concretizado por meio de apoio Estatal (art. 4º, § 3º), proteção pública dos menores (art. 4º, § 4º), direito ao trabalho e ao produto que dele resulta (art. 5º), proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo (art. 5º, § 4º) e a vedação à constituição de monopólios (art. 28 – direito este de natureza eminentemente econômica) (PINHEIRO, 2006).

Os direitos de terceira geração também tiveram assento na Constituição Mexicana que inaugurou a matéria referente aos direitos sociais no cenário mundial. Em seu artigo 27, trouxe questões pertinentes ao problema agrário, um dos pilares da Revolução, a propriedade da nação relativamente às terras e às águas – que poderiam, ou não, ser transmitidas a particulares, mediante propriedade privada, a possibilidade de desapropriação de terras por utilidade pública, mediante indenização, a proteção da pequena propriedade e a função social da propriedade (PINHEIRO, 2006).

Paralelamente à questão agrária, tratada no artigo 27 da Carta Política Mexicana, o artigo 123, parte do Título VI – “Del Trabajo e de Prevision Social” apresentava outro pilar de sustentação das aspirações revolucionárias em sede constitucional, tido por alguns doutrinadores como a inauguração do Direito Constitucional do Trabalho e trazia as seguintes prescrições: direito ao emprego e correlata obrigação do Estado de promover a criação de postos de trabalho (art. 123, *caput*); jornada de trabalho máxima de 8 (oito) horas (I); jornada noturna de 6 (seis) horas (II); proibição do trabalho aos menores de 14 e jornada máxima de 6 (seis) horas aos maiores de 14 e menores de 16 (III); um dia de descanso para cada 6 dias trabalhados (inciso IV); direitos das gestantes (V); salário mínimo digno (VI) , entre outros (PINHEIRO, 2006).

Importante frisar ainda que no artigo 25 da Carta Magna Mexicana, que dispõe sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, segundo Maria Cláudia Pinheiro (2006) pode-se afirmar que os setores sociais e privados da economia sujeitam-se aos interesses públicos e ao uso, em benefício geral, dos recursos produtivos, devendo-se dar atenção, portanto, a sua conservação e ao meio ambiente (art. 25, §4º)¹⁰. Ainda salienta a autora que no texto no artigo 27 supracitado, ao ser disciplinada a reforma agrária ou o modo de organização dos assentamentos deve-se reconhecer a necessidade da edição de medidas para preservar e restaurar o equilíbrio ecológico, assim como evitar a destruição dos elementos naturais.

¹⁰ Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

Já o texto alemão conhecido como a Constituição de Weimar, datado de 11 de agosto 1919, surgiu depois da supressão da monarquia e em meio a enfrentamentos entre os revolucionários comunistas e os sociais democratas (ABREU, MARTINS, *in* DUARTE, VIEIRA, 2005).

A nova Constituição baseou-se em quatro pilares fundamentais: República, democracia, Estado Federal e direitos fundamentais, baseando-se na tradição da constituição liberal de 1849 e, com ela, dos novos movimentos constitucionais burgueses. Os elementos socialistas foram relegados à categoria dos princípios. Procurou-se uma síntese entre o antigo e o novo, buscando integrar a uma nova ordem democrático-republicana políticos, partidos, funcionários públicos, municípios e Estados (federados) recebidos da monarquia. A nova ordem estatal baseou-se na ideia democrática da *soberania popular*, sendo que os cidadãos eram por um lado titulares do poder do Estado e seu órgão supremo e de outro, como indivíduos titulares de direitos e deveres fundamentais. Esses direitos foram concebidos não apenas como direitos dos cidadãos frente ao Estado, mas também junto ao Estado e no Estado. A segunda parte do texto acumulava um inovador programa de ampla constituição social que, mais além dos direitos e obrigações civis dos cidadãos, também formulava fins econômicos, sociais e políticos. A Carta de Weimar tentou modelar as ideias de justiça material e de certa natureza procedimental notadamente no campo dos direitos sociais (ABREU, MARTINS, *in* DUARTE, VIEIRA, 2005).

O destaque deste texto, tendo em vista a matéria ora abordada, deve ser dado ao Livro II (artigos 109 a 165) que previa direitos fundamentais e garantias ao povo alemão. O rol sistematizado de direitos trazido por este texto visava garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de índole social, que acabaram vindo a inspirar textos constitucionais por todo mundo, inclusive a Constituição Brasileira de 1934 (PINHEIRO, 2006).

Dentre os direitos fundamentais de primeira geração constantes da Carta de Weimar podem-se destacar os seguintes: direito à igualdade (art. 109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito à nacionalidade (art. 110); liberdade de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art.113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); liberdade de manifestação do pensamento (art. 118); vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a

pornografia e a obscenidade (art. 118, § 1º); proteção ao matrimônio e à família (art. 119); igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119), entre outros (PINHEIRO, 2006).

Já o rol dos direitos de segunda geração pode ser considerado o seguinte: proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162), entre outros (PINHEIRO, 2006).

Na mesma linha da Constituição Mexicana a Constituição de Weimar não possui em seu texto um dispositivo destinado unicamente a contemplar os direitos fundamentais de terceira geração. Tem-se que o artigo 150 do texto alemão, ao dispor que *monumentos de arte, históricos e naturais, bem como a paisagem, gozam de proteção e incentivo estatais* teria positivado, no texto constitucional típicos direitos de terceira dimensão, cuja titularidade pertence a toda coletividade e consiste na garantia de preservação do meio ambiente – monumentos naturais e paisagem – assim como de conservação dos patrimônios históricos e culturais – monumentos históricos e de arte (PINHEIRO, 2006).

Apesar de a Constituição Mexicana ter sido cronologicamente anterior à alemã trouxe um modelo de referência quase que regional muito adequado à realidade daquele país, mas pouco universalizante. As reivindicações à necessidade se conferir especial proteção aos trabalhadores, concretizadas em seu texto, no contexto histórico do pós-guerra eram praticamente globais, ao menos no mundo ocidental. O advento de uma classe operária, mais organizada em função de seus interesses é apontado como consequência de um processo de industrialização da produção que atingiu, ora mais ora menos, uma quase totalidade dos Estados europeus e americanos, elevando as reivindicações dos direitos trabalhistas a uma constante da época. Assim sendo a maioria das matérias debatidas no Texto Magno Mexicano não eram desconhecidas de outros povos e o legislador mexicano teria buscado inspiração nas experiências de países como a França, a Bélgica, a Itália, os Estados Unidos, a Austrália e a Nova Zelândia (CUEVA, 1960).

Por outro lado, a Constituição de Weimar, que surgiu dois anos após a Constituição Mexicana, previa ao lado dos direitos dos trabalhadores e do

estabelecimento da função social da propriedade um rol sistematizado de outros direitos como o sistema de previdência social e o da educação. Trazia prescrições de direitos fundamentais sociais que concretizavam preocupações de caráter mais abstrato e universalizante e menos regional, mais adaptáveis à realidade de outros países ao contrário do texto de 1917 (PINHEIRO, 2006).

O Uruguai, em 2004, conforme já restou ressaltado, deu um passo importante no reconhecimento mundial da água como direito humano fundamental, ao aprovar reforma constitucional, através de plebiscito, que definia a água como bem de domínio público e garantia a participação da sociedade civil, em todas suas instâncias, na gestão dos recursos hídricos no país. Consta, assim, na Carta Magna Uruguiaia, datada de 1967, mas com modificações em 1989, 1994, 1996, e 2004, em seu artigo 47¹¹ que “a água é um recurso natural essencial para a vida” e que o acesso a ela e a todos os serviços de saneamento constituem “direito humano fundamental”.

¹¹ Artículo 47.- La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. [La ley reglamentará](#) esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

- 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:
 - a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.
 - b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.
 - c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.
 - d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

- 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.
- 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.
- 4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

3.2.2 Constituição de la Republica Oriental del Uruguay

Através de uma reforma constitucional, realizada por meio de plebiscito, com apoio de 60% do eleitorado, em 08 de dezembro de 1996, impulsionada pela Comissão Nacional de Defesa da Água e da Vida, integrada pelo sindicato da empresa estatal de água e saneamento e por vários grupos da sociedade civil, o Uruguai deu um passo significativo e de vanguarda em definir a água como um bem de domínio público e garantir a participação da sociedade civil, em todas as instâncias de gestão dos recursos hídricos do país (PIERRI, 2004).

Foi alterado o artigo 47, constante no Capítulo II, Seção II que trata dos Direitos, Deveres e Garantias, sendo que o texto ficou assim expresso¹²:

Artículo 47

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

1) La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en:

a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.

b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.

d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

4) La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

¹²Cabe salientar que a redação do primeiro inciso deste artigo foi dada pela Reforma Constitucional aprovada pelo plebiscito de 8 de dezembro de 1996 e o texto do segundo inciso foi agregado através da Reforma Constitucional aprovada pelo plebiscito de 31 de outubro de 2004

Está claro no texto do artigo supracitado que a água é um recurso natural essencial à vida. Aduz que o acesso à água potável e o acesso ao saneamento constituem *direitos humanos fundamentais*.

A iniciativa popular assentou, com certeza, um precedente histórico na defesa da água através de sua inclusão na Carta Magna Uruguaia pela via democrática e direta. Tal afirmação foi manifestada por 127 organizações e 36 países que enviaram ao Uruguai uma carta de apoio à Comissão que desencadeou a reforma. Além disso, constou também na carta que a reforma uruguaia garantiria a defesa da soberania sobre um recurso natural diante da investida de companhias multinacionais (PIERRI, 2004).

Através da reforma efetuada os serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano serão prestados exclusiva e diretamente por pessoas jurídicas estatais uruguaias devendo ser canceladas todas as concessões na matéria feitas a empresas privadas, como as companhias de capital espanhol Uragua e Águas da Costa que forneciam o serviço de água potável no departamento de Maldonado.

No entanto, cabe salientar que em 27 de outubro de 2017 foi promulgada a Lei nº 19.553¹³, publicada em 16 de novembro do mesmo ano que modificou a Lei nº 16.858 relativa à irrigação agrária (Ley de Riego). Tal instrumento legislativo gerou muita polêmica sobretudo porque é considerado, por muitos, uma forma de privatização da água com vistas a favorecer o agronegócio, atitude que afrontaria o disposto no festejado artigo 47 da Carta Magna.

A nova lei foi aprovada com respaldo de todos os partidos e abre a possibilidade dos produtores rurais associarem-se para ter acesso à água. Objetiva atrair investimentos e procura incrementar a produção agropecuária do país, dando estabilidade aos cultivos e uma certeza a mais do que a dependência do regime de chuvas. Uma das novidades da nova lei é a criação de sociedades e associações de irrigação com o objetivo de que o uso desta não seja algo ligado ao prédio ou ao indivíduo, mas sim, que seja coletivo e multipredial mediante a construção de represas de certo porte em certas bacias hidrográficas. A lei baseou-se no

¹³ <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu8857001077713.htm>

documento *Estrategia de fomento del desarrollo de la agricultura regada em el Uruguay* realizado pelo Banco Mundial (SILVA, 2017).

Posicionou-se à frente da luta dos que consideram a lei nociva a academia. Os professores da Seção de Limnologia da Faculdade de Ciências se pronunciaram dizendo que o projeto não considerou o impacto ambiental na construção de novas represas em grande escala. A construção de represas implica na perda da biodiversidade de fauna e flora, além disso, essas construções aumentam o tempo de retenção da água e com ele sua temperatura e transparência podendo acarretar um aumento no risco de que se desenvolvam florações de algas e cianobactérias potencialmente tóxicas (SILVA, 2017).

Existem, hoje, no Uruguai, 1.226 represas para a produção agrícola que abarcam 200 mil hectares de irrigação. Além dessas existem 5 represas para consumo humano e 18 para o uso industrial, conforme o Plano Nacional de Águas (2015/2017).

Por fim, a lei é considerada por muitos, como já dito, um avanço na privatização da água. Além disso, ela possibilita monopolizar o negócio deixando de fora os pequenos produtores e as economias familiares. Ao tempo em que se permite a privatização da água esta, que foi ineditamente declarada direito humano pela primeira vez na Constituição Uruguia, passa a ser um bem de consumo interessante ao mercado e precificado colocando, por terra, a ideia principal de ser um direito consagrado a todos (TRENGONE, 2018).

3.2.3 Constitución de la Republica del Ecuador

A água foi privatizada no Equador durante muitas décadas, nos séculos passados. Havia uma concentração e monopólio histórico na mão dos grandes latifundiários decorrente da herança colonial de pilhagem e desapropriação da natureza. A água beneficiava aos proprietários de extensas dimensões de terras em detrimento das pequenas unidades rurais. O mesmo se poderia dizer dos sistemas de irrigação (BUITRÓN, 2009).

A Constituição do Equador, datada de 2008, pretendeu ratificar as demandas das organizações e movimentos sociais realizadas na última década que buscavam ver a água como direito humano fundamental, irrenunciável, patrimônio nacional

estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, inatacável pelo Estado e elemento vital para a natureza e existência dos seres humanos (BUITRÓN, 2009).

Assim, no Segundo Capítulo – *Derechos del buen vivir* – Primeira Seção – *Agua y alimentación* – inseriu-se o artigo 12 com o seguinte teor:

Art. 12.- 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.

A partir do novo marco constitucional, iniciaram-se uma série de reformas em torno da gestão da água, entre elas, a discussão sobre a nova lei das águas e a construção de uma nova institucionalidade desta e, ainda, a criação da Secretaria Nacional da Água – SANAGUA e reformas para modificar as regras sobre o sistema de irrigação (BUITRÓN, 2009).

A elaboração da proposta da Lei das Águas foi feita sem uma participação real. Foram feitos vários textos, totalmente distintos entre si e houve muita falta de vontade política para aceitar as propostas dos usuários dos serviços. O diálogo terminou por falta de cumprimento, por parte da Assembleia Nacional e do governo, dos acordos estabelecidos nos diálogos. A proposta enviada pelo Executivo à Assembleia Nacional continha elementos privatizadores como por exemplo, a transferência do uso da água com a propriedade da terra e o uso para indústria ou negócios. Também havia previsão de que a infraestrutura hidráulica fosse propriedade dos particulares e que as águas superficiais retidas sejam partes integrantes dos imóveis (BRUITÓN, 2009).

A proposta oficial também não continha sanções por eventual contaminação, nem controle de qualidade e permitia a afetação das fontes de água modificando as prioridades para beneficiar as atividades de mineração. O direito humano à água restava restrito ao acesso à água potável e ao seu uso doméstico sem considera-la um direito vinculado à saúde, a soberania alimentar e à cultura, configurando, assim, um retrocesso nos mecanismos de exigibilidade do direito. Além disso, não havia previsão de saneamento ambiental integral como política de Estado (BRUITÓN, 2009).

Após algumas mobilizações de repúdio ao projeto, iniciou-se um processo de debates e diálogo que modificou parcialmente a proposta oficial incorporando alguns

elementos. No entanto, as principais demandas dos movimentos sociais não foram aceitas.

A *Ley de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua* foi publicada em 06 de agosto de 2014, recebendo o Registro Oficial sob o número 305¹⁴ e trouxe em seu artigo 3º a reafirmação do direito à água ser um direito humano e, no texto do artigo 6º, a expressa proibição de privatização, *verbis*:

Artículo 3.- Objeto de la Ley.

El objeto de la presente Ley es garantizar el derecho humano al agua así como regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, la gestión integral y su recuperación, en sus distintas fases, formas y estados físicos, a fin de garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir y los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución.

Artículo 6.- Prohibición de privatización.

Se prohíbe toda forma de privatización del agua, por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente; por lo mismo esta no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa privada nacional o extranjera. Su gestión será exclusivamente pública o comunitaria. No se reconocerá ninguna forma de apropiación o de posesión individual o colectiva sobre el agua, cualquiera que sea su estado. En consecuencia, se prohíbe: a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado a través de la Autoridad Única del Agua o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados; b) La gestión indirecta, delegación o externalización de la prestación de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua por parte de la iniciativa privada; c) Cualquier acuerdo comercial que imponga un régimen económico basado en el lucro para la gestión del agua; d) Toda forma de mercantilización de los servicios ambientales sobre el agua con fines de lucro; e) Cualquier forma de convenio o acuerdo de cooperación que incluya cláusulas que menoscaben la conservación, el manejo sustentable del agua, la biodiversidad, la salud humana, el derecho humano al agua, la soberanía alimentaria, los derechos humanos y de la naturaleza; y, f) El otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua.

No entanto, ainda restam muitas críticas e dúvidas com relação ao seu texto como, por exemplo, o fato de não constar que não se reconhece nenhuma forma de propriedade ou apropriação ou mecanismos de delegação, uso ou concessão da água e suas fontes sob a figura ou mecanismos de serviços ambientais, assim como foram omitidas as atribuições outorgadas à Autoridade Ambiental Nacional, ligada ao Ministério do Meio Ambiente, responsável por valorar e administrar os serviços ambientais a quem cabe a expedição de títulos valores de qualquer natureza. Sem esses certificados, bônus, títulos ou outros, são uma forma de comercialização ou

¹⁴<https://www.agua.gob.ec/wp-content/uploads/2012/10/LEYD-E-RECURSOS-HIDRICOS-II-SUPLEMENTO-RO-305-6-08-204.pdf>

mecanismos para sua coleção em benefício do Estado, dos valores que provêm da prestação de serviços ambientais (BUITRÓN, 2012).

Outro ponto que os opositores à lei ressaltam (BUITRÓN, 2012) foi a omissão sobre a possibilidade de terceirização na prestação dos serviços públicos, um dos mecanismos implementados pelo Banco Mundial e Banco de Desenvolvimento Econômico. Para a privatização da água no país, foi delegado ao setor privado a gestão, mediante concessão e a terceirização de parte dos serviços de água potável, por exemplo, a cobrança, instalação de medidores, manutenção de redes. Muitas empresas públicas de água se utilizam desse mecanismo privatizador neoliberal e já terceirizaram parte do serviço como ocorre com a Empresa Municipal de Água Potável e Esgoto de Quito – Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Quito (EMAAP-Q).

3.2.4 Constitución Política del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario de Bolívia

Não há como se falar em água na Bolívia sem fazer alusão à *La Guerra del Agua* que ocorreu no ano 2000, em Cochabamba, assim, far-se-á uma pequena digressão histórica.

Nos meados dos anos 60, as autoridades da cidade buscaram ajuda no exterior e em 1967 a cidade realizou um empréstimo de 14 milhões de dólares americanos, junto ao Banco de Interamericano de Desenvolvimento (BID), com sede em Washington, para desenvolver suas provisões de água. Em troca do auxílio financeiro foram estabelecidas as condições de como deveriam ser realizados os trabalhos (SHULTZ).

O primeiro requisito era que a cidade teria que criar uma nova empresa pública de água – *Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA)* – para administrar o desenvolvimento e ampliação do serviço de provisão da água. Durante os anos seguintes, a empresa criada foi envolvida em sérios casos de corrupção sendo utilizada como fonte de dinheiro e favores aos políticos que ajudavam a administrá-la, situação essa que perdurou por muito tempo (SHULTZ).

Apesar da ampliação dos serviços de fornecimento de água na cidade esta nunca foi suficiente para atender à população crescente e aos novos bairros mais

humildes ao sul da cidade, constituídos por ex-mineiros e pessoas provenientes do campo, uma vez que a concentração tinha por meta os bairros mais ao centro e ao norte, tidos por mais abastados (SHULTZ).

A solução do problema partiu da camada pobre da população, em quase ou total desabastecimento, que optou por criar mais de uma centena de comitês de água independentes, através dos quais os vizinhos se uniam para perfurar poços, colocar redes de tubulações de água que alcançassem as colinas, assim como identificar outros métodos para obter a água, administrando-se tudo de forma coletiva, no entanto, a crise da água persistiu (SHULTZ).

Em fevereiro de 1996, o prefeito de Cochabamba anunciou à imprensa que o Banco Mundial facilitaria um empréstimo de urgência à SEMAPA, para que esta pudesse expandir seus serviços de água, tendo por condição à negociação a privatização da empresa. Em 1999, com poucas opções disponíveis e necessitando de um empréstimo de 600 milhões de dólares americanos para ajudar a pagar a dívida externa do país, da qual o Banco Mundial era um dos maiores credores, o governo da Bolívia abriu para empresas privadas processo de licitação do sistema público de águas, sendo que a vencedora foi a desconhecida empresa *Aguas del Tunari* (SHULTZ).

Esta empresa foi criada em setembro de 1999, pelas gigantes Bechtel (americana – empresa gigante da área de construção com sede em São Francisco – EUA) e IWL (*International Waters Limited*, com sede em Londres – Inglaterra, criada pela Bechtel, que rapidamente se mobilizou para entrar no negócio da água no nível mundial) com o objetivo exclusivo de gerenciar a água boliviana pelo período de 40 anos com a garantia de um lucro médio de 16% em cada um desses anos, que seriam financiados mediante a cobrança de serviços das famílias de Cochabamba (SHULTZ).

Com a privatização da água rompeu na Bolívia a *Guerra da Água*. Os protestos iniciaram-se no campo com as populações campesinas e indígenas. A população de Cochabamba contava, no início do século XXI, com 700.000 pessoas e somente a metade delas possuía um serviço de água. Quem não contava com os serviços de forma direta utilizavam os chamados *carros cisterna* (caminhões-tanque) que negociavam o produto a preços módicos (BRIEGER, 2017).

A Lei nº 2.029, de 29 de outubro de 1999¹⁵, veio ratificar o contrato firmado com a empresa *Aguas del Tunari* e permitia que a empresa cobrasse grandes tarifas dos habitantes para poderem usufruir da água. A lei não classificava a população segundo suas necessidades, assim, não haviam tarifas diferenciadas para os camponeses que teriam que arcar com o custo do produto para irrigar o solo. Todos pagavam da mesma forma, residindo no campo ou na cidade (BRIEGER, 2017).

O início das manifestações, em janeiro de 2000, surgiram com os camponeses que dependiam da irrigação de suas plantações que bloquearam com troncos e rochas as duas únicas rodovias de entrada e saída de Cochabamba. Por sua vez, os moradores da cidade, fecharam o acesso das ruas com uma pilha desordenada de pedras, tijolos e fios e restaram por paralisar Cochabamba. Durante três dias a cidade ficou bloqueada totalmente com a suspensão dos serviços aéreos e rodoviários e milhares de manifestantes ocuparam a praça principal sendo que ao final do terceiro dia foi anunciado um acordo: o governo se comprometia a questionar as tarifas, assim como a nova lei das águas e retornaria com uma proposta. Em 04 de fevereiro mais de mil policiais, fortemente armados ocuparam o centro da cidade vindos de outros locais do país. Durante dois dias o centro colonial de Cochabamba se converteu em zona de guerra. A intensa e inesperada rebelião pública levou o governo a anunciar, apesar das objeções da empresa Bechtel, um retorno às tarifas anteriores pelo prazo de seis meses (SHULTZ).

A partir desse ganho houve uma mudança de estratégia dos líderes do movimento, conhecidos por *La Coordinadora*, que não se contentaram com a reversão das tarifas, passando a exigir o completo cancelamento do contrato com a Bechtel e, além disso, reivindicavam que a água de Cochabamba retornasse diretamente ao controle público. Tal atitude foi respaldada por uma consulta popular realizada na qual 60.000 pessoas, quase 10% da população do vale e deles, 90% apoiaram o cancelamento do contrato com a empresa americana (SHULTZ).

No começo de abril de 2000, *La Coordinadora* anunciou o que denominou de “a última batalha”. Seus dirigentes ameaçaram de greve geral e indefinida a cidade com um bloqueio das estradas até que o governo atendesse suas reivindicações, entre elas a principal: a anulação do contrato com a empresa estadunidense. Muitos

¹⁵ <http://www.afcoop.gob.bo/wp-content/uploads/2017/06/Ley-2029-de-agua-y-saneamiento-b%C3%A1sico.pdf>

acontecimentos trágicos advieram tendo em vista as reações adversas do governo e a recusa da empresa em aceitar a anulação, no entanto na tarde de 10 de abril, o governo fez uma declaração de que os representantes da empresa haviam abandonado o país. O contrato restou anulado tendo em vista a retirada dos diretores da Bechtel.

Dessa forma compreende-se o grau de importância que a defesa da água e seu acesso como direito humano foi de extrema importância para o povo boliviano.

O texto da atual Constituição Federal Boliviana foi submetido a referendo da sociedade em 25 de janeiro de 2009 e restou aprovado, sendo promulgado em 7 de fevereiro de 2009. O direito à água e ao seu acesso foi reconhecido como direito humano e incluído no novo texto seguindo a escola da Constituição do Equador, datada do ano anterior.

Assim, o assunto começa a ser tratado desde o preâmbulo, *verbis*:

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos

O preâmbulo de um texto constitucional pode ser definido, no entender de José Afonso da Silva (2005), como: “parte que precede o texto articulado das Constituições”. Ainda consoante o entendimento do autor, o preâmbulo é considerado a expressão solene de propósitos, uma afirmação de princípios, uma síntese do pensamento que dominou na Assembleia Constituinte em seu trabalho de elaboração constitucional. Ele enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição e, não raro, assume a função de cláusula de promulgação e ordem de obediência.

Mais adiante, em seu capítulo segundo nominado de – *Derechos Fundamentales* – expressa no artigo 13, inciso I e III que:

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. (...) III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros

O reconhecimento da independência, indivisibilidade e universalidade dos direitos, assim como a delimitação dos níveis de obrigações do Estado, quais seja, promoção, proteção e respeito, expressam partes de tratados de direitos humanos, previstos na seara do Sistema Universal dos Direitos Humanos, e denotam uma ideia de progressividade ou proibição de regressividade nesta matéria (BRITTOS).

A especificação sobre a “igual hierarquia” dos direitos sejam eles sociais, civis ou políticos, contida na previsão constitucional expressa parte dos debates e esforços intelectuais atuais no campo jurídico em contraposição a uma perspectiva liberal dominante que levanta os direitos civis como prioritários (BRITTOS).

Na sequência, o inciso I do artigo 16 da Carta Magna Boliviana dispõe que: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.”. Em seguida em seu artigo 20, inciso I, constante do mesmo capítulo, tem-se que: “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.” , e, por fim, o inciso III deste mesmo artigo traz expresso: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.”.

Além disso, consta no texto maior boliviano, no capítulo quinto, nominado de – Recursos Hídricos – o artigo 373 e seguintes que trazem diversas alusões ao tema reafirmando a água como direito humano fundamental para a vida.

Para Nora Brittos, a nova constituição aborda a água em duas dimensões: a) como direito humano à água; b) como um recurso natural renovável e estratégico (recurso hídrico). A gestão do recurso se deriva das possibilidades materiais de garantir o direito humano à água a todos.

A competência para esta gestão encontra-se prevista no artigo 299 do texto constitucional e é garantida ao Estado Plurinacional de forma privativa e indelegável. Já o artigo 349 estabelece que a propriedade e domínio direto, indivisível e imprescritível dos recursos naturais pertence ao povo boliviano e caberá ao Estado a sua administração em função do interesse coletivo.

Assim, pode-se concluir que a realidade boliviana traz enormes avanços no tema água potável e seu acesso, especialmente no que diz respeito às instituições, suas competências, políticas públicas, planejamento e desenvolvimento comunitário

a partir do reconhecimento explícito desta como direito humano. Tal exemplo levanta-se como um marco latino-americano em um assunto de interesse e relevância mundial que merece ser observado mais atentamente e quiçá seguido pelos demais países.

4 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Poder e Poderes

Para que a água potável e seu acesso firme-se como direito é necessário que os detentores do poder instituído assim o desejem.

Nesta linha de pensamento, presta-se o presente capítulo a uma análise inicial, com base em revisão bibliográfica, acerca da ideia de “poder” no Estado Ocidental com o intuito de dar-se um suporte teórico ao presente estudo.

Assim, apresentará abordagens sobre a divisão dos Poderes Políticos invocando conceitos de poder, política e poder político, tendo por base Norberto Bobbio, Michel Foucault, Karl Marx e Pierre Bourdieu, elegendo-se, ao fim, o poder institucionalizado no mundo ocidental como cenário ideal para o prosseguimento da pesquisa uma vez que pretende verificar, como a água potável e seu acesso vem sendo tratados no Estado brasileiro.

Para tanto, percorrerá breves apontamentos históricos acerca da formação do poder institucionalizado no Estado Ocidental a partir da Idade Média, passando pela Monarquia Inglesa e o Estado Moderno, com o intuito de melhor entender seu desenvolvimento. Apresentará, na sequência, ideias de Jehan Bodin e Thomas Hobbes e desaguará na tradicional divisão de poderes de Montesquieu, tendo como antecessor John Locke.

Como já se teve a oportunidade de verificar no capítulo anterior, os textos legislativos brasileiros – leia-se Poder Legislativo – não contemplam a água potável e seu acesso como direito. Assim, avança o presente estudo no sentido de verificar como o tema vem sendo tratado em outra faceta do poder institucionalizado, o Poder Judiciário.

Para tanto, prossegue-se o capítulo com uma abordagem sobre o Tribunal Constitucional, origem e formação, e ao Supremo Tribunal Federal órgão máximo judiciário brasileiro, condição essencial para embasar o derradeiro capítulo que se debruçará sobre decisões deste tribunal sobre o tema tendo por objetivo final verificar se a água potável e seu acesso vem sendo tratados no Estado brasileiro como um direito ou uma mercadoria.

4.1 Divisão dos Poderes Políticos do Estado Ocidental – Conceitos iniciais

A palavra *poder* provém do latim vulgar, *potere*, substituído ao latim clássico *posse*, que surge da contração das palavras *potis esse*, que significam “ser capaz”; “autoridade”. Tendo em vista a etimologia da palavra, *poder* denota força, persuasão, controle, regulação, etc (FERREIRINHA, RAITZ, 2010).

No Dicionário Básico de Filosofia, de Japiassú e Marcondes (2001), *poder* é a capacidade, faculdade de realizar algo, derivada de um elemento físico ou natural, ou conferida por uma autoridade institucional.

Poder, na definição de Norberto Bobbio (1998) designa, em uma visão mais geral, a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Refere-se tanto a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou fenômenos naturais. Em um sentido mais específico e social, isto é, considerando-se a sua relação com a vida do homem em sociedade, o *poder* pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem (poder do homem sobre o homem). O homem pode ser tanto o sujeito quanto o objeto do *poder social*.

O *poder social*, por sua vez, na visão do autor (BOBBIO, 1998), é a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade um Governo de dar ordens aos cidadãos. O *poder* sobre o homem é sempre distinto do *poder* sobre as coisas, sendo que este último é relevante no estudo do *poder social*, na medida em que pode ser convertido em um recurso para exercer o *poder* sobre o outro homem. O *poder social* não é uma coisa ou a sua posse, mas sim configura uma relação entre pessoas.

No momento em que se pretende discutir a água potável como um direito de todos em confronto com a ideia de ser esta uma mercadoria, precificável e concedida apenas àqueles que a podem comprar, imprescindível se faz entrar-se em uma discussão mais aprofundada sobre o que é o poder e como ele se estabelece uma vez que este é condição essencial reguladora da vida em sociedade e influência absoluta sobre as opções do Estado como um todo.

A partir de tal ponto, reflete-se sobre o conceito de *política*, que, por sua vez, deve ser entendido como uma forma de atividade ou de práxis humana, está intimamente ligada ao *poder*. O *poder político* pertence à categoria do poder do homem sobre o outro homem e esta relação é expressa de várias formas onde se

reconhecem fórmulas típicas da linguagem política como relação entre governantes e governados, soberano e súditos, Estado e cidadãos, etc (BOBBIO, 1998).

Como a discussão sobre o acesso à água potável gira em torno de direito *versus* mercadoria, conforme já foi explicitado traz-se à baila a visão de Michel Foucault (2009), que entende que a análise do *poder* pode ser deduzida a partir da economia. Entende o autor que pode haver um ponto em comum entre a concepção jurídica ou liberal do *poder político* – tal como se percebe nos filósofos do século XVIII – e a concepção marxista. Este ponto em comum foi chamado de *economicismo* na teoria do poder.

Tendo por base a teoria jurídica clássica, *poder* é considerado como um direito de que se seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferi-lo ou aliená-lo, de forma total ou parcial, por um ato jurídico ou um ato fundador de direito, que seria da ordem da cessão ou de um contrato. O *poder*, aqui, *concreto* que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um *poder político*, uma soberania política. Dessa forma, a construção do *poder político*, para Foucault (2009), se faz segundo o modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual, por conseguinte, analogia manifesta, que percorre toda a teoria.

Indaga-se, no entanto, se esta cessão de poder, de cada indivíduo, um direito na visão de Foucault, em prol de um ente abstrato – Estado – para construção de um poder político, de uma soberania política poderia afetar direitos outros, fundamentais à vida, como o direito à água potável. Seria possível os sujeitos outorgarem poderes que lhes pusessem a própria vida em risco? Fixa-se, aqui, um primeiro ponto de discussão a ser pensado.

Já na concepção marxista, também importante para a discussão que se propõe, cuida-se da funcionalidade econômica do *poder*, ou seja, ele teria como papel essencial manter as relações de produção e reprodução de uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria de apropriação das forças produtivas tornaram possível. O *poder político*, neste último caso, teria encontrado, na economia, sua razão de ser histórica.

O pensamento de Marx no sentido de o poder ter uma funcionalidade econômica, tendo como seu principal papel ser instrumento de produção e

reprodução de uma dominação de classe, surge com clareza na questão da água. O monopólio das decisões sobre o bem mais importante para o planeta ficar confinado na mão de poucos denota uma grave dominação destes sobre uma maioria e a ideia de bem de consumo, mercadoria a ser comprada para ser utilizada por aqueles que podem pagar, leva a água à sua dimensão puramente econômica.

Assim, por um lado tem-se um *poder político* que teria no procedimento de troca, na economia da circulação dos bens o seu modelo formal e, no outro, o *poder político* que encontraria na economia sua razão de ser histórica, o princípio de sua forma concreta e do seu funcionamento atual. Neste contexto reafirma-se a questão da água ser um direito (in)negociável ou uma mercadoria.

O termo *poder* ocupa uma posição central e privilegiada nos escritos políticos, pois política envolve todas as atividades que, de certa forma, referem-se ao *poder* institucionalizado do Estado. Em sentido *funcional-material*, o termo *poderes* é empregado para nominar as *atividades* desenvolvidas por órgãos ou pessoas, consideradas em sua materialidade social, política ou jurídica. Dessa forma, a Teoria do Estado fala em *poder* legislativo, *poder* executivo e *poder* judiciário, para indicar as *funções jurídicas* do Estado. Já no sentido *orgânico*, *poderes* são os órgãos institucionalizados diretamente na esfera do direito constitucional, dotados expressamente de competências ou atribuições específicas para o desempenho de atividades declaradas como de soberania estatal una (SOUZA JR, 2002).

No entanto, e de uma forma mais ampla, o *poder* pode ser visto em toda parte, seria, segundo Pierre Bourdieu (2007), uma espécie de círculo cujo centro está em toda a parte e em parte alguma, seria necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos e onde ele é mais completamente ignorado e, portanto, reconhecido. Este *poder* é capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia. Para o autor este seria o *poder simbólico*, um poder invisível que pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo o exercem.

O poder simbólico de Bordieu, por sua vez, desenvolve-se na malha social que ora assente e ora questiona os posicionamentos do Estado. O que pensar quando a população de um mesmo país desperdiça e sofre com a falta da água potável? Que briga por ser esta um direito conferido a todos e a desvia para proveito econômico? Esta dualidade perpassa o tecido social, ora com argumentos a favor e

ora contra. Como encontrar uma voz preponderante entre tantos poderes? Caberá respostas a tais questões ao Estado detentor do poder ou ao cidadão outorgante do mesmo?

Dentro das várias manifestações do *poder* e para melhor delimitar o estudo que ora se executa, elege-se o *poder institucionalizado* no mundo ocidental, a fim de, ao final do trabalho, discutir-se como a água potável e seu acesso vem sendo tratados.

4.2 Poder Institucionalizado no Mundo Ocidental

A unidade política ocidental nasceu, através de um lento processo histórico, de, pelo menos, cinco séculos, no oeste europeu, a partir do desaparecimento do Império Romano no século V da nossa era. A civilização ocidental foi gerada a partir da fusão de elementos culturais remanescentes do Império Romano do Ocidente (que assimilou muito da cultura grega) e dos elementos culturais germânicos (trazidos pelas invasões bárbaras). Teve grande influência e participação a Igreja católica, depositária da fé e dos valores do cristianismo latino. O resultado final foi denominado por César Saldanha Souza Jr (2002) de *Reino Medieval Feudal*.

Neste, o poder político teria duas características políticas fundamentais: a) fragmentação territorial e social entre extensões independentes denominadas *feudos* dirigidos pelos *senhores feudais* que, muitas vezes eram independentes até o ponto de que cada *feudo* teria em si mesmo uma unidade estatal; b) hierarquização da sociedade política medieval apresentando uma estrutura escalonada, em forma piramidal, tecida em uma imensa rede de contatos, pactos e compromissos, escritos ou costumeiros, todos exprimindo relações de natureza pessoal e não territorial (SOUZA JR, 2002).

Em termos do que hoje denomina-se *funções* no *Reino Medieval Feudal* tinha-se a atividade administrativa exercida pelo senhor feudal. Ele próprio, pessoa física, dirigia por meios privados seu feudo, a vida coletiva para o bem comum (público) (SOUZA JR, 2002). Em contrapartida, à medida em que iam surgindo os *burgos* (comunidades urbanas), livres da jurisdição feudal, estes iam se auto-administrando pelas câmaras municipais e por outros órgãos locais. Não havia

administração geral de todo reino. Cada câmara se governava e resolvia seus problemas locais. O país se tornava uma *colcha de retalhos* (TÔRRES, 2017).

A função da justiça de primeiro grau era igualmente exercida pelo senhor feudal. Este arbitrava os litígios ocorridos em seu feudo, fato que levava a um problema quando o conflito envolvia os servos e o senhor, motivo, pelo qual foram criadas as *Cortes Reais*, com competência para atuar, ao menos, em grau de recurso, para as quais o rei poderia reparar os agravos locais. Com o passar dos tempos, essas cortes foram se fortalecendo e com elas a autoridade real sobre o senhorio (SOUZA JR, 2002).

Nenhum órgão ou pessoa exercia, no Reino Medieval, algum tipo de função legislativa, propriamente dita. Não havia, tecnicamente, lei. O Direito surgia de forma espontânea nas unidades locais da sociedade, formando grupos, instâncias, graus de hierarquia, até o seu vértice. Utilizava-se de vias práticas e de costumes e pactos que reforçavam e refletiam as diferenças e hierarquias sociais existentes. O Direito variava de região em região, de feudo a feudo, fato que dificultava as relações inter e supra feudais (SOUZA JR, 2002).

A recepção formal dos Códigos de Justiniano pelos reis do continente europeu, a contar do século XI, ensejaram a criação de um direito comum, que unia juridicamente as monarquias, no entanto, as ilhas britânicas opuseram-se terminantemente a esta recepção, motivo, pelo qual, as decisões e precedentes das Cortes Reais, tomadas por meio do devido processo jurídico, passaram a ser a fonte mais importante do direito comum do Reino (SOUZA JR, 2002).

O aspecto contratual, que vinha dos bárbaros germanos, para quem o rei, eleito, estava de certa forma subordinado ao direito costumeiro da tribo que determinava seus poderes e atribuições não podia ser alterado sem o consentimento da comunidade através da assembleia dos guerreiros. Seguindo a mesma linha, no feudalismo, o vassalo que não cumpria suas obrigações poderia perder o seu feudo, depois de julgado por seus pares no tribunal do senhor. Da mesma forma, o senhor que desrespeitava suas obrigações via o vassalo romper o contrato feudo-vassálico (*diffidatio*). O rei feudal, como o suserano, mantinha relações contratuais, mas estas eram apenas com seus vassalos diretos, escapando-lhes os vassalos de seus vassalos (exceto na Inglaterra) e a população servil que dependia de seu senhor imediato, o detentor da terra em que vivia e trabalhava (FRANCO JR., 2001).

Nos séculos XII e XIII, esse contratualismo origina uma grande variedade de agrupamentos que surgem na defesa de determinados interesses, como as corporações de ofício, as universidades, as comunidades juramentadas burguesas, entre outras. Revalorizando o pensamento aristotélico, vem à tona, no século XIII, a ideia de que o poder da assembleia popular estava baseado no direito natural, assim, tanto pela força dos monarcas, que buscavam apoio de suas decisões, quanto por aqueles que pretendiam impedir eventuais abusos da realeza, as assembleias representativas ganharam importância a partir de meados do século XIV, especialmente na tarefa legislativa a partir do princípio: *o que afeta a todos deve ser aprovado por todos*, presente tanto no Direito Feudal quanto no Direito Romano. Conforme Hilário Franco Jr (2001), “o conceito de representação política é, sem dúvida, uma das grandes descobertas dos governos medievais.”.

A ordem feudal restou afetada no momento em que, tendo em vista o progresso geral da civilização, bem como a influência da monarquia inglesa, começou-se a produzir um distanciamento crescente entre os que tomavam decisões que afetavam o todo e os que sofriam seus efeitos. Tal efeito deu-se no século XV até grande parte do século XVII. Um dos principais fatores apontados foi o impacto tecnológico das novas invenções e das grandes descobertas, o encurtamento das distâncias, a aproximação das populações, a formação de estatamentos unificados nos parlamentos, a expansão suprafeudal da economia e do mercado, a acumulação nacional de capitais, o fortalecimento da monarquia e a revolução empirista nas ciências e racionalista na filosofia (SOUZA JR, 2001).

Neste momento inicia-se a construção de um espaço público, através de uma arquitetura institucional adequada e constitui, no entender de Cézár Saldanha Souza Jr (2001, p. 30), “o maior desafio que, em todos os tempos, confronta qualquer sociedade humana que aspire fundar e manter uma ordem política estável”. Ainda conforme o autor, no Ocidente, o Estado Nacional Moderno ou Estado-Nação, foi , pela primeira vez, a construção de uma esfera pública autônoma diante do privado, sendo esta uma grande e definitiva contribuição. Neste tipo de Estado, a institucionalização da esfera pública coincidiu com a nacionalização da política, sendo esta causa e consequência daquela.

Conforme Brum Torres (1989), a abstração do Estado moderno, entendida esta como separação e especialização de um centro de poder com relação ao corpo

dos cidadãos, configura um traço essencial da política moderna. Esta é uma inovação histórica “tão radical e profunda quanto o processo de desenvolvimento capitalista e de constituição da sociedade civil-burguesa” (1989, p. 38).

O Estado Nacional Moderno faz emergir, conforme denominação dada pelos filósofos, o poder político absoluto, ou seja, um poder separado (*ab+solutum*) da mistura que havia na sociedade feudal. Na voz dos juristas, por sua vez, este poder foi chamado de poder soberano, ou seja, um poder que não estava subordinado, ao menos na esfera temporal ou política, a nenhum outro. Lembra Souza Júnior (2001) que o poder absoluto e soberano do Estado-Nação é contido por inúmeras barreiras como os costumes, tradições, privilégios corporativos e territoriais, influência temporal da Igreja, Inquisição, que sobreviveram à era feudal.

4.3 Institucionalização do Poder – Jehan Bodin e Thomas Hobbes

O advogado, economista, historiador e teórico político francês do século XVI, Jehan Bodin (1530-1596), professor de Direito em Toulouse, depois magistrado, envolvido ativamente nos negócios públicos e na diplomacia de seu tempo, publicou, na obra de sua vida – Os Seis Livros da República (1576) –, conceitos acerca de soberania e absolutismo dos Estados. A obra representa o somatório total do pensamento jurídico e político do Renascimento Francês e tenta restaurar as bases institucionais do reino francês, cuja guerra em andamento ameaçava enfraquecer tendo em vista, entre outros motivos, a doutrina dos reformadores sobre tirania e tiranicídio (STANFORD, 2018).

Era ligado ao partido dos *Políticos*, equidistante do partido católico e do protestante, que aceitava como fato consumado, a ruptura da unidade cristã. Pregava a tolerância que tinha como germe da liberdade de consciência. Colocava o rei acima da luta religiosa que se travava, na época, querendo fazer dele, o árbitro e protetor superior de todos os cultos e não um mero chefe de parcialidades. Assim, defendia como única solução possível, um rei forte, com poder soberano para conservar, diante do irreversível dissenso religioso e do fanatismo, a unidade da nação, superando, de forma concomitante, a anarquia e a intolerância (CHEVALLIER, 1999).

Assim, o influente pensador da concentração do poder, Bodin, foi considerado um teorizador político e arquiteto institucional da soberania, sendo esta uma alavanca para os estadistas europeus fazerem a unificação pretendida. Sua obra, *Os Seis Livros da República* produziu um impacto significativo nas elites dirigentes inglesas e francesas, tanto em termos de estruturação do direito público quanto na constituição jurídica do Estado-Nação (SOUZA JR, 2001).

O que Bodin busca é o espírito da lei na História, entendendo que esta permite reunir as leis dos antigos, dispersas no espaço e no tempo, para realizar sua síntese. Segundo ele, o melhor direito universal oculta-se na História, pois é nela que se encontram os costumes dos povos, a origem, o incremento, o funcionamento, as transformações e o fim de todos os negócios públicos (CHEVALLIER, 1999).

Na explanação de Chevallier (1999, p. 55), Bodin entende que “soberania é a força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se deslocaria”. Na sequência aduz que a soberania cristaliza o intercâmbio de comando e obediência imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. Soberania, em síntese, seria o poder absoluto e perpétuo de uma República.

Dessa forma, soberania caracteriza-se por ser: a) perpétua – não se limita a um determinado e específico período de tempo; b) absoluta – uma vez que o titular tem o monopólio do conceder e suprimir as leis e está isento da eficácia das leis dos seus predecessores, assim como isento das leis por ele mesmo editadas; e c) concentrada, uma vez que o exercício das funções da soberania, todas as derivações do monopólio legislativo devem ser exercidas pelo titular do poder de dar e suprimir as leis (SOUZA JR, 2001).

De outra banda, o matemático, teórico político e filósofo inglês, Thomas Hobbes (1588-1679), três quartos de século mais tarde que Bodin, enfrenta problemas semelhantes aquele, quais sejam guerras civis, insufladas por fanatismos religiosos, de composição quase impossível (SOUZA JR, 2001).

Em 1651, publica sua obra *Leviatã ou A Matéria, a Forma e o Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Leviatã é um monstro bíblico, um tipo de grande hipopótamo de que fala o *Livro de Jó*, precisando que não há poder sobre a terra que se lhe possa comparar. O frontispício que orna o livro traz uma figura tão estranha quanto seu título. Vê-se um meio corpo emergindo por detrás das colinas,

dominando a paisagem dos campos, bosques e castelos que precedem uma imponente cidade – um gigante coroadado. Este é moreno, de bastos cabelos e bigode, com um olhar fixo, penetrante, com um sorriso imperceptivelmente sarcástico (à semelhança de Cromwell que reinava sobre a Inglaterra da época). A parte visível de seu corpo, busto e braços, é feita de milhares de pequeninos indivíduos aglomerados. Com a mão direita empunha uma espada, erguendo-a acima do campo e da cidade e com a esquerda um báculo episcopal. Abaixo, enquadrando o título da obra, defrontam-se duas séries de emblemas em contraste, uns de ordem temporal ou militar e outros de ordem espiritual ou eclesiástica: um forte, uma catedral; uma coroa, uma mitra; um canhão, os raios de excomunhão; uma batalha com cavalos empinados; um concílio com vestes talares (CHEVALLIER, 1999).

A explicação para tal ilustração ocorre na introdução da obra (HOBBS, 1651), *verbis*:

Do mesmo modo que tantas outras coisas, a natureza (a arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada pela arte dos homens também nisto: que lhe é possível fazer um animal artificial. Pois vendo que a vida não é mais do que um movimento dos membros, cujo início ocorre em alguma parte principal interna, por que não poderíamos dizer que todos os autômatos (máquinas que se movem a si mesmas por meio de molas, tal como um relógio) possuem uma vida artificial? Pois o que é o coração, senão uma mola; e os nervos, senão outras tantas cordas; e as juntas, senão outras tantas rodas, imprimindo movimento ao corpo inteiro, tal como foi projetado pelo Artífice? E a arte vai mais longe ainda, imitando aquela criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o Homem. Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim Civitas), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pêlos quais, ligados ao trono da soberania, todas as juntas e membros são levados a cumprir seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força; Salus Populi (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte. Por último, os pactos e convenções mediante os quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele Fiat, ao Façamos o homem proferido por Deus na Criação.

O Leviatã, que se chama Estado ou Cidade, portanto, seria essa grande figura, animal artificial, criado pela arte dos homens. Seria um homem artificial de maior estatura e força que o homem natural, por isso a imagem de um homem formada por tantos outros que surge sobre a cidade de forma imponente e forte, Este homem artificial foi projetado para proteção e defesa, daí a espada e o báculo

episcopal. A soberania seria a alma artificial deste homem que lhe dá vida e movimento ao corpo inteiro.

As grandes funções do Leviatã são, portanto, a segurança, a liberdade dos inocentes, a igualdade perante a lei e às instâncias públicas, trabalho para todos, assistência pública. Hobbes nega o dualismo tradicional e rejeita o governo misto, reconhecendo diversas formas de regimes políticos manifestando, entretanto, preferência pela monarquia, por entendê-la mais eficaz (RENS, 2000).

Hobbes acredita em uma soberania absoluta, indivisível e concentrada, com poder de promulgar e de abolir leis, na mesma linha de Bodin. A grande diferença entre os dois pensadores está na fundamentação filosófica das suas teorias. Enquanto Bodin, com originalidade e independência, guarda a tradição estoica, cristã e medieval, que limita o poder ao direito natural, Hobbes rompe explicitamente com a tradição, nominalismo e voluntarismo radicais, materialismo científico e positivismo jurídico cruel (SOUZA JR, 2001).

Por outro lado, Hobbes considera, ao contrário do pensamento Aristotélico, para o qual o homem é naturalmente sociável, naturalmente cidadão (*zoon politikon*), que o homem não possui instinto de sociabilidade. Ele, na visão de Hobbes, só busca companheiros por interesse, por necessidade, sendo a sociedade política um fruto artificial de um pacto voluntário de um cálculo interesseiro (CHEVALLIER, 1999).

O Capítulo XIV da obra *Leviatã* (1651) é desenvolvido a partir do seguinte título: *Da primeira e segunda leis naturais e dos contratos*. Inicia o autor dizendo que o direito de natureza – *jus naturale* – consiste na liberdade (ausência de impedimentos) que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida e, por conseguinte, fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados para este fim.

Em continuidade de pensamento, Hobbes refere que deve-se atentar à diferença existente entre direito e lei (*jus* e *lex*), pois o primeiro consiste na liberdade de fazer ou de omitir ao passo que a segunda determina ou obriga a uma dessas duas coisas. Sendo assim, lei e direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria.

A condição do homem, para Hobbes, é uma condição de guerra contra todos os outros homens, assim, enquanto perdurar o direito do homem sobre todas as coisas, inclusive os corpos dos outros homens, não poderá haver a segurança de viver, assim todo homem deve esforçar-se pela paz. Na busca dessa paz deve o homem renunciar a seu direito sobre todas as coisas, contentando-se em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si próprio. Esta renúncia é um ato voluntário e a transferência mútua de direitos chama-se de contrato.

Hobbes atribui ao contrato uma soberania absoluta e indivisível, de forma mais intransigente do que Bodin, e só consegue isso rompendo com o dualismo anterior, ou seja, fazendo dois contratos um só. Hobbes ensina que, por um único e exclusivo ato, os homens naturais constituem-se em sociedade política e submetem-se a um senhor, a um soberano. No entanto, não firmam contrato com este senhor, mas sim, entre si. É entre os homens que ocorre a renúncia, em proveito deste senhor, a todo direito e a toda liberdade nocivos à paz que almejam alcançar. Os homens estão comprometidos entre si; o senhor que escolheram, não. Com tal formação, Hobbes escapa da fraqueza do dualismo anterior que acabava por gerar um inevitável germe de conflito entre os direitos da multidão – pessoas/povo – e o soberano – órgão de personalidade do Estado (CHEVALLIER, 1999).

A partir desta renúncia, ocorre uma transmissão definitiva e irrevogável, a princípio, por parte dos homens que voluntariamente se despojaram de sua liberdade de julgamento sobre o bem e o mal, sobre o justo e o injusto, e comprometeram-se a considerar bom e justo o que ordena o soberano, mau e injusto o que ele proíbe. Da parte dos súditos é inconcebível qualquer recurso contra a legitimidade das ordens dadas pelo soberano. Soberano é o único poder legislativo (CHEVALLIER, 1999).

4.4 Poder Institucionalizado Moderno – funções e divisões

A partir do pensamento de Bodin, em sua obra *Os Seis Livros da República*, estabeleceu-se, no Ocidente, uma distinção fundamental para a posterior evolução da divisão de poderes, qual seja, as duas facetas da soberania, assim, para o autor tem-se a soberania em sua essência (*la souveraineté*) e a soberania em seu

exercício (*le gouvernement*). Tal ideia infere-se da divisão de capítulos ao longo do texto, a saber: Livro II, capítulo I – Formas de Estado e a impossibilidade de um Estado misto; capítulo II – Distinção entre Estado e governo: formas de governo real; capítulo VI – Formas de governo do Estado aristocrático; e capítulo VII – O Estado popular (SOUZA JR, 2001).

Por outro lado, a soberania é absoluta e indivisível, não admitindo um governo misto. Assim ou pertence ao rei – Estado Monárquico, ou pertence à nobreza (Estado Aristocrático) ou é do povo (Estado Popular). O governo, no entanto, que significa o exercício de funções da soberania, pode ser delegado e temporário ou ao rei (Governo Monárquico) ou à nobreza (Governo Aristocrático) ou ao povo (Governo Popular). Assim sendo, existem, no entender de Cézár Saldanha Souza Jr (2001), nove combinações possíveis entre as três formas de Estado e as três formas de Governo.

Dessa forma, prossegue Souza Jr, que (2001, pp.38-39):

Ao nosso ver, a importância capital da distinção bodiniana reside em que, a partir dele, o direito público passa a admitir, como dogma universal e inquestionável, a compossibilidade jurídica entre a unidade e indivisibilidade de *um poder soberano nacional do Estado, vis-à-vis a pluralidade e divisibilidade do exercício das funções políticas* contidas na soberania, partilháveis entre órgãos institucionalmente separados, denominados, no plural de *poderes políticos*. Sem tal distinção, não teria sido possível no Ocidente, dentro de cada Estado soberano, a divisão inicial dos poderes e a sua evolução até nossos dias.

No Estado Nacional Moderno típico, o poder político deve ser entendido como poder soberano, uno, absoluto e indiviso, contendo, no entender de Souza Jr (2001), cinco funções principais.

A primeira função refere-se em ser o Estado a *autoridade de última instância* apta a decidir, prudentemente, e com um grande campo de discricção, onde o bom direito não regula e não limita.

Execução (ou função administrativa) é a segunda função apontada. Através dela o Estado atua concretamente na manutenção da ordem e da segurança pública, cuida do cumprimento ordinário das leis, dá o movimento às decisões políticas do governo, assim como provê os serviços públicos envolvendo a atuação de funcionários civis, policiais e militares.

Aponta o autor como terceira função a direção governamental que alcança as atividades mais elevadas da condução política na guarda da ordem interna e na preservação da segurança, também interna.

A quarta função seria a judiciária, especialmente atribuída à Justiça de primeira instância, capturada pelo Rei Nacional Moderno das mãos da nobreza feudal e entregue aos funcionários, uma vez que a justiça de segunda instância sempre pertenceu ao Rei desde a era Medieval.

Por fim, a função deliberativa (ou legislativa moderna) é a mais nova de todas as funções, uma vez que é posterior ao surgimento da imprensa, consistindo na tomada de decisões sobre assuntos de interesse coletivo mediante um procedimento público aberto e livre para argumentar e convencer. As leis são escritas em normas de direito positivo que chegam ao conhecimento formal da sociedade por publicação no diário oficial.

No tocante à divisão do poder, surge o pensador da bipartição dos poderes, John Locke que, no século XVII, baseou seu estudo no Estado inglês de seu tempo identificando quatro funções exercidas por dois órgãos de poder: o Parlamento e o Rei. Ao primeiro cabia a função legislativa e aos outros cabiam as funções de executar as leis, de fazê-las obedecidas, utilizando a força, se necessária, função federativa que tratava das relações exteriores (guerra/paz) e uma última função identificada como o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras, através do qual reconhecia uma discricionariedade do governante (BARBOSA, 2006)

Assim, a Inglaterra foi o primeiro país a operar a institucionalização do público pela prática *King in Parliament* – Rei e Parlamento. A princípio esta divisão de poder não é compatível com a garantia da Supremacia do Direito, uma vez que o judiciário está institucionalmente ligado e dependente do poder do rei. Somente em 12 de junho 1701, através do Ato do Estabelecimento (*Act of Settlement*), declarou-se de forma clara a independência do poder judiciário. Em tal ato, aprovado pelo Parlamento, determinava, de modo explícito, que os magistrados conservar-se-iam em seus cargos, não mais enquanto contassem com o beneplácito real, mas enquanto demonstrassem zelo no cumprimento de seus deveres funcionais. Os juízes perceberiam vencimentos certos fixados por lei e somente teriam a possibilidade de serem afastados de seus cargos por decisão de ambas as casas do

Parlamento. Além disso, as declarações de *impeachment* pelos Comuns foram retiradas do alcance do perdão real (SOUZA JR, 2001).

Já no século XIII, segundo Gwyn (*apud* SAMPAIO, 2002) Bracton distinguia o *gubernaculum* do rei, absoluto e inquestionável da *jurisdictio*, administração da justiça. Ainda que esta fosse uma delegação real, era imposto aos juízes a determinação dos direitos dos súditos, não de acordo com a vontade do monarca, mas sim de acordo com a vontade da lei. O *Common Law*, do início do século XVII, era considerado uma resistência ao absolutismo real, delimitando as competências do Parlamento e do Rei. O “*Case of Proclamation*” é um exemplo neste caso pois nele o rei foi proibido de exercer competência legislativa em matéria de crimes.

O pensamento de Locke ditava uma teoria política que tinha como base a liberdade do homem e em seus direitos naturais, sem se preocupar com mecanismos para garantir esta liberdade e esses direitos, talvez por este fato, atribua-se a Montesquieu a análise científica da separação dos poderes e sua consagração como teoria (BARBOSA, 2006).

O Barão de Montesquieu expôs sua teoria clássica da tripartição de poderes colhendo subsídios na experiência histórica inglesa. De filosofia política liberal, deixou claro, em sua obra – *O Espírito das Leis (L’Esprit des Loi – 1748)*, mais precisamente no Livro XI – *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição* – que é necessário desenhar as linhas fundamentais da organização política a fim de garantir a liberdade. Liberdade, segundo seu entendimento, não é fazer o que se quer, mas sim tudo aquilo que as leis permitem e esta forma de liberdade só é passível de ser encontrada nos governos moderados (SOUZA JR, 2001).

Conforme Montesquieu (2000, p. 166):

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.

Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.

O modelo, apresentado por Montesquieu, foi institucional, uma *receita juspolítica* que tornasse viável, através da Constituição, a liberdade que já era

encontrada na Inglaterra. O modelo, conforme Cézar Saldanha Souza Jr (2001) pode ser condensado da seguinte forma: a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes – Rei, Parlamento e Juízes; b) atribuir-se a cada um deles, da forma mais separada e pura possível, uma das três funções políticas – executiva, legislativa e judicial; c) os três órgãos deviam ser posicionados em um mesmo plano de igualdade e hierarquia, com exercício especializado das respectivas funções, reforçando, com mecanismos adicionais, o travamento gerando independência e harmonia.

A tripartição de poderes apresentada por Montesquieu teve grande repercussão no desenvolvimento das comunidades inglesas independentes na América do Norte e foi erigida, no texto do artigo 16 da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão, em dogma do constitucionalismo clássico. Segundo o supracitado artigo, *“qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”*.

4.5 O Tribunal Constitucional

Tendo em vista a proposta inicialmente apresentada no presente capítulo, pretende-se delimitar o estudo, neste item, à análise do poder institucionalizado no mundo ocidental, representado pelo Tribunal Constitucional, parte integrante do Poder Judiciário, bem como seu reflexo na atualidade brasileira tendo como pano de fundo a estrutura, funções e objetivos do Supremo Tribunal Federal.

Entende-se que a análise aprofundada do Tribunal Constitucional e da jurisdição constitucional renderiam com certeza dois outros trabalhos isolados, assim, esclarece-se desde já que os apontamentos feitos a respeito do tema servem apenas para dar um melhor embasamento, ainda que de forma breve e superficial, ao último capítulo em que se abordará o tema de fundo do presente estudo, qual seja, o comportamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento de ações diretas que tenham o direito à água potável e o seu acesso, como questão principal.

Assim, passa-se a visão geral pretendida.

4.5.1 Origens e Premissas

Para falar-se em Tribunal Constitucional deve-se partir da premissa da existência de uma constituição rígida com normas superiores às normas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante originária. Assim, nenhum ato normativo, que necessariamente e logicamente decorre da constituição, pode contrariá-la, modificá-la ou suprimi-la (MORAES, 2000).

A constituição foi percebida de forma diferente ao longo da história do ocidente desde as origens do Reino Medieval até à Revolução franco-americana. Neste período, o que se poderia imaginar como constituição era um dado fático, forjado pela história, independente de uma intervenção direta da razão humana. Ela seria um entrelaçamento de pactos, costumes e modos de acomodação a conflitos e dominações, formalizados de maneira esparsa, envolvendo, na comunidade, apenas os detentores de autoridade e aqueles que lhes devem obediência. Não se apresenta, portanto, como um direito próprio, específico, diferente do direito comum que regia as relações privadas (SOUZA JÚNIOR, 2002).

As constituições escritas datam da época moderna. A ideia de organização constitucional do Estado começou a ganhar vulto, no século XVIII, com o movimento constitucional impulsionado pelas revoluções francesa e americana, no entanto é comum fazer referência ao processo de *sedimentação* do constitucionalismo britânico como a *pré-história constitucional*. A *Magna Charta Libertatum*, imposta pelos barões do Reino da Inglaterra a João sem Terra, em 1215 ainda não se trata de uma verdadeira declaração de direitos, no entanto, pode ser vista como a resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas feudais da época (CANOTILHO, 1995).

As constituições americana (1787) e francesa (1791) foram fruto das revoluções liberais do século XVIII e invocam a aptidão do direito, enquanto produto da racionalidade humana, para, de forma autônoma, reger o Estado e a vida política. O Estado, portanto, deve submeter-se a um direito específico e suscetível de ser modelado, racionalmente, para atingir seus fins. Assim, o direito regula e limita o Estado e a política por meio de uma lei, a Constituição, que, de alguma maneira, provém, autonomamente, da representação nacional (SOUZA JÚNIOR, 2002).

A origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às supracitadas constituições escritas e rígidas, que apresentam dois traços marcantes: a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Elas trazem consigo ideias de liberdade e igualdade e a existência de um poder soberano pertencente ao povo – poder constituinte originário – para o qual todos os órgãos e função estatais (poderes constituídos) devem estrita obediência (MORAES, 2000).

Um conceito de constituição, apresentado por José Afonso da Silva (2012, p. 38), possui o seguinte enunciado, em síntese: “A constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitucionais do Estado.”. No entanto, segundo o autor, essa noção não expressa senão uma ideia parcial de seu real conceito, uma vez que toma a constituição como algo desvinculado da realidade social, quando esta deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores. Deste fato, ainda conforme o autor, surgem profundas divergências doutrinárias que questionam o sentido em que as constituições devem ser concebidas: sociológico, político ou puramente jurídico.

Ferdinand Lassale, teórico alemão, publicou em 1862 sua obra *Über die Verfassung – A Essência da Constituição* e cunhou o conceito sociológico de constituição (2001). Assim, conceitua a constituição de um país como sendo a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Os fatores reais de poder de um país atuam no seio de cada sociedade sendo a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. Para uma constituição escrita ser boa e duradoura afirma que esta deverá corresponder a esta constituição real e ter suas raízes nos fatores do poder regentes daquele grupo social, se não for assim, o texto constitucional sucumbirá, necessariamente, sendo considerado apenas uma “folha de papel”.

Segundo José Afonso da Silva (2012), Carl Schmitt, jurista e filósofo político alemão, concebe a constituição em seu sentido político, considerando-a como a decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, dispondo que a constituição só se refere a esta decisão política fundamental enquanto que as leis constitucionais são os demais

dispositivos inscritos no texto do documento constitucional que não contenham matéria de decisão política fundamental.

Por fim, o conceito puramente jurídico de constituição é fruto de corrente liderada pelo jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, que considera a constituição como uma *norma pura*, como puro *dever-ser*, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico. Na ideia de Kelsen, a palavra constituição deve ser tomada em dois sentidos: um primeiro *lógico-jurídico* – a constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental de validade – e, segundo, *jurídico-positivo* – que equivale à norma positiva suprema, ou seja, um conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau (SILVA, 2012).

Cezar Saldanha Souza Júnior (2002) considera que esta visão de Kelsen, no bojo da escola alemã de direito público, traz uma nova concepção de ordenamento jurídico, piramidal e escalonado, estruturado em bases rigorosamente lógicas, cujo ápice é ocupado pelo texto constitucional, com pressuposto em um postulado da razão teórica. Segundo o professor porto-alegrense, a constituição deixa de ser a lei reguladora da vida política e passa a aspirar uma condição mais elevada de repositório das normas jurídicas supremas, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, cabeça de capítulo de todos os ramos do direito e paradigma para a conformação de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de invalidade.

A Constituição Alemã, de 1949, liderou o constitucionalismo pós-guerra, retomando a linha de evolução do constitucionalismo racionalizado, democrático e ideologicamente pluralista da República de Weimar. Um primeiro ponto de relevância foi o imperativo de colocar, antes e acima de qualquer outra exigência da ordem jurídica, a proteção da dignidade existencial da pessoa humana, fixando esta como o ponto de partida para o direito e como ponto convergente de todo dinamismo constitucional. O segundo desafio, imposto neste contexto, expressa-se na questão de procurar-se uma forma de compatibilizar a assunção expressa de valores ligados à dignidade da pessoa humana com o princípio fundamental do respeito ao pluralismo ideológico e político. Apresenta-se como terceiro desafio a adequada, razoável e equilibrada composição das duas perenes funções do direito

constitucional, quais sejam: a instrumentalização eficaz do funcionamento dos poderes públicos na realização de seus fins (*governabilidade*) e de outro, a limitação desses poderes frente aos indivíduos e sociedade, para que não abusem do poder de mando e não violem os direitos fundamentais (*limitações de poder*). Um quarto desafio expressa-se na tensão existente entre *direitos-liberdades-direitos sociais* que traduz um conflito, geralmente, entre o princípio da livre iniciativa privada e o princípio da subsidiariedade da ação do Estado em sua projeção econômica e social. Por fim, um último desafio que surge é saber se o direito constitucional pode conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia com o envolvimento histórico que traz junto a evolução dos próprios valores ou, ao menos, de sua compreensão (SOUZA JÚNIOR, 2002).

Entende-se que todos esses temas devem ser vistos caso a caso, com critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Trazendo à ideia original do presente trabalho e considerando que a água potável e seu acesso é um direito fundamental, corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, deve-se analisar como o Estado brasileiro irá enfrentar tais questões.

No primeiro ponto, é cristalino que o direito que ora se analisa é intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não há dignidade sem água potável, não há vida sem água potável, dessa forma, a garantia do seu acesso a todos deverá ser ponto de partida e convergente do dinamismo constitucional.

A segunda questão posta, qual seja, a compatibilização do pluralismo ideológico e político aos valores ligados à dignidade da pessoa humana deve-se considerar que o direito à água potável e seu acesso transcende ao pluralismo colocado sendo perfeitamente compatível com o mesmo. Não deve haver, em um país de índole de Estado democrático de direito, como o Brasil, ideologia ou política que se sobreponha a tal valor sob pena de macular-se os ditames já inseridos no nosso plano constitucional, afastando-se, assim, o segundo desafio.

A terceira tensão apresentada reflete o embate *governabilidade e limitações de poder*. No tema em análise traz uma reflexão quanto ao acesso da água potável a toda população. Sabe-se que em muitos locais no Brasil o exercício de tal direito é precário e que o mal desempenho desta função pública acarreta, algumas vezes abusos e violação de direitos fundamentais. Desta forma coloca-se este ponto como

um dos que serão analisados no próximo capítulo frente às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O quarto desafio que envolve o conflito entre *direitos-liberdades-direitos sociais* tendo como pano de fundo o princípio da livre iniciativa privada e o princípio da subsidiariedade da ação do Estado em sua projeção econômica e social, também será objeto de análise nas decisões judiciais no capítulo subsequente e principal questão a ser debatida está englobada no seguinte questionamento: *A água potável e seu acesso seria uma mercadoria ou um direito no entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro?*

Por fim, a última linha apresentada diz respeito a possibilidade ou não do direito constitucional conciliar na preservação dos valores fundamentais da democracia tendo em vista a evolução dos próprios valores e sua compreensão. Ressalta-se aqui que esta questão no tocante à água potável e seu acesso é um debate que vem ganhando força à cada dia não só no Brasil como no mundo. Desta forma, tem-se que o seu valor tem crescido com o passar dos tempos considerando-se, principalmente, ser a água potável um bem finito. Assim, estabelece-se, desde já, este como um ponto a ser abordado na sequência do estudo por ocasião das análises a serem realizadas nos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro no próximo capítulo.

De acordo com César Saldanha Souza Júnior (2002), Hans Kelsen é o primeiro doutrinador da instituição do Tribunal Constitucional. A Constituição é concebida com um conjunto normativo supremo e se encontra no ápice da estrutura jurídica. Todas as demais normas devem conformar-se formal e materialmente a esta. A função de um Tribunal Constitucional é garantir essa supremacia. Sua inspiração, possivelmente, foi no antigo Tribunal do Império Austro-Húngaro, pois o desenvolvimento deste possibilitou uma justiça constitucional aos Estados Federais segundo ideia de Jellinek, expressa em 1885.

Kelsen criou, no projeto da Constituição Austríaca, de 1º de outubro de 1920, um modelo de controle da constitucionalidade compatível com a cultura jurídica romano-germânica, no qual um tribunal especializado, concentrava, em abstrato, a fiscalização constitucional circunscrita, inicialmente, às lides intrafederativas (SOUZA JÚNIOR, 2012).

O Tribunal Constitucional, assim, data do século XX e presta-se a atender aos desafios da nova fase do constitucionalismo surgidos pós Constituição de Weimar (1949). Ele é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sócio-político. Sem a jurisdição constitucional não há que se falar em supremacia do direito e, menos ainda, do controle da constitucionalidade (SOUZA JÚNIOR, 2002).

Sua previsão, na Lei Fundamental Alemã, de 1949, encontra-se nos artigos 92 a 94, e se tornou modelo no Ocidente.

O artigo 92, do texto supremo alemão supracitado, trata da organização do Poder Judiciário constando no inteiro teor que este é confiado aos juízes e é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos na constituição e pelos tribunais dos estados.

A competência da Corte Constitucional vem prevista no artigo 93 da lei em comento e aponta como matérias a ela correlatas a interpretação da Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela constituição ou por regulamento interno de um órgão federal superior, além de se manifestar no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual frente a constituição, bem como na análise de recursos de inconstitucionalidade que podem ser interpostos por qualquer cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais, entre outras atribuições.

O artigo 94, por fim, estabelece a composição do Tribunal Constitucional Federal alemão que deve ser preenchido por juízes federais e outros membros. Dispõe que todos serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal e não podem pertencer a esses órgãos, tampouco a outros órgãos correspondentes de um estado.

4.5.2 Jurisdição Constitucional

A jurisdição constitucional tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional

Constituinte. Exerce um poder de controle negativo e não um poder de impulsão, positivo (MIRANDA, 1995).

Ela retira sua legitimidade, formalmente, da própria Constituição Federal e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais. Formalmente, suas decisões prevalecem sobre a dos representantes populares, eleitos pelo voto, pelo fato de se presumir que foi desejo do povo na elaboração da constituição, por meio do poder constituinte originário (MORAES, 2000).

Thomas Cooley (1982), na análise do sistema constitucional americano, assevera que cabe ao Poder Judiciário a decisão de qual lei deve ser aplicada na solução de determinada controvérsia. Ele pode encontrar a vontade do legislativo, conforme é expresso na lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade com o texto expresso na constituição, sendo inconciliáveis ambos enfoques. Neste caso, deve-se considerar que o poder legislativo, que foi concebido pela constituição, sendo um poder delegado por esta, se excedeu, extrapolando o mandato que lhe foi conferido. O excesso é nulo e é dever do tribunal constitucional reconhecer este fato e fazer com que a constituição prevaleça, recusando execução ao ato legislativo e, assim, anulando-o na prática.

Os eventuais conflitos entre a legitimidade da maioria legiferante e da legitimidade da justiça constitucional devem ser solucionados com a aplicação, equilibrada e harmônica do princípio da separação das funções estatais, uma vez que todos os poderes exercem funções únicas do Estado. O poder soberano é uno e indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos, têm a missão precípua de exercerem atos de soberania (MORAES, 2000).

Nas palavras do constitucionalista português Jorge Miranda (1995, p. 95): “o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar decisão política sobre sua modulação.”.

Dessa forma, o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e das autoridades constituídas e

consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo, uma vez que no Estado onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, inexistirá a verdadeira democracia (MORAES, 2000).

A versão contemporânea do conceito de jurisdição constitucional, na visão de Paulo Bonavides (2003), prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, imparcial e mediadora que busca a solução dos conflitos de índole constitucional. Há de se distinguir, no entender do autor, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica e a segunda controversa. A primeira versa sobre matéria institucional, estática, que inculca adequação e defesa de ordem constitucional, já a segunda envolve uma visão axiológica e dinâmica que oscila entre o direito e a política.

A legitimidade da justiça constitucional exige uma interpretação em que se compatibilize a representação popular (leis elaboradas pelo Poder Legislativo – direito da maioria) com a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Há, portanto, a necessidade de direcionarem-se todas as regras de hermenêutica para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria. Convém salientar que a previsão dos direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos, desprovidos de coercibilidade jurídica. Ao contrário. O texto constitucional possui uma supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico, possuindo uma força normativa inquestionável, sendo suas previsões princípios informadores obrigatórios na atuação do poder público, no âmbito de todos os Poderes do Estado (MORAES, 2000).

No entender de JJ Gomes Canotilho (1995), à jurisdição constitucional atribui-se também um papel *político-jurídico*, conformador da vida constitucional, chegando alguns setores da doutrina, atribuir-lhe uma conformação política, em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direção política, uma vez que as decisões vindas dessa corte acabam, efetivamente, por ter uma força política, não só porque lhes cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, como também porque sua jurisprudência produz, de

fato ou de direito uma influência determinante junto dos outros tribunais exercendo um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política.

No entanto, um tribunal consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregate requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade afetada e contestada, ou até mesmo comprometida, como acontece em determinados sistemas judiciais tidos por “ditaduras constitucionais”. Nesses sistemas, o influxo das interferências executivas sobre o judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, não raro descaracterizando, a natureza do controle exercido que, travestido de instrumento ou veículo de interesses positivos e congregadores, são, na realidade, infestos à causa da justiça e da democracia, pois orientam-se no sentido de fortalecimento e hipertrofia do poder estatal e do arbítrio de seus governantes (BONAVIDES, 2003)

O Tribunal Constitucional opera por meio de técnicas jurídicas próprias da jurisdição, assim, instrumentalmente, sua função é de natureza jurisdicional. O Tribunal carece, portanto, de iniciativa própria, só se pronunciando por instância de legitimados devendo-se curvar às exigências do processo jurídico devido, com todos os recursos da hermenêutica jurídica, e com completa justificativa de suas decisões (SOUZA JÚNIOR, 2002).

Seus julgamentos são tomados, geralmente, sobre questões jurídicas abstratas, ou seja, que não penetram na matéria do fato concreto, assim, a eficácia subjetiva de suas decisões é, em princípio, atribuída *erga omnes* e *ex tunc*, e o direito, nelas firmado, vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo e da Administração e, em determinados casos, vincula o próprio Parlamento (SOUZA JÚNIOR, 2002).

Caberá discussão deste ponto no próximo capítulo quando se fará abordagem às decisões da Corte Constitucional brasileira com relação ao direito à água potável e ao seu acesso.

4.5.3 Composição dos Tribunais Constitucionais

A composição de um tribunal constitucional dadas as funções *jurídico-políticas* a ele atribuídas, sempre será considerado um problema central da organização do Estado. De uma maneira geral, em todos os Tribunais

Constitucionais, criados no pós-guerra, levou-se em conta uma necessidade de *legitimação democrática* dos juízes que iam integrá-lo, através dos órgãos de soberania, direta ou indiretamente legitimados, que participariam da eleição ou escolha dos membros. Estabelecido este ponto, ou seja, de que há uma necessidade de legitimação democrática, o problema desloca-se para outro momento: o *modus* como a escolha deveria ser realizada (CANOTILHO, 1995).

Assim um primeiro pensamento deve ser estabelecido: a jurisdição constitucional não possui a mesma composição das jurisdições ordinárias, sob pena de contestação da sua legitimidade e deve apresentar três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que assim tenham a legitimidade reforçada, quais sejam: pluralismo, representatividade e complementariedade (MORAES, 2000).

Antes disso, deve-se também ponderar que a maneira pela qual a escolha irá ser feita deve corresponder ao padrão político-organizatório constitucionalmente consagrado. Deverá haver um equilíbrio e independência dos órgãos de soberania sendo necessário, também, que esses encontrem expressão adequada na composição considerando o *arco de volta* que é a estrutura organizatória da Constituição (CANOTILHO, 1995).

O órgão encarregado da jurisdição constitucional deverá ter uma composição pluralista, aumentando assim a representatividade global do sistema, com o objetivo de proteger grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos. A representatividade, por sua vez, consiste na participação da maioria qualificada do parlamento para a aprovação do juiz constitucional, como reflexo do próprio pluralismo democrático das Câmaras Legislativas, pois permite, à minoria parlamentar o direito ao veto ao nome indicado. Por fim, a complementariedade expressa-se na necessidade de multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, pois nem todos são egressos da magistratura podendo vir da classe de advogados, do Ministério Público, de Universidades e do próprio Parlamento. Isso tem como objetivo, afastar o tecnicismo exacerbado e a política exagerada (MORAES, 2000).

Considerando-se a função política fundamental do Tribunal Constitucional, pode-se pensar que a escolha dos membros deva ser feita por meio de sufrágio universal, ou que o juiz constitucional exerça um mandato temporalmente limitado,

ao invés de vitalício, como forma de atenuar o problema da falta de representatividade democrática (COMELLA, 1997).

Na mesma linha, pondera Alexandre de Moraes (2000) que é necessária uma atualização do pluralismo devendo haver, em regra, uma renovação regular dos membros do Tribunal ou da Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, dessa forma, que eventuais evoluções políticas e sociais, não sejam acompanhadas pela justiça constitucional.

A vinculação da legitimidade para exercer a Justiça Constitucional à eleição de seus membros, por meio de sufrágio universal, não é muito bem recebida no mundo jurídico em função de sua incompatibilidade com a ideia de que na atividade jurisdicional, o juiz constitucional, pauta-se por critérios jurídicos e que, a despeito da sua dimensão política, o Tribunal Constitucional atua em um plano suprapartidário e supraideológico das forças políticas, onde devem predominar os valores fundamentais do Estado consagrados pela Constituição (DANTAS, 2010).

4.6 Supremo Tribunal Federal – Origens, Funções e Constituições

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, já previa em seu Título 6, artigo 151, o Poder Judicial independente e composto por juízes, sendo que, o artigo 163, trazia a composição e competências do Supremo Tribunal de Justiça, que, em muito pouco, se assemelham ao atual Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal foi criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, editado pelo Governo Republicano Provisório, sendo que sua primeira sessão deu-se em 28 de fevereiro de 1891, no Rio de Janeiro, às 13 horas, na qual se reuniram 15 ministros (RODRIGUES, 1991).

Apenas a título de preservar-se a história da instituição, convém lembrar que o Imperador Dom Pedro II desejava para o então Supremo Tribunal de Justiça as características da Corte Suprema norte-americana. Em texto trazido por Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 1) traz-se o seguinte excerto:

[...] em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir

missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: 'estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria este melhor. Deem toda a atenção a este ponto'.

Com a proclamação da República e a promulgação da 1ª Constituição Federal, em 24 de fevereiro de 1891, o Brasil passa a contar, a partir do texto do artigo 55, com a previsão de que, *verbis*: “Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.”. Além disso, no artigo 56, contava com a seguinte redação: “Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.”, e a competência privativa para nomeação cabia ao Presidente da República, conforme o art. 48, nº 12 do texto em comento, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal nasceu sob a inspiração norte-americana e com o papel de intérprete máximo da Constituição Federal. O controle difuso de constitucionalidade veio a se instaurar, de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13, §10¹⁶, que concedeu aos juízes e tribunais a competência de apreciar a validade das leis e regulamentos, deixando-os de aplicar nos casos concretos, se fossem considerados manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2000).

As constituições posteriores foram introduzindo novos elementos, de forma que, paulatinamente, o sistema se afastara do puro critério difuso e se aproximara do método de controle concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do método europeu. Assim, a Constituição de 1934, manteve as regras do controle difuso, em seu artigo 76, *a* e *b* e trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, *a* e *b*); a regra de que a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público somente poderia ser declarada

¹⁶ Art. 13 [...] §10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

pela maioria absoluta de votos dos membros dos tribunais (art.179); e a atribuição do Senado Federal ter competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva (SILVA, 2012).

Na vigência da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República, consagrando, definitivamente, o controle abstrato da constitucionalidade. Por fim, a Constituição Federal de 1988, ampliou a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal prevendo a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. (MORAES, 2000).

A Constituição Federal de 1969, instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da constituição estadual, promovida pelo Chefe do Ministério Público do Estado e de competência do Tribunal de Justiça (art. 15, §3º, *d*). Além disso, a Constituição Federal de 1988 introduziu mais duas novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103) (SILVA, 2012).

Outra novidade veio com a Emenda Constitucional nº 03 de 17 de março de 1993 que incorporou, ao nosso ordenamento jurídico, a ação declaratória de constitucionalidade (MORAES, 2000)

Nossa Constituição Federal de 1988 é rígida e, em consequência disso, é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro, assim, toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. De outra banda, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com seus postulados – princípio da supremacia constitucional (SILVA, 2012).

O controle formal da constitucionalidade é estritamente jurídico. O exame feito através dele, se limita a verificar se as leis foram elaboradas em conformidade com a constituição, ou seja, se houve uma correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não feriu alguma competência, deferida constitucionalmente, a um

dos poderes, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos (BONAVIDES, 2000).

Já o controle material possui um alto teor de politicidade, pois incide sobre o conteúdo da norma em questão. Decide-se sobre o teor e a matéria da regra jurídica e se essa é passível de acomodação nos cânones da Constituição e ao seu espírito, sua filosofia e seus princípios fundamentais. É um controle substancialmente político (BONAVIDES, 2000).

Tais controles são exercidos de duas formas basicamente: controle por via de exceção – controle concreto e controle por via de ação – controle abstrato. O primeiro é aplicado às inconstitucionalidades legislativas e ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso da ação, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Sem o caso concreto e sem a provocação da parte, não haverá intervenção judicial. O julgamento, aqui, será extensível apenas às partes envolvidas resultando na não aplicação da lei, tida por inconstitucional ao seu caso particular. Também é conhecido por controle difuso de constitucionalidade. O segundo sistema, por sua vez, permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Ocorre aqui um controle direto, concentrado. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e, conseqüentemente, ser anulada com efeitos *ex tunc* e *erga omnes* – retroativos e com relação a todos (BONAVIDES, 2000).

O Supremo Tribunal Federal é a última instância em relação a primeira forma de controle e o tribunal competente para o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais ou de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, ou ainda, das ações diretas de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, conforme o artigo 102, I, a e III, a e §1º.

Dessa forma, importante verificar-se como vem sendo tratada a água potável e o seu acesso em seus julgados, trabalho que será realizado no próximo e derradeiro capítulo.

5 ÁGUA POTÁVEL E SEU ACESSO – Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Assim, como já se tinha previsto, pretende-se no presente capítulo analisar, como, uma das representações do poder institucionalizado brasileiro, o Poder Judiciário, representado por sua autoridade máxima, o Supremo Tribunal Federal, vem tratando o tema água potável e seu acesso.

Lembra-se que ao longo do estudo ressaltou-se a importância do assunto para a manutenção do direito máximo que é o direito à vida, uma vez que sem água esta não seria possível bem como seus direitos corolários como a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Também apresentaram-se referências da água como mercadoria, precificável e passível de apreensão, comercialização e lucro como no caso das mineradoras e empresas de refrigerantes, por exemplo.

Trouxeram-se cenários legislativos internacionais nos quais já existe a afirmação da água potável e seu acesso ser um direito humano e um direito fundamental, bem como fez-se alusão que tal fato não tem reflexo no cenário legislativo brasileiro.

Assim, pensando-se no poder institucionalizado, que foi eleito como base teórica do presente estudo, busca-se, neste momento, analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal que fazem alusão à água potável e ao seu acesso para constatar como o tribunal máximo brasileiro vem se posicionando acerca do tema.

5.1 Critérios utilizados na pesquisa

Com o objetivo de realizar análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema *água potável e seu acesso* na tentativa de verificar como o Tribunal Constitucional brasileiro vem tratado o tema e ressaltando a dúvida se há reconhecimento da natureza de direito humano ou, ao contrário, os julgados vêm tratando do assunto como uma mera mercadoria, realizou-se uma pesquisa no sítio do referido Tribunal¹⁷ utilizando-se as seguintes palavras-chave: “água” e “potável”.

¹⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

Optou-se por não acrescentar o vocábulo “acesso” à pesquisa por restringir em demasiado os resultados.

Dessa busca obteve-se a seguinte situação:

ACÓRDÃOS	11 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	98 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	9 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	1 documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	13 documentos encontrados

Para uma melhor viabilidade do estudo, pretende-se analisar apenas os acórdãos referentes ao tema uma vez que contemplam a apreciação de um grupo maior de Ministros o que não ocorre nas decisões monocráticas, questões de ordem e nas decisões da presidência.

Informa-se, outrossim, que os informativos são pequenos resumos dos acórdãos e decisões que o Tribunal pretende destacar em uma publicação apartada e realizada semanalmente com o intuito de informar as últimas questões que vem sendo decididas, assim, trata-se de uma mera repetição dos julgados, motivo pelo qual também vão afastados da presente análise.

Dessa forma, e já estabelecidas as premissas do presente estudo, parte-se para elencar quais serão os objetos de análise que se pretende apresentar.

Segundo o levantamento realizado existem 11 acórdãos que foram localizados na pesquisa utilizando os critérios supracitados. Os acórdãos datam de 03 de novembro de 1981 até 29 de outubro de 2015, sendo 04 referentes a Recurso Extraordinário (n^{os}. 607940/DF; 607056/RJ; 672.187AgR/MG; 94.320/SP); 01 referente ao julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (nº 347MC/DF); 02 em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (nºs. 745.018AgR/SP; 715.782 AgR/RJ); 02 resultados para Ação Direta de Inconstitucionalidade (nºs. 2340/SC e 567MC/DF); e 02 referentes a *Habeas Corpus* (nºs. HC 99054/RS e 76543/SC).

Retira-se, preliminarmente da análise o RE nº 672.187AgR/MG, uma vez que somente foi localizado na pesquisa em razão da denominação do recorrente que possui o termo “água potável”., qual seja, DEMAP - DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE E ÁGUA POTÁVEL. Assim, o aresto em questão trata a hipótese da autarquia municipal mineira gozar ou não de imunidade tributária recíproca prevista no texto constitucional, questão que desborda totalmente do presente estudo, ficando, por este motivo, afastada.

Afasta-se também o HC 76543/SC, tendo em vista somente ter sido alcançado na pesquisa por tratar dos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 26/07/90, que, em seu artigo 1º considera como hediondo, entre outros, o crime de “envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal”, não contribuindo, assim, de forma efetiva, para o presente estudo, razão pela qual não será abordado.

Da mesma maneira, também não serão tecidas considerações acerca do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 715.782/RJ, tendo em vista ter sido localizado na pesquisa apenas por constar como Agravante o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Três Rios e por tratar, no seu inteiro teor, de matéria afeta a questões meramente processuais, como a impossibilidade do exame de prova em sede de recurso extraordinário, sem qualquer alusão à matéria afeta ao presente estudo.

Exclui-se, outrossim, da presente análise o Agravo no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.018/SP, uma vez que trata apenas de questão de índole meramente processual, sem adentrar, em nenhum momento, na questão ora em exame, qual seja a interpretação do conceito de água potável e seu acesso segundo os julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, deixa-se de analisar o Recurso Extraordinário nº 607.940/DF por referir-se apenas a competências legislativas em matéria de direito urbanístico e que na pesquisa foi localizado tendo em vista a previsão do abastecimento de água

potável nas cidades, encarado apenas como mais um serviço previsto na legislação não discutindo, no entanto, sua natureza jurídica

Dessa forma, passa-se à análise pontual de cada um dos julgamentos elencados, verificando-se os argumentos expendidos e fundamentação de cada uma das decisões selecionadas, sendo que as ementas dos julgados, visto que apenas um resumo do *decisum* e o endereço eletrônico para localização, serão apresentadas, de forma complementar, como notas de rodapé.

Tem-se como o intuito final a apreensão de qual a natureza jurídica que vem sendo atribuída à água potável e seu acesso pelo Supremo Tribunal Federal, uma expressão do poder institucionalizado brasileiro. Os acórdãos serão apresentados por data em ordem crescente a fim de verificar a existência ou não de evolução de pensamentos e conceitos.

5.2 Decisões eleitas para análise:

5.2.1 Recurso Extraordinário nº 94.320/SP

Trata-se de Recurso Extraordinário da relatoria do Ministro Moreira Alves, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 08 de setembro de 1981 e publicado no Diário Oficial da União em 03 de novembro do mesmo ano¹⁸.

O caso concreto de fundo, que culminou no manejo do Recurso Extraordinário em epígrafe (controle difuso da constitucionalidade), alicerçou-se nos seguintes fatos: o indivíduo impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Diretor Superintendente da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), buscando o restabelecimento do fornecimento de água no imóvel de sua

¹⁸ Ementa: Corte em fornecimento de água por falta de pagamento. Decisão recorrida que, para não admiti-lo, se fundou na circunstância de que, estabelecendo a legislação local a obrigatoriedade do fornecimento de água potável por motivo de saúde pública (matéria para cujo reexame não é cabível o recurso extraordinário - súmula 280), e ilegal o decreto que, indo contra essa legislação, admite o corte nesse fornecimento. Falta de prequestionamento (súmulas 282 e 356) da questão atinente ao parágrafo 1. do art. 153 da Constituição Federal. Inexistência de violação ao princípio de que o mandado de segurança se destina, apenas, a proteger direito líquido e certo, pois, no caso, a sustação do fornecimento e fato certo e a questão jurídica de sua legalidade foi discutida em face da legislação local. Dissídio de jurisprudência não demonstrado, uma vez que não se comprovou que os acordãos trazidos a cotejo tenham enfrentado, e decidido em sentido contrário, a tese do acórdão recorrido: a da ilegalidade de decreto estadual que, contra a legislação local, admite o corte no fornecimento obrigatório de água. Recurso Extraordinário não conhecido.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187794>

propriedade. O corte foi realizado tendo em vista o débito acumulado dos valores relativos ao fornecimento de água.

O magistrado de primeiro grau denegou a segurança pretendida, em sede liminar, por entender legítimo o ato impugnado. Manejado recurso de Apelação pelo usuário dos serviços. Entendeu o tribunal *ad quem* que a segurança deveria ser concedida para o fim de assegurar, ao impetrante e então recorrente, o fornecimento de água, sendo, portanto, vedada a suspensão do serviço, ainda que por falta de pagamento, devendo a SABESP buscar o pagamento pelos meios legais apropriados a sua disposição. O fornecimento de água, segundo a fundamentação da decisão e com base em legislação estadual, é de aceitação compulsória, por se tratar de matéria de interesse de saúde pública e não pode ser cortado em *hipótese alguma*, por se tratar de serviço público fundamental, instituído para socorrer uma necessidade vital da sociedade.

O recorrente (SABESP) interpõe Recurso Extraordinário da decisão do tribunal de 2º grau alegando, em síntese, que havia decreto estadual (nº 13.342/78) que autorizava o corte de água por haver débito anterior, ainda que a lei estadual (nº 8.266/75) previsse o serviço de água como de aceitação compulsória por se tratar de matéria de interesse da saúde pública e que a decisão do tribunal teria afrontado o disposto no §1º, do artigo 153 da Constituição Federal – princípio constitucional da isonomia, bem como dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao Mandado de Segurança.

O voto do Ministro Moreira Alves, Relator no presente caso, considerou que as alegações de ofensa aos princípios constitucionais e da legislação federal não foram prequestionados, e que, portanto, não poderiam ser analisadas. Mais. A segurança foi concedida em face do fato: corte no fornecimento de água e do entendimento de legislação local que estabelece a obrigatoriedade do fornecimento de água por motivos de saúde pública. O alegado dissídio jurisprudencial, trazido pelo recorrente pela simples transcrição de ementas em que se considera legítima a suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento da conta, de acordo com a lei que a criou, não restou comprovado.

Dessa forma, o recurso extraordinário em comento não foi conhecido por decisão unânime.

O caso envolvido neste primeiro julgado demonstra, de forma cristalina, a prevalência do entendimento de que a falta de pagamento pelos serviços de água potável, prestados pelo Estado não podem ser justificativa para o corte do fornecimento do serviço.

Verificou-se a colisão entre dois textos legais, o primeiro uma lei estadual que prevê a aceitação compulsória do serviço por se tratar de matéria de interesse da saúde pública (água como direito humano, corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana) e o segundo um decreto que permitia o corte quando este serviço não for devidamente remunerado (água como mercadoria, precificável). No embate entre estes dois pontos vale os princípios maiores contidos no texto constitucional, que apesar de a decisão ter sido proferida sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a Emenda de 69, também considerava em seu artigo 153 a vida como direito e garantia individual.

5.2.2 Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 567 MC/DF

Trata-se de decisão proferida em sede de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, proferida no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo sido julgada em 12 de setembro de 1991 e publicada em 04 de outubro do mesmo ano¹⁹.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, em tela, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR) questionando os artigos 546, 547 e 548 do Decreto nº 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, oriundo do Estado de Minas Gerais, que previam a incidência do ICMS, imposto estadual cujo fato gerador, segundo o artigo 155, inciso II da Constituição Federal é, *verbis* “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se

¹⁹ Ementa: CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 546, 547 E 548 DO DECRETO N. 32.535, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1991, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA INFRINGENCIA AOS ARTS. 150, I E VI, PAR.2., E 155, I, "b", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Relevância do direito, caracterizada pela circunstancia de haver-se definido, por decreto, fato gerador e base de calculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmutando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria. "Periculum in mora" igualmente configurado, em face da extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo que vier a ser pago. Cautelar deferida.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346469>

iniciem no exterior” sobre o abastecimento de água canalizada, ou seja, sobre o fornecimento de água potável à população do Estado realizado pelo poder público municipal ou por empresas públicas estaduais, mediante concessão.

O PGR aludiu, ainda, que a incidência do ICMS sobre o fornecimento de água foi inicialmente previsto, no Decreto nº 32.257, de 12/12/90, que restou expressamente revogado pelo Decreto nº 32.535, de 1991.

A par disso, houve representação da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Água e Esgoto – ASSEMAE – que apontou nos textos dos artigos em questão as seguintes inconstitucionalidades: a) afronta ao princípio da legalidade insculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal e ao artigo 97 do Código Tributário Nacional, uma vez que a instituição da tributação deu-se através de decreto e não de lei; b) afronta ao artigo 155, inciso II, também da Carta Magna, uma vez que a água tratada não constitui “mercadoria”, mas sim bem fora de comércio, insuscetível de circulação econômica; e c) por violação do artigo 150, VI, §2º – imunidade recíproca – , do texto maior porque o imposto estadual em questão incide, em realidade, sobre o serviço público municipal de fornecimento de água potável.

Dessa forma, formulou pedido de medida cautelar tendente à suspensão da execução dos dispositivos impugnados, em face da inequívoca relevância dos fundamentos jurídicos da ação, visto que o tributo aplicado onera um serviço público essencial à população.

No voto do Ministro Relator, este manifestou-se pela concessão da medida cautelar pleiteada, e a suspensão do texto dos artigos em questão, não só pela impropriedade da via de instituição do tributo – através de decreto – mas também por ter-se modificado, por esta mesma via, desde já tida por imprópria, o tratamento jurídico tradicionalmente dispensado ao fornecimento de água potável encanada, às populações. Asseverou que o fornecimento desta, às vilas e cidades do Estado, era um serviço público essencial, divergindo-se, tão somente, quanto à natureza jurídica da prestação, se taxa ou preço público.

Em votação, unânime, o Tribunal ratificou o voto proferido pelo Relator Ministro Ilmar Galvão.

No aresto ora apresentado verifica-se uma mudança no viés do julgamento, sem, no entanto, perder-se a essência trazida no primeiro caso. Ressalta-se que este segundo julgamento (1991) deu-se dez anos após o primeiro (1981) e sob a égide de outra Constituição Federal, a atual Carta de 1988.

A questão no presente julgado deu-se sobre a possibilidade ou não de incidência de ICMS sobre o fornecimento de água potável encanada. Para chegar-se a esta conclusão positiva impende que a água potável encanada fosse uma mercadoria, pois a exação em questão tem como fato gerador, entre outros, a circulação de mercadoria.

Muito bem foi o posicionamento de fundo do STF sobre a questão que, apesar de ter debatido outros aspectos formais da própria atividade jurisdicional constitucional, posicionou-se no sentido de que o fornecimento de água potável encanada não poderá ser encarado como o fornecimento de uma “mercadoria”, uma vez que esta é um serviço público essencial que deve ser fornecido à população em geral.

Assim, no embate entre “direito” e “mercadoria”, novamente o STF manifesta-se sobre a água ser um direito a ser garantido a todos.

5.2.3 Habeas Corpus nº 99054/RS

O terceiro julgado, trata-se de Habeas Corpus cuja relatoria coube ao Ministro Ricardo Lewandowski e foi proferido na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 30 de novembro de 2010, tendo sido publicado em 24 de março do ano seguinte, qual seja, 2011²⁰

²⁰ Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO DE ÁGUA POTÁVEL MEDIANTE LIGAÇÃO CLANDESTINA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. QUESTÃO DE ORDEM. WRIT PREJUDICADO. I – Paciente denunciado pela suposta prática do crime de furto de água potável mediante ligação clandestina. II – Alegação de insignificância da conduta ante o valor irrisório da res furtiva. III – A superveniência de extinção da punibilidade decorrente do reconhecimento, pelo Tribunal Estadual, de prescrição da pretensão punitiva, torna prejudicada esta impetração. IV – Questão de ordem proposta pelo Ministro Ayres Britto V – Habeas corpus prejudicado.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620918>

Tal decisão mostra-se interessante, pois apesar de envolver matéria de índole criminal – furto de água potável e princípio da insignificância – demonstra novo tratamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 984.723/RS da relatoria do Min. Og Fernandes.

Em síntese, o paciente foi denunciado pelo crime de furto de água potável no ano de 2003, avaliado em R\$ 96,33. Em primeira instância o réu foi absolvido, ao fundamento de atipicidade da conduta tendo em vista o princípio da insignificância, decisão esta que foi mantida pelo Tribunal de Justiça gaúcho.

O Ministério Público interpôs Recurso Especial desta decisão, ao qual o Superior Tribunal de Justiça deu provimento sob o argumento de que um bem de pequeno valor – R\$ 96,33 de água potável – não pode ser confundido com bem de valor insignificante, razão pela qual a decisão deveria ser revertida.

Da nova decisão, a Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* alegando que a conduta que se pretende punir é insignificante do ponto de vista material, uma vez que o valor da *res furtiva* é irrisório, tornando, assim, a conduta de mínima ofensividade. Argumentou, ainda, que diante da insignificância da agressão ao bem jurídico tutelado, mostrava-se irrazoável acionar o poder punitivo estatal, sendo este a *ultima ratio* para a manutenção da ordem pública. Requereu o deferimento de liminar para suspender o trâmite da ação penal e a cassação do acórdão do STJ, de modo a restabelecer a decisão que reconheceu a atipicidade material da conduta. O parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Sub-Procurador-Geral da República Edson Oliveira Almeida foi pelo deferimento da ordem. A liminar foi concedida.

No voto do Ministro Relator este entendeu de ser caso de concessão da ordem uma vez que satisfeitos os requisitos necessários à configuração do delito de bagatela – conduta minimamente ofensiva; ausência de risco social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Aduz que o delito previsto no artigo 155, §3º, do Código Penal – furto de água potável mediante ligação clandestina – resultou em um prejuízo econômico avaliado

em R\$ 96,33 e traz à colação texto do acórdão proferido, nos mesmos autos, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

Embora reprovável a conduta de uma pessoa que se apodera de bens alheios, não se justifica que um processo criminal seja instaurado e levado a termo quando os objetos são de tão insignificante valor. As forças e os recursos do Estado devem ser canalizados para ações delituosas realmente prejudiciais à sociedade. O Direito Penal é a *ultima ratio*, logo não pode ser banalizado: só é justificado quando se fizer presente importante grau de lesividade.

Ainda refere o voto que a conduta imputada ao paciente é penalmente irrelevante, cabendo à concessionária lesada buscar a reparação do dano no juízo cível. Assim sendo concedeu a ordem para cassar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça e restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau.

Na sequência do julgamento houve um debate entre os Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia no qual o Ministro Ricardo Lewandowski pondera a atitude do Ministério Público Federal, nos presentes autos, pela concessão da ordem tendo em vista a alegada irrelevância da conduta nos seguintes termos, *verbis*: “O próprio Ministério Público aqui está pugnando pela irrelevância da conduta. Depois, a água, hoje em dia, é um bem essencial à vida, não é verdade?”, ao que responde o Ministro Ayres Britto: “[...] V.Exa.acha que, no caso, há medida civil de reparação do dano que seria a cobrança do valor?” e na sequência acrescenta o Ministro Ricardo Lewandowski: “V.Exa. sabe que a própria jurisprudência tem evoluído no sentido de proibir o corte de água por falta de pagamento, entendendo exatamente que é um bem fundamental. Aqui é um furto.”.

Após o rápido debate realizado, do qual foram destacados os excertos acima transcritos. O julgamento teve prosseguimento no voto do Ministro Marco Aurélio que também concede a ordem destacando que apenas o valor não pode ser considerado para fins de reconhecimento do princípio da insignificância de um determinado delito, é necessário que existam outros fatores.

O Ministro Ayres Britto pediu vista dos autos e a Ministra Cármen Lúcia decidiu aguardar o voto do Presidente para proferir o seu voto.

Na sequência do julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vênua para um comentário que chamou de metajurídico. Iniciou por relatar que no Estado de São Paulo existe uma lei, dos anos 70, que envolve um conjunto de leis de proteção aos mananciais de água que abastecem a grande metrópole. A lei visava

que a cidade crescesse no sentido do eixo Leste/Oeste com o objetivo de proteger os mananciais localizados no Norte e no Sul. Havia, no texto legislativo, restrições urbanísticas cada vez mais exacerbadas à medida em que se aproximassem dos mananciais, chegando, em alguns casos, a proibir a construção. As ocupações lícitas foram totalmente afastadas da área, no entanto, ocupações irregulares lá se estabeleceram contando, na época da decisão, com dois milhões de habitantes. Esses habitantes, por força da legislação, estariam proibidos de receber água potável e somente teriam acesso se houvesse alguma ligação clandestina. Tecnicamente isso seria furto.

No prosseguimento do julgamento, o Ministro Ayres Britto manifestou-se, após o pedido de vista, que a ação teria sido alcançada pela prescrição da pretensão punitiva que acarretou a extinção da punibilidade, esvaziando, assim, o objeto do *habeas corpus*.

O pedido de *habeas corpus*, portanto restou prejudicado.

Da análise desse julgado tem-se de forma cristalina o embate de ideias acerca da água potável e seu acesso. Em um primeiro momento, salienta-se o tipo penal contido no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, qual seja: “*Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*” e, conforme o §3º, “Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”.

No caso concreto em tela, o paciente foi denunciado pelo crime de “furto de água potável” no valor de R\$ 96.33. O grande embate que se estabelece a seguir é que, em um primeiro momento, para ser tipificado como crime de “furto” necessário haver a “coisa alheia móvel”, sendo a água assim classificada para tanto.

Dessa forma, a discussão inicial cinge-se ao fato de o furto de água – coisa alheia – no valor de R\$ 96,33 poder ser considerado irrisório a ponto de desafiar o princípio da insignificância da agressão encerrando, por conseguinte, a ação penal, ou se, conforme mais adiante surge no debate entre os Ministros, a posição do Ministro Ricardo Lewandowski de que a “*água, hoje em dia, ser bem essencial à vida*” e, mais adiante, ainda pondera: “*a própria jurisprudência tem evoluído no sentido de proibir o corte de água por falta de pagamento, entendendo exatamente que é um bem fundamental.*”.

No mínimo curiosa, e de necessário destaque, mostra-se a expressão “hoje em dia”, proferida pelo Ministro Lewandowski, como se a água tivesse passado a bem essencial à vida nos últimos tempos.

A conclusão final do julgado não ressalta qual a melhor tese a ser seguida uma vez que, por implementação da prescrição da pretensão punitiva, o *habeas corpus* restou prejudicado, no entanto, começa-se a presenciar, uma continuidade de reflexão da suprema corte brasileira, acerca da natureza jurídica da água, se mercadoria, precificada e objeto do crime de furto ou direito a ser garantido como essencial à vida.

5.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2340/SC

O presente acórdão traz uma decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal e que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. O julgamento ocorreu em 06 de março de 2013 e foi publicado em 10 de maio do mesmo ano.²¹

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, com pedido de medida liminar, que busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 11.560, de 19 de setembro de 2000, a qual torna obrigatório o fornecimento de água potável pela Cia. Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, com caminhões-pipa, sempre que houver interrupção no fornecimento normal.

²¹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA O SEU FORNECIMENTO POR MEIO DE CAMINHÕES-PIPA, POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DA QUAL O ESTADO DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO. DIPLOMA LEGAL QUE TAMBÉM ESTABELECE ISENÇÃO TARIFÁRIA EM FAVOR DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS. INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS, PELO ESTADO-MEMBRO. INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE O PODER CONCEDENTE E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele. II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água. III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630010>

O artigo 1º e 3º, da aludida lei, que foram objeto da ação, dispõem o seguinte, *verbis*²²:

Art. 1º Fica estabelecido que sempre que ocorrer a interrupção no fornecimento de água potável a seus clientes, desde que não motivado inadimplemento dos mesmos, a Cia. Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN - fica obrigada a fazer imediatamente a distribuição do líquido com caminhões-pipa.

(. . .)

Art. 3º O descumprimento do disposto na presente Lei implica no cancelamento automático da cobrança da conta de água e saneamento do mês que ocorreu a interrupção no fornecimento, ainda que eventual, dos clientes atingidos".

Nos fundamentos da ação proposta ainda há a alegação que na maioria dos municípios catarinenses, que os serviços de esgoto e abastecimento de água são executados pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é o Estado de Santa Catarina, no entanto, apesar disso, não detém competência, o Estado de Santa Catarina, para legislar sobre água e saneamento, pois este é um serviço de interesse local, pertencente, portanto, à competência do município. Acresceu que tal atitude afetou os artigos 30, inciso I e parágrafo único e 175, da Constituição Federal.

O pedido liminar foi no sentido de suspender os dispositivos mencionados e, no mérito, que sejam esses declarados inconstitucionais.

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina prestou informações no sentido de estar ausente o requisito da plausibilidade do direito, indispensável para o deferimento da medida liminar. No mérito, aduziu que o texto legislativo estadual atacado não invadiu a competência legislativa municipal, tendo apenas imposto regras de conduta à sociedade de economia mista em questão, tendo em vista ser esta uma concessionária de serviços públicos e o Estado acionista majoritário. Sendo assim, concluiu por ser possível exercer tal prerrogativa.

Em 21 de março de 2001, o Supremo Tribunal Federal, por maioria²³, deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia da Lei nº 11.560, de 19 de setembro de 2000 do Estado de Santa Catarina, que restou assim ementada:

²² Ressalta-se antes de prosseguir com a análise da decisão, que o texto do artigo 1º, da lei em análise ressalva que poderá haver o corte no fornecimento de água se este for motivado no inadimplemento.

ÁGUA - FORNECIMENTO - INTERRUPÇÃO - COBRANÇA - AFASTAMENTO. Na dicção da sempre ilustrada maioria (seis votos a cinco), surgem a relevância do pedido formulado de concessão de liminar e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro, ante norma estadual que impõe, a sociedade de economia mista estadual, a obrigatoriedade de suprir a falta de fornecimento normal de água mediante caminhões-pipa, sob pena de cancelamento automático da conta do mês em que ocorrida a interrupção.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela inconstitucionalidade formal do dispositivo atacado e a Procuradoria-Geral da República também opinou pela procedência da ação.

Em seu voto, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, inicia por uma explanação acerca do contexto da criação, em 1968, do Sistema Nacional de Saneamento, no bojo do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, operado pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CEB's e completa que muitos municípios brasileiros incorporaram-se ao plano, contratando tais companhias mediante o regime de concessão, para a exploração dos serviços de saneamento e distribuição de águas, sendo este o caso do Estado de Santa Catarina.

Aduziu que existem municípios que não aderiram ao plano, mantendo-se, assim, autônomos operando os serviços através de empresas municipais, particularmente nos estados de Minas Gerais e São Paulo.

Posto isso, o Ministro Relator dividiu a abordagem em duas questões básicas a serem enfrentadas: a) saber se a distribuição de água potável constitui, ou não, um serviço de natureza local, sendo de competência dos municípios; e b) se no regime de concessão, o estabelecimento de normas atinentes ao serviço concedido constitui atribuição privativa do poder concedente ou é matéria que pode ser disciplinada por lei estadual, sendo, assim, lícito ao Estado impor regras à sociedade de economia mista, na qualidade de acionista majoritário.

Pondera que a ideia da preponderância de interesse para realizar determinada tarefa há de ser atribuída ao ente federativo capaz de atender, de maneira mais efetiva, ao interesse comum, sendo essa prática consentânea com o princípio da subsidiariedade, que rege as relações entre os entes da Federação.

²³ Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Ilmar Galvão, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, indeferindo o pedido de medida liminar, e dos votos dos Senhores Ministros Ellen Gracie I Nelson Jobim, Sydney Sanches, Moreira Alves e Presidente (Ministro Carlos Velloso), deferindo-o

Prossegue seu voto aludindo ao fato do Município ser o ente mais próximo da população, conhecendo suas necessidades básicas de perto, devendo, portanto, prestar, em primeira mão, os serviços públicos essenciais, em especial o fornecimento de água potável, sem prejuízo de eventual colaboração da União ou do Estado.

Assim, concluiu, em resposta a primeira questão levantada, que a distribuição de água potável constitui um serviço de natureza local ainda que seja atribuído por concessão a uma empresa estadual.

Quanto aos limites da atuação dos Estados-membros no tocante às empresas concessionárias, de cujo controle acionário são detentores, e que prestam serviços aos municípios, posto como segunda questão de reflexão, o Ministro Relator relata ser pacífica a orientação do Tribunal de que o Poder Público, nas concessões, não se despoja de qualquer direito ou prerrogativa que possuía antes de firmar os respectivos contratos. O que ocorre é apenas a delegação a terceiro, dentro dos limites legais e dos parâmetros contratuais, a execução dos serviços concedidos, os quais continuam sempre sujeitos à sua regulamentação e fiscalização.

Prossegue dizendo que ainda que determinado serviço público tenha sido objeto de concessão, é lícito a retomada do mesmo por parte do poder público concedente, a qualquer tempo, voltando a explorá-lo de forma direta ou por intermédio de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem prejuízo de indenização à concessionária em face de eventuais prejuízos.

Dessa forma, o artigo 175 e parágrafo único, da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Conclui, o Ministro Relator que incumbe, pelo texto constitucional, ao poder público concedente a regulamentação dos serviços concedidos, não tendo, assim, o

Estado-membro, em se tratando de um serviço de caráter local, competência para regulá-lo.

Dessa forma, finaliza o voto, com as seguintes palavras:

O Estado de Santa Catarina, portanto, não pode substituir-se aos municípios que contrataram com a CASAN, para determinar a essa empresa, ainda que mediante lei estadual, que forneça água em caminhões-pipa, quando o serviço de distribuição estiver interrompido, nem tampouco para instituir isenção tarifária a favor dos usuários, visto que o modo e a forma de prestação dos serviços configuram normas de caráter regulamentar, cuja elaboração compete exclusivamente ao poder concedente, ao passo que a remuneração destes está condicionada ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões. (Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2340/SC)

Assim sendo julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

O voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos seguintes Ministros: Menezes Direito, Cármen Lúcia. O julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Eros Grau.

No retorno da sessão, o Ministro Eros Grau analisou o inciso V, do artigo 30, da Carta Magna expondo que este atribui à competência municipal a organização e prestação, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, isto é, de interesse predominantemente local. Assim, o serviço público de fornecimento de água e coleta e destinação final de esgotos – saneamento básico – tendo em vista a predominância do interesse local que o afeta, deve ser, em regra, atribuído à competência municipal.

Prosseguiu a análise da questão fazendo referência ao fenômeno da urbanização e ao surgimento de serviços que devam atender, concomitantemente, a mais de um interesse predominantemente local, implicando tal realidade em rediscussão de concepções e categorias utilizadas para descrever o funcionamento do sistema de distribuição de competências no sistema federativo brasileiro.

O antigo modelo de cidade, incrustada no Município, é, segundo o Ministro “implodido”. O novo modelo são Municípios incrustados em determinadas cidades. O surgimento da metrópole, resultante da conurbação²⁴ e sua institucionalização pelo

²⁴ O vocábulo conurbação, cunhado por PATRICK GEDDES, em 1.915, em seu livro “Cities in evolution”, para referir a Grande Londres, conota a coalescência entre duas ou mais unidades urbanas preexistentes. (informação constante na sequência do voto do Ministro Eros Grau na ADI, nº

direito positivo, na vigência da Constituição Federal de 1967 com redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nos termos da Lei Complementar nº14, de 08 de junho de 1973, que estabeleceu as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, trouxe a necessidade de distinção entre serviços metropolitanos e serviços intermunicipais.

Para o Ministro existem, neste caso, dois tipos de serviços comuns: a) serviços comuns definidos como de interesse metropolitano para os efeitos da Lei Complementar nº 14/73; e b) os serviços comuns que não receberam essa qualificação normativa. Apesar desta lei não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pondera Eros Grau que torna-se oportuna sua menção para indagar-se acerca do significado da expressão “serviço comum”.

Em um primeiro momento afirma que “serviço comum” é o que, tendo em vista seu caráter interlocal, reclama uma administração intermunicipal, incumbindo essa aos Municípios afetados. O interesse local seria, assim, o interesse da cidade que irá predominar quando confrontado ao interesse do Estado-membro e com o interesse da União.

Finaliza sua exposição dizendo, em síntese, que:

[...] a competência para a prestação dos chamados serviços comuns permanece sob a titularidade dos Municípios; a eles incumbe a delegação a entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles. Isso permanece a ocorrer ainda quando se trate de Municípios integrados em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituída por lei complementar estadual. Neste caso incumbirá ao Estado-membro tão somente prover no sentido integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, isto é, execução dos serviços comuns. À prestação desses serviços corresponde uma função [= dever-poder] de caráter intermunicipal, essa prestação incumbe à Administração intermunicipal, vale dizer, aos Municípios solidariamente, de modo integrado no que concerne a sua organização, ao seu planejamento e a sua execução. Ao Estado-membro nada incumbe além de mediante lei complementar instituir a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião, dispondo a respeito daquela integração, naturalmente sem qualquer comprometimento das autonomias municipais. (voto Ministro Eros Grau – ADI 2.340/SC)

Dessa forma, conclui que em qualquer circunstância, a competência para legislar sobre o abastecimento de água é do Município, motivo, pelo qual, vota pela procedência da ação, e acompanha ao voto do Ministro Relator.

2.340/SC Cf. FRANÇOISE CHOAY, L'Urbanisme - utopies et réalités, Paris, Editions du Seuil, 1.965, p. 7, nota 2).

O Ministro Marco Aurélio posicionou-se pelo indeferimento da ADI por entender que a lei estadual implementou, quanto a uma empresa estadual uma determinada regra, qual seja, no caso de interrupção no fornecimento normal de água, teria a empresa que socorrer a população, mediante caminhões-pipa, sob pena de cancelar-se automaticamente a cobrança da cota da água, alusiva ao mês do acontecimento. Esta seria, para o Ministro, a “ordem natural das coisas”, não havendo disciplina de matérias específicas do município, já que a empresa em questão é estadual. A normatização do episódio, deu-se, no seu entendimento, sem ferir o texto constitucional. A medida, além disso, evita o enriquecimento sem causa por parte da concessionária, pois ocorrida a interrupção do fornecimento de água, não cabe a cobrança no mês respectivo pelo fornecimento não prestado. Não vislumbra, assim, dispositivo na lei em análise que contrarie a Carta da República.

O Ministro Ayres Britto julgou procedente a ação na linha do voto do Ministro Relator.

Diante de discussão instaurada no Plenário a partir de dúvidas do Ministro Gilmar Mendes, que pediu vista dos autos para manifestação, o Ministro Eros Grau expõe que a circunstância de o serviço ser prestado ao poder concedente – o Município – por uma empresa que é controlada pelo Tesouro Estadual é irrelevante e isso não tem o condão de transferir a competência legislativa ao Estado-membro. Somente o Município, o poder concedente, que detém a competência à prestação do serviço. Este poderia conceder a prestação a uma empresa privada, a uma empresa federal, a quem desejasse conceder, desde que observadas as regras do art. 175, da CF.

Volta à manifestação o Relator, Ministro Lewandowski e alude à boa intenção da lei, pois seu intuito é beneficiar aquele que não tem água, pois ela determina que se forneça a água, no caso de interrupção, por meio de caminhões-pipa. No entanto, aduz que não se está tratando de uma empresa que fornece água estadual para uma região conurbada, para uma região metropolitana ou para uma outra região que apresente esse tipo de característica, mas para todo o estado. E, sendo assim, deve-se cogitar que a autoridade concedente desse serviço é o município, porque tem caráter estritamente local.

No retorno da vista requerida, o Ministro Gilmar Mendes, relembra que no caso concreto em julgamento, o Governador do Estado de Santa Catarina vetou os

artigos que ora requer a declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a publicação da lei pela Assembleia Legislativa catarinense.

Pondera que no caso em questão não está em discussão regiões metropolitanas mas apenas uma lei estadual que disciplina o fornecimento de água para todos os municípios do Estado de Santa Catarina. Lembra que o Plenário apontou o relevante interesse local e a competência municipal para a concessão do serviço de distribuição de água, no entanto faz alusão às peculiaridades do serviço de fornecimento de água, de forma especial, e ao saneamento básico, de forma geral, que podem impactar profundamente as demais comunidades.

Assim, para promover a melhoria das condições de saneamento básico envolve competência comum da União, Estados e Municípios (art. 23, IX, CF).

O caso em análise, no entanto, cinge-se ao exame acerca da determinação de abastecimento via carro-pipa nas hipóteses de interrupção da distribuição ordinária de água, sob pena de tornar inexigível a cobrança do serviço. O interesse é local e a competência legislativa é municipal, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal.

Conclui, por fim, que ainda que a lei impugnada tenha o claro intuito de proteger o usuário do serviço, a norma estadual adentra em matéria de competência dos municípios em flagrante inconstitucionalidade formal. Assim sendo, vota no sentido da procedência da ADI, acompanhando o voto do Ministro Relator.

O Ministro Marco Aurélio, apesar de seu pronunciamento a favor do indeferimento inicialmente exposto, profere seu voto analisando alguns pontos. Expõe como “pano de fundo” a ideia de que a “*água é um produto essencial*” e que existe uma relação jurídica comutativa entre a empresa e aqueles que são beneficiários do serviço. Ponderou a respeito da absoluta razoabilidade do legislador catarinense que previu, no caso de interrupção do fornecimento de água, deve a companhia continuar a fornecer, ainda que de forma precária, o acesso à água (caminhão-pipa e não canalização). No caso do fornecimento ser interrompido e não suprido a suspensão da cobrança da conta faz-se necessária sob pena, até mesmo, de chegar-se ao enriquecimento ilícito da companhia. Dessa forma, reafirmou o voto já proferido por ocasião do julgamento da liminar no sentido de improcedência do pedido inicial formalizado.

O Ministro Teori Zavascki acompanhou o voto do Ministro Relator e julgou pela procedência da ADI.

No julgado em análise, e tendo em vista o objetivo do presente estudo, tem-se que o julgamento desenrolou-se com forte análise dos fatores objetivos da questão, concluindo-se ao final pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade tendo em vista a falta de competência do Estado de Santa Catarina para legislar acerca de matéria de interesse local, declarando-se, assim, a inconstitucionalidade da lei catarinense.

Apenas o Ministro Marco Aurélio lembrou ser a água um produto essencial e ponderou sobre a razoabilidade do texto em questão.

Tecnicamente o julgamento não merece retoques pois, de fato, a legislação estadual desbordou de sua competência invadindo competências constitucionalmente previstas para os Municípios.

Questiona-se, no entanto, a falta de argumentações acerca do, como disse o Ministro Marco Aurélio, pano de fundo da questão, qual seja, a água como produto essencial. Desta forma, tem-se que o presente julgado não contribuiu para aferir-se o real sentido que o Supremo Tribunal Federal vem dando ao tema, isto é, se a água pode ser considerado um direito ou uma mercadoria.

5.2.5 Recurso Extraordinário nº 607.056/RJ

O supracitado Recurso Extraordinário foi julgado em 10 de abril de 2013 (publicado em 16 de maio do mesmo ano) pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal e teve como relator o Ministro Dias Toffoli²⁵.

O recurso, em questão, foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, contra decisão do Tribunal de Justiça daquele estado. A questão, embora envolva matéria

²⁵ Ementa: Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador. 1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS. 2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização. 3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. 4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796854>

de natureza tributária e não tem como foco principal as pessoas físicas, faz-se interessante a análise.

A questão cinge-se a possibilidade ou não da incidência de ICMS, imposto estadual cujo fato gerador, segundo o artigo 155, inciso II da Constituição Federal é, *verbis* “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

O caso teve origem em ação, de rito ordinário, ajuizada por um Condomínio edilício, que objetivava a exoneração da cobrança e a restituição dos valores pagos a título de ICMS indevidamente incluídos pela Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais – AESBE, nas faturas referentes ao fornecimento de água encanada. O argumento principal da ação é que água não constituiria “mercadoria”, mas sim serviço público essencial e específico.

A sentença, de primeiro grau, julgou improcedente o pedido. O condomínio autor manejou o recurso de apelação e o tribunal ressaltou já haver entendimento predominante, tendo em vista o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2006.018.00005, no qual ficou assentada a inexistência da relação jurídico-tributária impugnada, uma vez que a água não é mercadoria, mas sim serviço público essencial e específico. Dessa forma, entendeu que o contribuinte fazia jus à restituição dos valores pagos indevidamente, corrigidos desde o desembolso e acrescido de juros de mora a contar do trânsito em julgado da decisão observada a prescrição quinquenal.

O Recurso Extraordinário, em análise, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, sustentou que a fundamentação da decisão do tribunal *a quo* deu-se com base em enunciado de súmula nº 130, daquele tribunal, que dispõe que o fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança de ICMS por parte das empresas concessionárias e que este enunciado violaria o artigo 155, II, da Constituição Federal, já que toda a discussão travada no julgado giraria em torno de saber se a água encanada constitui uma mercadoria e se assim o fosse, plenamente justificada seria a incidência da exação estadual.

Aduziu ainda, em suas razões, que existiria uma orientação reiterada do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o fornecimento de água canalizada

seria remunerável somente por tarifas. Tais tarifas, no entender do estado insurgente, seriam idênticas às tarifas cobradas pelas concessionárias dos serviços de comunicação, de energia elétrica, de gás encanado, entre outros. Questiona, assim, a razão pela qual esses serviços sofreriam a incidência do ICMS e o fornecimento de água não poderia sofrê-lo. Argumentava com base no princípio da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

A matéria teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual em 21 de outubro de 2010. O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Conforme o Relator, Ministro Dias Toffoli, a questão já teria sido discutida e votada de forma unânime, na ADI nº 567 (já comentada), na qual o Ministro Relator Ilmar Galvão, votou pela suspensão liminar do ICMS sobre o fornecimento de água no Estado de Minas Gerais. Vale repisar um excerto da ementa da aludida ADI: “[...]e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria[...]”.

No caso em exame, foram impugnados os convênios nºs. 98/89 – que concedeu a isenção – e 77/95 do CONFAZ, ratificado pelo Governador do Estado por meio do Decreto nº 21.845/95, além das Resoluções nºs. 2.679/96 e 3.525/99, da Secretaria Estadual da Fazenda, que determinavam a incidência do ICMS sobre os serviços de fornecimento de água canalizado no Estado do Rio de Janeiro.

Em seu voto o Ministro Relator, acompanhando os precedentes da Corte, entendeu que a incidência do ICMS sobre água potável para o consumo da população – prevista na legislação do Rio de Janeiro – gera uma situação eivada de inconstitucionalidade, em desacordo com a materialidade da exação, inserta no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

Ponderou o Ministro que embora o fato gerador do tributo seja descrito na lei que o instituiu, o legislador infra-constitucional deve se ater às hipóteses de incidência previstas na Constituição Federal. Assim, o fato gerador, estabelecido pela lei do ente tributante deverá descrever operação relativa à circulação de “mercadorias” ou à prestação de “serviços” taxativamente dispostos no texto constitucional.

No que se refere ao termo “mercadoria” para fins de tributação do ICMS alude que se consolidou, ao longo do tempo, o entendimento de que consiste em bem móvel sujeito à mercancia ou ainda, no objeto da atividade mercantil. O bem móvel é gênero do qual mercadoria é espécie.

Vale a transcrição de um excerto do voto que ora se comenta:

A fundamentação que vem ensejando a classificação da de água potável como atividade mercantil - para fins de imposição tributária pelos estados-membros e pelo Distrito Federal - é construída a partir de uma concepção segundo a qual a água canalizada é um bem dotado de valor econômico, diferente daquela encontrada em seu estado natural (água bruta), já que sofre tratamento químico necessário para o consumo. Em resumo, o fornecimento de água potável caracterizaria uma operação de circulação de mercadoria.

Todavia, as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria, sobre a qual incidiria o ICMS. O tratamento químico necessário ao consumo não tem o condão de descaracterizar a água como um bem público de uso comum de todos (voto Min. Dias Toffoli – RE 607.056/RJ).

Assim, aduz que não é qualquer bem que pode ser juridicamente qualificado como “mercadoria” e, citando Geraldo Ataliba, explica que essa qualificação depende de dois fatores: a) natureza do promotor da operação que a tem por objeto e b) destinação comercial que a ela dá o seu titular.

Dessa forma, explica que os conceitos “operação”, “circulação” e “mercadoria” estão ligados de forma muito estreita, devendo o intérprete das leis e aplicadores do ICMS verificar a caracterização da sua incidência.

Quanto à água e ao seu fornecimento, posiciona-se o Ministro Relator que não existem os aspectos materiais de incidência do ICMS, quais sejam, não se trata de “circulação” e tampouco de “mercadoria”, na medida em que as concessionárias promotoras do fornecimento de água não detêm poderes jurídicos de disposição sobre ela, e da mesma forma, não podem dar destinação comercial à água dada sua natureza de bem público.

Este entendimento encontra ressonância no artigo 18, da Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, que deixa claro que a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada constitui uma mera outorga dos direitos de uso, não implicando assim, a alienação das águas, uma vez que se trata de bem inalienável, posto ser bem de uso comum do povo.

Reza o texto do artigo 18, da Lei nº 9.433/97: "Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.". No mesmo sentido, o Ministro Relator traz à colação o texto do artigo 46, do Decreto nº 24.643/34 – Código de Águas – *verbis*: "Art. 46. concessão não importa, nunca, a alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ao uso destas águas.".

Assim, ao tributar o fornecimento de água potável, segundo o Ministro Relator, está-se realizando interpretação inadequada ao conceito de mercadoria, o que leva ao equívoco de classificar-se a água canalizada como bem passível de comercialização. Assevera, ainda, que a água natural canalizada, ao contrário do que ocorre com a água envasada, não é objeto de comercialização e sim de prestação de serviço público. Inexiste, portanto, a possibilidade de falar-se em água como mercadoria.

Os concessionários que detêm o direito ao uso dessas águas prestam serviços públicos essenciais de competência do Estado, mediante a captação, o tratamento e o abastecimento de água de forma adequada ao consumidor final. Visa-se assegurar a universalidade e a qualidade do consumo de água pela população, promovendo, dessa maneira, a saúde pública.

Conclui, por fim, que o fornecimento de água potável é um serviço público essencial posto à disposição da população, o qual, independentemente do regime jurídico de sua remuneração, não estará sujeito à tributação pela via do ICMS, posto que não configura mercadoria. Ressalta, ainda, que considera a incidência do ICMS sobre o serviço de água tratada não atende ao interesse público, uma vez que a tributação pode prejudicar as políticas públicas de universalização do seu acesso.

Dessa forma, votou pelo não provimento do recurso extraordinário em análise, ratificando a jurisprudência da Corte no sentido de não incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de água tratada.

O Ministro Luiz Fux pediu vista para proferir seu voto, pois, em um primeiro momento, entendeu que o fato de ser um serviço essencial não inibe a incidência da tributação em questão. Aduziu, ainda, que a água pode ser avaliável economicamente.

Em seu voto-vista, o Ministro Fux estabeleceu que a controvérsia girava em torno da possibilidade de tributação, por ICMS, da atividade de fornecimento de água canalizada, prestada pela CEDAE-RJ aos usuários através do pagamento de tarifa. Explica que as duas teses principais sustentadas pelo Estado do Rio de Janeiro – recorrente – e pelo Condomínio – recorrido – partiam, respectivamente, das seguintes premissas: o fornecimento de água canalizada configuraria: a) mercadoria; ou b) serviço público essencial. A primeira hipótese configuraria o fato gerador do ICMS.

Discorre que após reflexão sobre o tema filia-se à tese exposta pelo Ministro Relator que rejeita a tributação do fornecimento de água canalizada pelo ICMS. Pondera que o fornecimento de água canalizada para a coletividade, em geral, afasta a incidência tributária, uma vez que as águas, em seu estado bruto, *in natura*, foram alçadas, pelo constituinte, à condição de bens públicos, insuscetíveis, desta forma, à avaliação econômica. Tal circunstância permanece inalterada mesmo quando haja o fornecimento através da canalização ao consumidor final. Assim, não se revela possível a qualificação jurídica de mercadorias para fins de incidência de tributação por ICMS.

Faz referência à lei que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433/97, que, em seu artigo 12, inciso I, estabelece que a “derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo”, está sujeita à outorga do Poder Público. Assim, aqui, há hipótese de outorga do direito ao uso dos recursos hídricos públicos, sendo que esta não implica em alienação parcial das águas, mas o simples direito de seu uso, pois, segundo o artigo 18, do mesmo texto legal e já transcrito supra, são inalienáveis.

Extrai-se excerto do voto no seguinte sentido:

A leitura dessa última disposição tem de ser feita em seus devidos termos. Isso significa que, em uma primeira guinada de visão, que a só outorga do direito de uso acarrete a transferência da propriedade sobre a água encontrada no domínio dos Estados ou da União. Mais que isso, tampouco se pode cogitar, partindo da própria literalidade do preceito legal, de que, uma vez promovida a intervenção do agente econômico através da captação da água, a partir de tal momento a água captada passa a ser, naturalmente, da propriedade do agente econômico, para que assim seja possível o respectivo fornecimento aos usuários finais através da rede de distribuição. Em outras palavras, o art. 18 da Lei nº 9.433/97 (Lei de Recursos Hídricos) impede que seja adquirida a propriedade sobre a água no mero momento da outorga do direito de uso, outrossim obstaculiza que haja a apropriação sobre as águas

já captadas através do exercício concreto de tal direito de uso. Nesse diapasão, não consubstancia premissa inexorável da outorga do direito de uso sobre as águas públicas que o concessionário possa, após captá-las, apropriar-se da água para conduzir o fornecimento aos usuários. Demais, a natureza de bem público não se altera ante o reconhecimento da finalidade econômica dado pela mesma Lei nº 9.433/97, que disciplina a Política Nacional de Recursos Hídricos. A rigor, o referido diploma fixa apenas e tão somente parâmetros objetivos para a cobrança pelo uso da água, com vistas a racionalizar a sua utilização pelos usuários, em nada alterando o seu caráter de bem público. (Ministro Luiz Fux – RE nº 607.056/RJ)

Nesse cenário, conclui que o fornecimento de água canalizada, por não se tratar de operação de circulação de mercadorias, não é hipótese de incidência da exação estadual.

Assim, profere o voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, assentando a inconstitucionalidade da tributação, pelo ICMS, do fornecimento de água encanada.

No voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, apesar de no julgamento da ADI nº 2340/SC, acima analisado, ter se pronunciado no sentido de ser a água um produto essencial e mesmo considerando, que no presente julgamento, ter se manifestado inicialmente que o fornecimento da água é indispensável ao homem deu provimento ao recurso extraordinário em análise entendendo que a água é uma mercadoria.

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou a discussão, após o voto do Ministro Marco Aurélio no sentido de que a questão não trata de água *in natura* e não se trata de um simples transporte de algo que vem de fontes naturais. O ponto aqui é que se trata de água, a qual não raro, foram adicionados produtos químicos. Que, conforme aparte do Ministro Marco Aurélio “produto aperfeiçoado”.

Lembra o Ministro Lewandowski que a água, no Brasil e no mundo vem se transformando em um bem cada vez mais raro e que a tributação sobre este bem escasso pudesse indicar um uso mais adequado desse bem.

Aduziu o Ministro Marco Aurélio que no caso da água há o acréscimo de outros produtos e a comercialização deve ser vista sob o ângulo econômico.

Advertiu o Ministro Luiz Fux que se o julgamento entender ser a água uma mercadoria, a decisão restaria completamente contraditória à jurisprudência pacífica do STF.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski reformulou seu voto e acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio no sentido de dar provimento ao recurso.

Dessa forma, por maioria, nos termos do voto do Ministro Relator foi negado provimento ao recurso extraordinário interposto, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

O julgamento acima analisado foi emblemático para o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e para demonstrar ainda a divergência de posicionamento dos seus membros.

A questão da água ser um bem essencial à vida veio largamente debatida e saiu vencedora no presente caso concreto, no entanto, não se pode olvidar os votos dos Ministros divergentes e seus fundamentos. A questão levantada pelo Ministro Marco Aurélio da água ser uma mercadoria, pois deve ser considerado que não se trata de água *in natura*, mas “produto aperfeiçoado” demonstra um pensamento que grassa em muitos tecidos sociais. Importante refletir que tal argumento fez com que o Ministro Lewandowski mudasse de ideia para seguir o Ministro Marco Aurélio, ponderando, em acréscimo que o tratamento de mercadoria poderia levar a um “uso mais adequado do bem”.

Causam estranheza os dois votos que vão de encontro à legislação e doutrinas existentes e fartamente descritas no voto do Ministro Relator em contrapartida, na análise do julgamento anterior, da ADI nº 2340/SC em que a decisão foi dada de forma estritamente técnica sem qualquer preocupação com os aspectos sociais que poderia desencadear.

5.2.6 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF

O último julgado que se seleciona é a decisão proferida, em 09 de setembro de 2015, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em tela, de relatoria do

Ministro Marco Aurélio, publicada em 19 de fevereiro do ano seguinte, qual seja, 2016.²⁶

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, com pedido de medida liminar, com o objetivo de que fosse reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Assevera, ainda, que a superlotação das casas prisionais configura um cenário fático incompatível com a Constituição Federal, pois ofende aos diversos preceitos fundamentais considerados, aqui, a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e aos direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Refere que o quadro atual resulta dos atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos aqueles de natureza normativa, administrativa e judicial. Aduz que os órgãos administrativos olvidam os preceitos legais e constitucionais ao não criarem o número de vagas prisionais suficientes ao tamanho da população carcerária brasileira, não

²⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ORDEM URBANÍSTICA. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PODER NORMATIVO MUNICIPAL. ART. 30, VIII, E ART. 182, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO DIRETOR. DIRETRIZES BÁSICAS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPREENSÃO. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, caput). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

viabilizando, assim, condições de segurança física, tampouco de saúde, alimentação, educação, trabalho, assistência social e acesso à jurisdição aos detentos.

Argumenta, ainda, que a União não estaria repassando os valores do Fundo Penitenciário – FUNPEN, aos Estados, apesar de disponíveis e necessários à melhoria da situação. O Poder Judiciário, por sua vez, não estaria observando os artigos 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia, providência que poderia reduzir a superlotação prisional. Também o Poder Judiciário estaria, sistematicamente, não considerando as medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. O Poder Legislativo, por sua vez, talvez influenciado pela mídia e pela opinião pública, estaria estabelecendo políticas criminais insensíveis ao panorama carcerário, também contribuindo para a superlotação das casas prisionais e para a falta de segurança na sociedade – “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.

No mérito o partido político proponente destaca o quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, argumentando o fato de as prisões serem “verdadeiros infernos dantescos”, destacando situações como celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e produtos higiênicos básicos, entre outros pontos.

Apenas com o intuito de contextualizar a análise com o tema de fundo do trabalho, passa-se a analisar o julgado com o enfoque dos argumentos em que a água potável foi referida, abandonando-se os demais pontos. A decisão conta com 210 páginas e entende-se que a análise de todos os pontos nela referidos irão desbordar o tema central do estudo. Assim sendo opta-se pelo recorte nos termos referidos.

Em seu voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio atem-se ao pedido principal, qual seja, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal de que o sistema prisional brasileiro caracteriza-se pelo denominado “estado de coisas inconstitucional”, ante a ocorrência massiva de violações contra os direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da

União, dos Estados e do Distrito Federal, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. O pedido final é que o Tribunal determine a esses poderes a adoção de providências, de conteúdo e natureza diversos, para afastar lesões aos preceitos fundamentais.

Por ocasião da análise do mérito da ação, o Ministro Marco Aurélio destaca, sob o subtítulo “A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro” (fl. 4) a falta de acesso aos presos de água, para banho e hidratação. Este ponto vem elencado no longo rol que trata das condições salubres mínimas que deveriam ser oferecidas nos presídios e delegacias.

Na sequência de seu voto, traz a análise do possível papel do Supremo no caso concreto diante da assertiva do requerente que estaria configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, do “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões da Corte Colombiana²⁷ para que se configure esta condição são necessários três pressupostos principais: a) a violação generalizada de direitos fundamentais; b) a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e c) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Diante disso, assevera que:

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. (Ministro Marco Aurélio, ADPF 347 MC/DF).

No entanto, acrescenta que a forte violação de direitos fundamentais, que alcançam a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justificaria uma atuação mais assertiva do Tribunal e seriam causa para autorizar a judicialização do orçamento, sobretudo considerando o fato de que os recursos previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados,

²⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004.

anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais.

Assim sendo, votou no sentido de deferir parcialmente a medida liminar requerida para determinar providências aos juízes e tribunais no sentido de motivarem, expressamente, a não utilização de medidas cautelares alternativas à prisão, bem como a determinação ou manutenção de prisão provisória; observância dos artigos 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para a realização das audiências de custódia; a reflexão acerca do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; o estabelecimento de penas alternativas à prisão, tendo em vista a reclusão ser cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo. Determinou, por fim, à União para que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização com finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Tribunal, apreciando os pedidos da medida cautelar formulados, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, deferiram a cautelar requerida.

O importante no presente voto e fundamental ao presente estudo foi o enquadramento, ainda que tangencial, do acesso à água potável como direito fundamental, mesmo não tendo previsão expressa no texto constitucional. Vê-se na análise do julgado que os Ministros consideraram o acesso à água potável no mesmo patamar de outros direitos e garantias fundamentais como o direito à vida ou à saúde, não havendo qualquer discussão que pudesse diferenciar aquele de direitos dessa natureza.

5.3 Análise Final dos Julgados

Como pode-se perceber ao longo da exposição das decisões e suas respectivas fundamentações o tema água potável vem sendo debatido pelo Poder Judiciário brasileiro, uma das facetas do poder institucionalizado.

Assim, à guisa de análise final tem-se as seguintes ponderações.

A primeira decisão trazida data de 1981. No cenário mundial, já havia ocorrido em 1977, na cidade de Mar del Plata, Argentina, a Conferência das Nações Unidas que se propunha a discutir diretamente sobre o tema “água”, conforme já explicitado no primeiro capítulo do presente estudo.

No cenário nacional, estava em vigor a Constituição de 1967, com redação da Emenda Constitucional nº 01, de 1969 que, de acordo com o já exposto, não dava nenhuma atenção maior ao assunto água potável, vez que apenas repetiu o texto da Carta Magna de 1946 que dedicava-se a questões sobre o domínio hídrico ser atribuído à União e aos Estados, restando excluídos os Municípios.

No caso concreto exposto foi determinado o corte no fornecimento de água potável a um cidadão por falta de pagamento e este procurou o Poder Judiciário, faceta do poder institucionalizado, para buscar o restabelecimento dos serviços. A alta corte brasileira, como resultado final à questão oposta, decidiu pelo restabelecimento dos serviços por motivos de saúde pública em oposição à legislação local que permitia o corte no caso de falta de remuneração.

Delineia-se neste ponto uma primeira preocupação do Poder Judiciário brasileiro, em consonância com o cenário que já vinha se estabelecendo na esfera mundial, de ter a água potável e seu acesso como um direito, ainda que a motivação principal tenha sido a preservação da saúde pública e não o direito individual do cidadão em ter a sua saúde individual e vida preservadas.

Dez anos mais tarde, em 1991, surge a segunda decisão comentada. Neste ponto, já se encontrava em vigor a Constituição Federal de 1988 que não previa a água e o seu acesso como direito fundamental do cidadão, mas, pode-se dizer que, ainda que de forma não satisfatória, abrangia uma previsão indireta a este direito no momento em que contemplava o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A decisão comentada deu-se em sede de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, uma análise do direito objetivo sem qualquer caso concreto específico em sua origem. A questão, essencialmente tributária, debateu a possibilidade ou não da incidência de ICMS, imposto estadual sobre o abastecimento de água potável canalizada, para uma resposta positiva, impedia que este fosse considerado uma mercadoria.

Muito bem se fez a decisão final da Corte no sentido de negar o abastecimento em análise como fato gerador da exação, afirmando, dessa forma, não ser este uma mercadoria, mas sim um serviço público essencial que deve ser fornecido à população em geral.

Tal posição faz com que ocorra um avanço em relação à decisão passada uma vez que garante, em controle difuso da constitucionalidade, o abastecimento de água potável como um direito garantido a todos e não uma simples mercadoria, precificável que tem seu fornecimento como um fato gerador de receita estatal.

A terceira decisão comentada foi exarada em 2010. Há essa época, já havia ocorrido, conforme salientado no capítulo 2, a Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente, em Dublin, na Irlanda (1992) onde havia sido reconhecida a água como recurso finito e vulnerável essencial para garantir a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente. Neste mesmo evento, foi instituído o “Dia Mundial da Água” tendo sido publicado o documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água” que apresentava a água como patrimônio do planeta (BRASIL, 2017).

No ano de 1997, conforme também já ressaltado no presente trabalho (capítulo 2), realizava-se no Marrocos o I Fórum Mundial da Água e, em 2002, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a água foi reconhecida como direito humano. Além disso, em 2004, o Uruguai dispôs, em seu texto constitucional, a água como direito humano fundamental, da mesma forma que em 2006, o IV Fórum Mundial da Água, realizado na Cidade do México, o fez.

Importante ressaltar que, em 2007, tentou-se através da PEC 39/2007, alterar a redação do artigo 6º da Constituição Federal Brasileira para incluir a água como um direito social.

Cabe ainda lembrar, que em 2009, por ocasião do 5º Fórum Mundial da Água, o Brasil, juntamente com os Estados Unidos, a França, o Egito e a Turquia, negaram-se ao reconhecimento da água como direito humano, sob o argumento de ser necessário proteger a soberania do País e evitar que o uso desse recurso acabasse afetado, de acordo com o já abordado no capítulo 2 supra.

Assim, neste contexto mundial, o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de concessão ou não de *habeas corpus* pelo crime de furto de água

potável. Adverte-se, apenas a título de esclarecimento que o Código Penal Brasileiro data de 07 de dezembro de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848/40).

Tal matéria chama atenção por considerar que para se configurar o crime de furto impende que haja uma *res furtiva*, ou seja, uma coisa alheia móvel que pode ser apreendida por terceiro, para si ou para outrem. Conforme se percebe, nos fundamentos do julgado, o crime teve por capitulação o artigo 155, §3º, do Diploma Penal que equipara à coisa móvel, passível de ser objeto do crime, a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Daí infere-se que a ação toda desenvolveu-se considerando-se a água potável uma “coisa” e mais, uma “coisa que tenha valor econômico”, uma mercadoria, portanto.

Interessante foi o posicionamento do Ministro Lewandowski que, apesar da discussão versar sobre o furto e este implicar em uma “coisa com valor econômico”, aludir que atualmente a água é um bem essencial à vida e, na sequência, que esta deve ser entendida como um bem fundamental.

A quarta ação relatada teve sua decisão final em 2013, sendo que no final de 2012 foi realizada uma nova tentativa da inserção da água e seu acesso como um direito social no Brasil, através da PEC nº 213/2012, que foi anexada a já existente PEC nº 39/2007.

Já se tem, nessa época, além da Constituição do Uruguay (1967, com modificações em 1989, 1994, 1996 e 2004), a Constituição do Equador (2008) e a Constituição da Bolívia (2009) todas reconhecendo a água como direito humano.

Trata-se, mais uma vez de controle concentrado da constitucionalidade contra legislação estadual que prevê a necessidade do Estado abastecer, com caminhões-pipa, sempre que houver interrupção no abastecimento normal de água.

Em um primeiro momento, vislumbra-se, com clareza, a ideia da legislação estadual em garantir o fornecimento de água ao cidadão, seguindo, portanto, a linha de que a água é um direito que não deve ser sonegado, no entanto, por argumentos meramente formais, mas pertinentes tendo em vista a ciência jurídica, a legislação restou afastada.

Um ponto negativo a ser lembrado é que, apesar da decisão ser do Tribunal Pleno, apenas o Ministro Marco Aurélio, dentre os 11 Ministros lá atuantes, lembrou ser a água um produto essencial, mas como esta não era a questão de fundo restou sem outro tipo de análise.

O que se percebe neste julgamento é que os aspectos formais foram sobrepostos à questão essencial que deveria ser analisada e que, em nome da boa técnica, não pode ser apreciada. Questiona-se, neste ponto, como o poder institucionalizado pode, em nome de um formalismo, esquecer-se da sua base. Sem o cidadão que concorda em conferir sua parcela de poder em nome de um poder maior que será o “gerente” dos interesses coletivos e públicos, ele não existiria.

Do mesmo ano, e sob o mesmo cenário, o próximo acórdão traz uma questão com fundo concreto uma vez que se trata de um recurso extraordinário, controle difuso da constitucionalidade, portanto.

Também versa sobre uma questão tributária envolvendo o ICMS em que se discute a natureza jurídica da água. O autor afirmava não ser a água uma mercadoria e, dessa forma, não seria fato gerador de ICMS. Tal questão foi já apreciada no segundo acórdão que se trouxe e já se teve a oportunidade de tecer comentários.

Um detalhe, aquela decisão era de 1991 e reconheceu que a água não era fato gerador da exação em questão. Esta, exarada em 2013, vinte e dois anos após a primeira, teve um debate consistente no sentido da água ser um bem essencial à vida, ainda que tenham ocorrido votos divergentes encarando a água como mercadoria e fato gerador, portanto, do imposto estadual.

Por fim, a última decisão comentada e mais recente, 2015, também foi proferida em sede de controle concentrado da constitucionalidade. A água, neste aresto, entra de forma tangencial, uma vez que se discute o estado das coisas inconstitucional havido no sistema carcerário brasileiro. A água é apontada, apenas colateralmente, como um direito a ser garantido ao detento.

Apesar disso, importante se fez a análise do presente julgado uma vez que é admitido a água potável e seu acesso como um direito a ser garantido pelo ente público a uma camada da população, qual seja, a população carcerária.

De todo o exposto entende-se que dos seis acórdãos analisados em cinco a água é tida e vista como um direito, sendo que em um apenas tenha restado reticente quanto a esta questão. O embate entre mercadoria e direito, no entanto, persiste na discussão dos votos, ainda que o direito acabe sendo vencedor.

Dentro do poder institucionalizado brasileiro percebe-se que apenas o Poder Judiciário está tentando modificar o cenário existente. O arquivamento dos projetos de emendas constitucionais que esclareciam o tema de forma definitiva demonstrou que o Poder Legislativo segue sem enfrentar a questão e propor uma solução.

O não reconhecimento pelo Estado brasileiro da água como direito humano, no momento em que não assina a convenção internacional acerca do tema tendo sob o argumento a soberania nacional, e tem-se aqui a representação do Poder Executivo, faz com que também esta faceta do poder institucionalizado afaste-se da temática.

O poder institucionalizado, portanto, sob este enfoque está se furtando de enfrentar e resolver o problema de uma forma mais efetiva. Sabe-se que o Poder Judiciário pouco pode fazer a respeito uma vez que depende de provocação para atuar, mas de todas as nuances do poder institucionalizado, previsto por Montesquieu, segue sendo o mais atuante e comprometido com sua origem, o interesse público e coletivo.

Como ideias globais da análise e unindo as pontas do até então tecido tem-se que a questão “água potável e seu acesso” apresenta-se de forma paradoxal. Por um lado sua faceta de direito é clara e superficialmente indiscutível. Como alguém ousaria demonstrar o contrário uma vez que esta é corolário de um bem maior que é a vida? Tal ideia é comum e corriqueira surgindo em muitas discussões e posicionamentos não só no Brasil como no mundo. Lugar comum e irrefutável, tanto para o cidadão, poder instituído e instituições não governamentais.

Por outro, um lado mais velado e obscuro, a ideia de mercadoria persiste. Vê-se isso quando se encontram argumentos de que a água potável é um produto tratado e não natural. Ou ainda, que esta é insumo para a produção de bens de consumo, como refrigerantes e pode ser apreendida por grandes tubulações. Ou mais, que é base para atividades como mineração e agropecuária. Ou, por fim, que

pode ser considerada, ou não, fato gerador de exação ou *res furtiva* em tipificação penal.

Neste conflito real de ideias o financeiro vem superando, em muito, o direito. Vive-se em uma sociedade de consumo, em uma realidade mercantilista. O poder institucionalizado que deveria, ter por fundamento, a defesa dos valores previstos na Constituição Federal como dignidade da pessoa humana e vida, fecha deliberadamente os olhos para esta situação denotando a ideia de que não é economicamente correto defender esta causa. Na balança entre direitos e economia vence a economia, pois representa os mais fortes, aqueles que têm condições de sustentar e auxiliar a pesada máquina estatal e os interesses mais relevantes sob a torta visão dos mais poderosos.

Mais simples, portanto, não constitucionalizar diretamente a questão sob pena de o Estado tornar-se responsável por garanti-la a todos. Enquanto o ponto vem sendo debatido, de forma superficial e, muitas vezes, tangencial por um dos braços do poder institucionalizado, justamente aquele que não deve agir a não ser que provocado, como é o Poder Judiciário, a questão permanece sob controle e isso é considerado um ganho por seus defensores. Fala-se de direito mas pratica-se a concepção de mercadoria.

Além disso, caso fosse considerado um direito, garantido a todos pelo poder institucionalizado como isso seria implementado? Qual o custo disso? É notória a precariedade dos sistemas de abastecimento de água no Brasil. Faltam equipamentos, pessoal, recursos para assegurar o então direito a toda população. Assim, melhor não se debater a questão tão a fundo. Será?

Um outro viés se impõe. Ao sedimentar a ideia de direito, pelo poder instituído, este poderá ter que prestar explicações, não só dentro dos contornos do seu território, mas também aos demais estados nacionais, lembrando-se sempre que o Brasil, como já se esclareceu no capítulo 2, é a maior reserva de água potável do mundo. Tal fato implicaria em compartilhar decisões, ou, ao menos, ter que prestar contas, aos demais, sobre os caminhos escolhidos para seguir, fato que abalaria a preservada soberania nacional.

Dessa forma, o paradoxo se estabelece e se posiciona no centro da cena: a água potável e o seu acesso devem ser considerados um direito a ser garantido a

todos, no entanto, a faceta do “não direito” se impõe, sub-repticiamente, no trato das relações institucionais que fingem que não existem dúvidas aquele respeito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um tema, cuja importância não necessita de maiores apresentações, a água potável e possibilidade de acesso livre e equânime a todos é, sem qualquer sombra de dúvida, uma questão relevante e que envolve a premissa maior de todo o planeta: a vida.

O reconhecimento como direito humano e sua positivação em todos os textos constitucionais é condição *sine qua non* e urgente que se estabelece a cada dia e a cada dia em que não é implementada torna-se um agravamento nas preocupações, plenamente palpáveis, de fim da existência. Exagero? Não.

Conforme foi apresentado no texto, tendo em vista as estimativas da UNESCO, entre 2011 e 2050 a população mundial crescerá 33% o que pode implicar um sensível aumento no risco de escassez de água. O déficit hídrico, em 2030, será de 40%, caso nenhuma ação seja implementada no atual cenário e, em 2025, a utilização humana do recurso poderá chegar a 90% do total disponível restando, assim, irrisórios 10% para os demais seres vivos... e não há como olvidar que o homem possui, em média, em seu corpo, 60% de água...

Assim, diante do caos que a cada dia mais se agrava, o reconhecimento do direito à água potável e ao seu acesso, através da sua positivação, é essencial para resguardar a condição humana mundial, assim como a sobrevivência de todos os demais seres vivos do globo terrestre.

De outra banda a utilização econômica da água em atividades rentáveis como mineração e fabricação de refrigerantes continua se desenvolvendo plenamente. Os estragos que tais atividades causam são imperceptíveis aos olhos dos poderosos que as detêm. O que interessa a vida diante do lucro? Tempo é dinheiro.

Tornar a água um direito, garantido a todos, é perigoso. Tanto é assim que os países latino-americanos, trazidos no presente estudo, que tiveram esta coragem inicial, em momentos posteriores reorganizaram suas legislações visando abrandar e relativizar o direito que haviam concedido como constitucional e amplamente garantido. Forças do mercado.

Até mesmo o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se considera ter reconhecido, oficialmente, a água como direito humano, em 2002, em seu “Comentário General n. 15”, traz um estranho e inexplicável confronto de ideias no momento em que une as expressões “direito humano à água” e “preços razoáveis” em uma mesma frase.

A par disso, ainda existem os argumentos, levantados nos julgamentos analisados, de que água potável é diferente de água *in natura*, assim, perfeitamente precificável uma vez que o processo para tornar a água em condições de uso dispense produtos químicos e tecnologia caras no mercado, sendo perfeitamente possível o repasse dos custos.

Dessa forma, urgente se faz um debate entre as dimensões econômicas, sociais e ambientais em torno do tema instituindo uma cooperação econômica internacional baseada no proveito mútuo como prevê, em um primeiro momento, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais citado no texto, pois nenhum povo pode ser privado de meios para sua sobrevivência.

A relação entre a água e os direitos humanos é íntima e essencial à vida e ao exercício de muitos outros direitos positivados e ocupantes dos mais altos patamares dos ordenamentos jurídicos, tanto brasileiros, quanto internacionais, assim, o direito ao seu acesso, deve ser interpretado como essencial à dignidade da pessoa humana e não apenas como bem economicamente rentável.

O Brasil é figura importante no cenário internacional nesse tema, uma vez que se acha detentor da maior parcela de água doce mundial. A positivação desse direito em nosso país, como um direito humano e fundamental, traria uma posição positiva, pois estabeleceria um equilíbrio entre as dimensões econômica e social existentes até o momento servindo, também, de alerta às demais nações sobre a importância de se pensar em preservar esse recurso natural tão essencial à sobrevivência de todo o planeta.

Dessa forma, entendeu-se necessário trazer ao presente estudo a questão do “poder instituído”, uma vez que este terá mais facilidade na implementação de regras para fazer valer um direito tão caro. Não se olvida, entretanto, os demais poderes, mas optou-se pelo instituído por entender-se ser este o de atuação mais rápida e eficaz na busca de soluções possíveis.

Tendo em vista a tripartição dos poderes vigente no Brasil tem-se que o Poder Legislativo tangenciou o tema sem nele interferir como deveria. Os diplomas legais que tratam sobre a água especificamente não a tratam como um direito humano e passível de ser garantido a todos. Além disso, as duas emendas constitucionais apresentadas para inserir o direito à água potável, primeira, e também o direito ao seu acesso, segunda, restam arquivadas sem qualquer perspectiva de retorno à tramitação, sendo, portanto, inexpressiva sua participação.

O Poder Executivo, por sua vez, limita-se a exercer a propriedade das águas que lhe foram conferidas pela Constituição Federal. Políticas públicas fazem-se necessárias nesta área, no entanto, não se pôde vislumbrar, no presente estudo, nenhuma que pudesse ser apresentada como paradigma ou, ao menos, início de interesse na garantia do direito.

Dessa forma, e na falta de legislação específica sobre o tema, debruçou-se a presente pesquisa na investigação dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário e considerado “Guardião da Constituição”. Deve-se frisar, aqui, que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana são postulados máximos contidos em nossa Carta Magna que vão além das previsões legais podendo servir de base para julgamentos em que não há texto legal expresso.

Tendo em vista tal premissa, foram analisadas seis decisões proferidas pela Corte Constitucional Brasileira e observou-se que a questão água potável e seu acesso apresenta-se, nos julgados, de forma paradoxal. Por um lado, mais evidente, é pronunciada como um direito indiscutível, no entanto esta é uma ideia derivada apenas do senso comum. Por outro lado, mais velado e obscuro, a ideia de mercadoria persiste e é a que comanda a cena: água potável é um produto, um bem de consumo, com valor e perfeitamente negociável.

Tanto é assim que em cinco dos seis acórdãos analisados, a questão sobre a água potável e o seu acesso somente chegou na mais alta corte a partir de uma abordagem econômica. Ora foi considerada *res furtiva*, ora discutiu-se ser mercadoria para fins de incidência de imposto, ou ainda analisou-se lei que obrigava a concessionária a prestar o serviço aos usuários, ou seja, discutia a impossibilidade de descontinuação do serviço apenas aos pagantes, sem qualquer preocupação em assegurar a universalidade do acesso.

Apenas em um único acórdão, e mesmo assim de forma tangencial, a água foi apresentada como um direito. Mas, de qualquer forma, a discussão de fundo referia-se às condições dos presídios brasileiros, e a água potável apenas foi arrolada como mais uma condição que deveria ser garantida ao detento. Ressalta-se que, nesse caso concreto, sequer foi concedida ordem judicial capaz de garantir efetivamente o seu acesso.

Dessa forma, não se pode dizer que a água potável e seu acesso seja considerada, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, um direito garantido a todos. O que se constatou, a partir da pesquisa realizada, quanto ao entendimento prevalente do STF, é que a água é uma mercadoria.

Assim sendo, percebe-se que o cenário brasileiro segue problemático em relação ao tema. A atitude displicente do Brasil, local onde se localiza o maior manancial de água doce do mundo, em não regulamentar e posicionar-se acerca da natureza da água potável demonstra uma atitude confortável e covarde. Com luminosidade, percebe-se que enfrentar este problema de frente e estabelecer regramentos pode ferir a parcela mais poderosa da população ou, até mesmo do governo instituído, independente de colorações partidárias, assim como abrir as portas a uma opinião internacional nos limites do seu território. Em tempos de soberania reluzente isso é inaceitável!

Dessa forma, encerra-se o presente debate que, como já se disse nas notas introdutórias, não tem a pretensão de esgotar o tema, mas pretende trazer à lume uma questão que segue sem solução imediata apesar do imediatismo das suas consequências diretas.

O paradoxo da água potável e seu acesso como direito e não direito deve ser encarado de frente pela população e pelo poder institucionalizado na busca de soluções concretas para o problema e isso somente irá ocorrer quando houver uma conscientização efetiva sobre qual o lado da balança importa mais.

Enfim, o direito à água potável e ao seu acesso devem se sobrepôr à ideia de mercadoria sob pena de buscarmos comprar vida em pequenos frascos em alguma farmácia de um futuro surreal.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1949, disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> , acesso em 26 de janeiro de 2019.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Água Doce: Direito Fundamental da Pessoa Humana*, 2017. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172 , acesso em 03 de março de 2017.

BARBOSA, Marília Costa. *Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado*. Revista Científica Faculdade Lourenço Filho. Vol. 5, n. 1, 2006. Disponível em: <http://www.amandaalmozara.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-da-Teoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf> , acesso em 14 de agosto de 2019.

BARROS, Fernanda Gene Nunes; AMIN, Mário M. *Água: um bem econômico de valor para o Brasil e para o mundo*. G&DR, vol. 4, n. 1, Taubaté, São Paulo jan/abr 2008. Disponível em <http://www.rbgdr.net/012008/artigo4.pdf> , acesso em 03 de setembro de 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *Tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Vilma Costa. *Classificação de Periódicos no Qualis/Capes. ICS/UFGA*. Disponível em http://www.biblioteca.ics.ufpa.br/arquivos/QUALIS-rev_26_11.pdf . Acesso em 20 de janeiro de 2019.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Trad. Carmen C Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Coord. João Ferreira. Brasília: Editora UnB. 11ª edição, 1998. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4197102/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf. Acesso em 29 de janeiro de 2019

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. In: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

BOLÍVIA. *Ley nº 2.029, del 29 de octubre de 1999. Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario*. Disponível em: <http://www.afcoop.gob.bo/wp-content/uploads/2017/06/Ley-2029-de-agua-y-saneamiento-b%C3%A1sico.pdf>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional Núm. 7, 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/Dialnet-JurisdicaoConstitucionalELegitimidade-761386.pdf> acesso em 07 de setembro de 2019.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 11ªed. Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS. *Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil*, 2013. Disponível em : http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil/ANA_Conjuntura_Recursos_Hidricos_Brasil_2013_Final.pdf acesso em 03 de março de 2017.

BRASIL. CÂMARA DE DEPUTADOS. *PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 39/07*, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951> , acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. CÂMARA DE DEPUTADOS. *PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 213/12*, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1035378&filenome=PEC+213/2012 , acesso em 4 de março de 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. *Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643compilado.htm acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. *Decreto Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0852.htm acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm acesso em 04 de março de 2017.

BRASIL. *Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894*. Rio de Janeiro. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>, acesso em 08 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp14.htm, acesso em 24 de setembro de 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Água – um recurso cada vez mais ameaçado*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/secex_consumo/arquivos/3%20-%20mcs_agua.pdf, acesso em 03 de março de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Proteção da Qualidade e do Abastecimento dos Recursos Hídricos: Aplicação dos Critérios Integrados no Desenvolvimento, manejo e Uso dos Recursos Hídricos*.1977 Disponível em:

http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap18.pdf , acesso em 03 de março de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Plano Nacional de Recursos Hídricos*, 2017, disponível em <http://www.mma.gov.br/agua/recursos-hidricos/plano-nacional-de-recursos-hidricos> acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO DO BRASIL. *Água Potável e Saneamento*. 2015. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015/sdg-overview/goal-6.html>, acesso em 05 de março de 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 94.320/SP* – Rel. Min. Moreira Alves – Segunda Turma – data julgamento 08/09/1981 – data publicação 03/11/1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187794>, acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 567 MC/DF* – Rel. Min. Ilmar Galvão – Tribunal Pleno – data julgamento 12/09/1991 – data publicação 04/10/1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346469> , acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 99054/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Primeira Turma – data julgamento 30/11/2010 – data publicação 24/03/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620918>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2340/SC* – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Tribunal Pleno – data julgamento 06/03/2013 – data publicação 10/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630010>, acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 607.056/RJ* – Rel. Min. Dias Toffoli – Tribunal Pleno – data julgamento 10/04/2013 – data publicação 16/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796854>, acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF* – Rel. Min. Marco Aurélio – Tribunal Pleno – data julgamento 09/09/2015 – data publicação 19/02/2016 . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>, acesso em 22 de setembro de 2019.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *Injusticia Ambiental y Derecho Humano al Agua*. Revista Thesis Juris. São Paulo, vo. 3, n. 2, jul/dec 2014. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/186/pdf> , acesso em 02 de setembro de 2018.

BRIEGER, Pedro. *Um hito histórico: a Guerra del Agua em Cochabamba*. Nodal Noticias de America Latina y el Caribe, 2017. Disponível em:

<https://www.nodal.am/2017/09/hito-historico-la-guerra-del-agua-cochabamba/>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

BRITOS, Nora. *El derecho al agua em la Nueva Constitución Política del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario de Bolivia*. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/5192/EI%20derecho%20al%20agua%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20de%20Bolivia.pdf?sequence=1> . Acesso em 25 de janeiro de 2019.

BUITRÓN, Ricardo. *Derecho humano al agua em el Ecuador*. In *¿Estado Constitucional de Derechos? – Informe sobre derechos humanos*. Programa Andino de Derechos Humanos. Ecuador 2009. Quito:Ediciones Abya-Yala. 2009. Disponível em: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/938/1/DDHH-Inf-7-Buitr%C3%B3n-Derecho%20humano%20el%20agua.pdf> . Acesso em 23 de janeiro de 2019.

_____. *La ley del agua – Ecuador*. INREDH. 2012. Disponível em: <https://www.inredh.org/index.php/archivo/derechos-humanos-ecuador/38-la-ley-de-agua-ecuador> . Acesso em 25 de janeiro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Vol. I e II 6ªed, Coimbra:Livraria Almedina, 1995.

CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves; MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes; BRITO, Mozar José de. *Relações de poder segundo Bourdieu e Foucault: uma proposta de articulação teórica para a análise das organizações*. Organizações rurais & agroindustriais, v. 7, n. 3 Universidade Federal de Lavras – UFLA. 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/193-209-1-PB.pdf>, acesso em 20 de agosto de 2019.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 5ªed. São Paulo:Saraiva Jur, 2018.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. São Paulo:AGIR-UnB, 1999. Disponível em: <https://bibliotecaonlinedahisfj.files.wordpress.com/2015/02/chevalier-j-as-grandes-obras-polc3adticas-de-maquiavel-a-nossos-dias.pdf> , acesso em 30 de julho de 2019.

COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid:CEPC, 1997.

COMISSION NACIONAL DEL AGUA. *Síntesis Del IV Foro Mundial del Agua*,Mexico:Martinez Austria P., van Hofwegen P. Editores. 2006, Disponível em <file:///C:/Users/samsung/Downloads/SintesisdelForo.pdf> , acesso em 03 de março de 2017.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ªed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1982.

COSTA, Margarida Regueira da; BORBA, Alexandre Luiz Souza ; OLIVEIRA, José Liberato de ; PEREIRA, Henrique Rodrigo de Oliveira; FRANÇA, Albino Ferreira de. *A proteção das águas: recurso natural limitado*, 2010. disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/viewFile/22949/15086> acesso em 05 de março de 2017.

CRUZ, H. P., COIMBRA, R. M., FREITAS, M. A. V. *Vulnerabilidade climática e recursos Hídricos do nordeste*. In: FREITAS, M. A. V. (Ed) "O Estado das Águas no Brasil – 1999". ANEEL/ MMA/ SRH – OMM, 1999.

CUEVA, Mario de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa, 1960, vol. I.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. *Justiça constitucional e direitos humanos: função constituinte do Tribunal Constitucional na proteção dos direitos humanos*. Recife, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3698/1/arquivo189_1.pdf , acesso em 08 de setembro de 2019.

DUARTE, Fernanda. VIEIRA, José Ribas (org.). *Teoria da Mudança Constitucional – sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro:Renovar, 2005.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortaInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf> . Acesso em 23 de janeiro de 2019.

EQUADOR. *Ley de Recursos Hidricos Usos y Aprovechamiento del Agua*. 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 25 de janeiro de 2019.

FERREIRA, Luciane. *Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano*. Revista de Direito Público, Londrina, vol. 6, n. 1, jan/abr 2011. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8141/8445> , acesso 02 de setembro de 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. *As Pesquisas denominadas “Estado da Arte”*. Educação & Sociedade, ano XXIII, n. 79, Agosto, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v23n79/10857.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes. RAITZ, Tânia Regina. *As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas*. RAP – Rio de Janeiro. mar/abr 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf> . Acesso em 29 de janeiro de 2019.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 27ª ed. São Paulo:Edições Graal. 2009.

FRANCO JR., Hilário. *A Idade Média: nascimento do ocidente*. 2ª ed. São Paulo:Brasiliense, 2001. Disponível em: http://www.letras.ufrj.br/veralima/historia_arte/Hilario-Franco-Jr-A-Idade-Media-PDF.pdf , acesso em 06 de fevereiro de 2019.

GARCIA, Maria Manuela Alves. *O campo das produções simbólicas e o campo científico em Bourdieu*. Caderno de Pesquisas, n. 97, p. 64-72. São Paulo, 1996, disponível em: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/Dialnet-OCampoDasProducoesSimbolicasEOCampoCientificoEmBou-6209279.pdf> , acesso em 21 de agosto de 2019.

GOMES, Gustavo França. *Conflitos socioambientais e o direito à água*. São Paulo:Outras Expressões, 2013.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. Ed. Ícone, São Paulo-SP, 1993.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad, João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 1651, s.d. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, acesso em 03 de agosto de 2019.

JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. Disponível em: http://raycydio.yolasite.com/resources/dicionario_de_filosofia_japiassu.pdf . Acesso em 29 de janeiro de 2019.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2001.

LINERA, Miguel Presno. *La estructura de las normas de derecho fundamentales*. In FREIJEDO, Francisco J. Bastida e outros. *Teoria General de los Derechos Fundamentales em la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madri:Tecnos, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, tomo IV.

_____. *Textos Históricos do Direito Constitucional*, 2ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional*. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra:Coimbra Editora, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo:Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf , acesso em 15 de agosto de 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2000.

_____. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, São Paulo:Atlas, 2000.

NEUTZLING, Inácio (org.). *Água: bem público universal*. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos das Águas*. Disponível em : http://www.pucsp.br/ecopolitica/documentos/seguranca/docs/declaracao_direitos_agua_onu.pdf , acesso em 04 de março de 2017.

ONU. *Direito Humano à Água e Saneamento. Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC)*. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf , acesso em 03 de março de 2017.

ONU. *Direito Humano à Água e Saneamento. Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC)*. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf , acesso em 03 de março de 2017.

ONU. *Resolution Adopted by the Human Rights Council 16/2 The human right to safe drinking water and sanitation*, 2011. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/16/2 , acesso em 03 de março de 2017.

PAES DE BARROS, R. et al. *Determinantes do desenvolvimento na primeira infância*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010. (Textos para Discussão, n. 1478). Disponível em: . Acesso em: 12 ago. 2013

PIERRI, Raúl. *Reforma constitucional garante a água como um bem de domínio público*. IPS/Agência Envolverde, 2004. Disponível em: <http://www.agirazul.com.br/a2/a2/000001f7.htm> . Acesso em 23 de janeiro de 2019.

PINHEIRO, Maria Cláudia Buchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais – a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917*. 2006. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais>. Acesso em 1º de maio de 2017.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: OFFICE APERFEIÇOAMENTO E PROMOÇÕES S/C LTDA. 2002, disponível em http://www.comitepcj.sp.gov.br/download/EA_Direito-Aguas-Brasil.pdf, acesso em 05 de março de 2017.

RENS, Ivo. *Histoire des Doctrines Politiques*. 2000. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/contemporains/rens_ivo/histoire_doctrines_politiques/histoire_e_doctrines%20pol.pdf?, acesso em 03 de agosto de 2019.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1965..

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte:Del Rey, 2002, Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=CVPNyM4iurwC&pg=PA426&lpg=PA426&dq=1701+ato+do+estabelecimento+poder+judiciario&source=bl&ots=-SK_r9P-V&sig=ACfU3U3u5BhvjfYw_ZoaQf4lwDAcqLStRg&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj7kpjioYPkAhXpKrkGHV_VDuAQ6AEwBXoECAkQAQ#v=onepage&q=1701%20ato%20do%20estabelecimento%20poder%20judiciario&f=false, acesso em 14 de agosto de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

_____. Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre:Livraria do Advogado.2009.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011.

_____. Algumas notas sobre a relação entre os Direitos Fundamentais e o Processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde. 2013. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/257-artigos-nov-2013/6333-algumas-notas-sobre-a-relacao-entre-os-direitos-fundamentais-e-o-processo-o-caso-da-controversia-entre-a-tutela-processual-individual-e-ou-transindividual-do-direito-a-saude-1>, acesso em 1º de maio de 2017.

SASSEN, Saskia. *Expulsões. Brutalidade e Complexidade na Economia Global*. (Trad.) Angélica Freitas. São Paulo:Paz &Terra, 2016.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 1996.

SHULTZ, Jim. *La guerra del agua em Cochabamba y sus secuelas. Desafiando la Globalización*. Disponível em: http://democracycctr.org/dc_old/wp-content/uploads/2011/10/desafiando_2.pdf . Acesso em 28 de janeiro de 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo:Malheiros Editores, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed., São Paulo:Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Pedro. *Qué implica la ley de Riego y por qué es cuestionada? El Observador*, 2017. Disponível em: <https://www.elobservador.com.uy/nota/que-implica-la-ley-de-riego-y-por-que-es-cuestionada-20171029500> . Acesso em 23 de novembro de 2019.

SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA JR. Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder – Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo:Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA, Manuel Nascimento de. *O direito fundamental à água potável*, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10330 acesso em 05 de março de 2017.

STANFORD. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/bodin/#Bibl> , acesso em 03 de agosto de 2019.

TÔRRES, João Camilo de Oliveira. *A Democracia Coroada*. Brasília:Edições Câmara. 2017 Disponível em: [file:///C:/Users/samsung/Downloads/democracia coroadada camilo.pdf](file:///C:/Users/samsung/Downloads/democracia%20coroada%20camilo.pdf) . Acesso em 06-02-2019.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado Moderno*, São Paulo:Brasiliense, 1989.

TRENGONE, Anaclara. *La ley de riego implica um avance em la privatización del agua*. Ecos. 2018. Disponível em:

<http://ecos.la/UY/13/Sociedad/2018/02/06/20879/la-ley-de-riego-implica-un-avance-en-la-privatizacion-del-agua/> . Acesso 23 de janeiro de 2019.

UNESCO, *Relatório Água e Emprego – Fatos e Números*, 2016. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002440/244041por.pdf> , acesso em 03 de março de 2017.

URUGUAY. *Constitución de la Republica Oriental del Uruguay*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/47> . Acesso em 23 de janeiro de 2019.

URUGUAY, *Ley nº 19.553, de 16-11-2017*. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu8857001077713.htm> Acesso em 23 de janeiro de 2019.

URUGUAY. *Ministerio de Vivenda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Plan Nacional de Águas. 2015/2017*. Disponível em: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/Plan-Nacional-de-Aguas.pdf> . Acesso em 23 de janeiro de 2019.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. *Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out/dez, 2007. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/942/1115> , acesso em 22 de novembro de 2017

VIGO, Rodolfo, *Presente de los derechos humanos y algunos desafios – com motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994*. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol.I. Tomo I. Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2005.

ANEXO
ARTIGOS ENCONTRADOS NO ESTADO DA ARTE APRESENTADO
CATEGORIAS DE ANÁLISE: DIREITO/ÁGUA

PERIÓDICOS A1

ARTIGO/AUTORES/LINK	ANO DE PUBLICAÇÃO	CONTINENTE PAIS ESTADO	UNIVERSIDADE
<p>A gente tem acesso de favores, né?”. A percepção de pessoas em situação de rua sobre os direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário</p> <p>Neves-Silva, Priscila, Martins, Giselle Isabele and Heller, Léo.</p> <p>http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2018000305019&lng=en&nrm=iso</p> <p>Cadernos de Saúde Pública</p>	2018	América do Sul – Brasil – MG	Instituto René Rachou – Fundação Oswaldo Cruz
<p>The crisis in water supply: how different it can look through the lens of the human right to water?.</p> <p>Heller, Léo.</p> <p>http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015000300447&lng=en&nrm=iso</p> <p>Cadernos de Saúde Pública</p>	2015	América do Sul – Brasil – RJ	Instituto René Rachou – Fundação Oswaldo Cruz
<p>O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis</p> <p>Neves-Silva, Priscila and Heller, Léo</p> <p>http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000601861&lng=en&nrm=iso</p> <p>Ciência Saúde Coletiva</p>	2016	América do Sul – Brasil – RJ	Instituto René Rachou – Fundação Oswaldo Cruz
<p>Determinants in implementing a public policy for an essential volume of free water in Bogotá and Medellín, Colombia.</p>	2016	América do Sul – Brasil – RJ	Instituto René Rachou – Fundação Oswaldo Cruz

Vargas, Laura and Heller, Léo http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300719&lng=en&nrm=iso Ciência Saúde Coletiva			Cruz
The human right to water and sanitation: a new perspective for public policies Brown, Colin, Neves-Silva, Priscila and Heller, Léo http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300661&lng=en&nrm=iso Ciência Saúde Coletiva	2016	América do Sul – Brasil – RJ	Instituto René Rachou – Fundação Oswaldo Cruz
A Educação Ambiental como estratégia de mobilização social para o enfrentamento da escassez de água Piccoli, Andrezza de Souza et al. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300797&lng=en&nrm=iso Ciência Saúde Coletiva	2016	América do Sul – Brasil - RJ	Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fiocruz
O contexto global e nacional frente aos desafios do acesso adequado à água para consumo humano. Augusto, Lia Giraldo da Silva et al. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000600015&lng=en&nrm=iso Ciência Saúde Coletiva	2012	América do Sul – Brasil - PE	Departamento de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fiocruz

PERIÓDICOS A2

ARTIGO/AUTORES/LINK	ANO DE PUBLICAÇÃO	CONTINENTE PAÍS ESTADO	UNIVERSIDADE
PREVISÃO PELO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA NO SEMIÁRIDO BRASILEIRO: uma aplicação dos modelos Box-Jenkins	2014	América do Sul – Brasil – MA	Faculdade de Ciências Humanas/ Universidad e Federal de

<p>Guilherme Nunes Martins, Wellington Ribeiro Justo</p> <p>http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3165/1246</p> <p>Revista de Políticas Públicas</p>			<p>Pernambuco e Universidade Regional do Cariri</p>
<p>A PROBLEMÁTICA DA ÁGUA NA AGENDA GOVERNAMENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (1920-1991)</p> <p>Rodrigo Furtado Eça, Ana Paula Fracalanza, Pedro Roberto Jacobi</p> <p>http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/1515/553</p> <p>Revista de Políticas Públicas</p>	2013	América do Sul – Brasil – SP	Universidade de São Paulo
<p>ASPECTOS REGIMENTAIS DO COMITÊ DA BACIA DO PARANÁ III: bases para se pensar a gestão ambiental integrada</p> <p>Maril Renate Von Borstel Roesier</p> <p>http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3786/1878</p> <p>Revista de Políticas Públicas</p>	2005	América do Sul – Brasil – PR	UNTOESTE - Campus de Toledo
<p>ANÁLISE DA GESTÃO HÍDRICA em São Paulo À LUZ DO REFERENCIAL DE JOAN SUBIRATS</p> <p><i>Guilherme Barbosa Checco</i></p> <p>http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/8256/5111</p> <p>Revista de Políticas Públicas</p>	2017	América do Sul – Brasil – SP	Universidade de São Paulo
<p>O Serviço Social na Política Nacional de Recursos Hídricos: demandas e desafios de atuação na perspectiva do usuário</p> <p>Desirée Cipriano Rabelo, Sheila Perim Albuquerque Lopes, Taísa da Rosa Barros Proeza</p> <p>http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/7506/10640</p> <p>Ser Social</p>	2014	América do Sul – Brasil – ES	Universidade Federal do Espírito Santo

PERIÓDICOS B1

ARTIGO/AUTORES/LINK	ANO DE PUBLICAÇÃO	CONTINENTE PAÍS ESTADO	UNIVERSIDADE
<p>The evolution of the law and politics of water Erik Mostert https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12685-009-0009-0.pdf AQUACULTURE INTERNATIONAL</p>	2009	Europa – Holanda	Delft University of Technology
<p>Perdiéndonos en la ciudad: el consumo responsable como mensaje, la ciudad de Madrid como ecosistema comunicativo Concepción Piñeiro, María José Díaz http://atheneadigital.net/article/view/v12-n1-pineiro-diaz/917-pdf-es Athenea Digital – Revista de Pensamiento e Investigacion Social</p>	2012	Europa - Espanha	Universidad Autónoma de Madrid
<p>A política regulatória do uso da água: estudo de caso para o estado do Paraná Márcia Gonçalves Pizaia, Rozane Alves, Marcia Regina Gabardo da Câmara, Antonio Edésio Jungles, Rita de Cássia de Oliveira Gomes, Marcia Regina Godoy http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/caderno_sebape/article/view/4893/3627 Cadernos EBAPE.BR (FGV)</p>	2004	América do Sul – Brasil - RJ	Universidade e Federal de Santa Catarina/Uni versidade de Brasília/Fac uldade Metropolitan a Londrinense (
<p>Legislação e políticas de proteção de águas subterrâneas nos cenários nacional e internacional: tendência e resultados práticos Rosemari Fabianovicz, Gerson Cardoso da Silva Junior http://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index</p>	2007	América do Sul – Brasil – RJ	Universidade e Federal do Rio de Janeiro

<p>php/geociencias/article/view/1662/1454</p> <p>Revista Geociencias</p>			
<p>Cobrança do uso da água e comportamento dos usuários industriais na bacia hidrográfica do Piracicaba, Capivari e Jundiaí</p> <p>Jacques Demajorovic, Carla Caruso, Pedro Roberto Jacobi</p> <p>http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/54973/53671</p> <p>Revista de Administração Pública</p> <p>Vol 4, n. 5</p>	2015	América do Sul – Brasil - RJ	Universidade de São Paulo e Centro Universitário da FEI
<p>A outorga de usos da água como instrumento de gerenciamento dos recursos hídricos</p> <p>João Gilberto Lotufo Conejo</p> <p>http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8665/7396</p> <p>Revista de Administração Pública</p> <p>Vol 27, n. 2</p>	1993	América do Sul – Brasil - RJ	Escola Politécnica da Universidade de São Paulo
<p>Ação comunicativa na gestão de um serviço privatizado de água e esgotos: uma avaliação em Cachoeiro de Itapemirim (ES)</p> <p>Marluce Martins de Aguiar, Léo Heller, Elza Machado de Melo</p> <p>http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7133/5679</p> <p>Revista de Administração Pública</p> <p>Vol 46, n. 6</p>	2012	América do Sul – Brasil - RJ	Instituto Federal do Espírito Santo e Universidade Federal de Minas Gerais
<p>A cobrança pelo uso da água bruta e a estimação da função demanda residencial por água</p> <p>Márcia Gonçalves Pizaia, Bernardo Pinheiro Machado, Antonio Edésio Jungles</p> <p>http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8995/8016</p>	2002	América do Sul – Brasil - RJ	Centro Universitário de Belo Horizonte e Universidade Federal de Minas Gerais

<p>Revista de Administração Pública Vol 36, n. 6</p>			
<p>Identificando correntes teóricas de planejamento: uma avaliação do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) Rogério Braga Silveira, Léo Heller, Sonaly Rezende http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/articloe/view/8995/8016 Revista de Administração Pública Vol 47, n. 3</p>	2013	América do Sul – Brasil - RJ	Centro Universitário de Belo Horizonte e Universidad e Federal de Minas Gerais
<p>“Publicização”, uma alternativa aos extremos da privatização e da estatização: um estudo de caso do Sisar, no setor de água e saneamento Luciano Teixeira Schweizer, Kurt Nieradtka http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/articloe/view/6375/4960 Revista de Administração Pública Vol 35, n.2</p>	2001	América do Sul – Brasil - RJ	
<p>Gestão de recursos hídricos: fundamentos e aspectos institucionais Eduardo Riomey Yassuda http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/articloe/view/8663/7394 Revista de Administração Pública Vol 7, n.2</p>	1993	América do Sul – Brasil - RJ	Universidade São Paulo
<p>Conflitos por águas e alocação negociada: o caso do vale dos Carás no Ceará Maria Inês Teixeira Pinheiro, José Nilson B. Campos, Ticiania M. de Carvalho Studart http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/articloe/view/7054/5611 Revista de Administração Pública</p>	2011	América do Sul – Brasil - RJ	Universidade Federal do Ceará

Vol 45, n.6			
<p>A regulação e a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil</p> <p>Glória Conforto</p> <p>http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/articloe/view/6311/4901</p> <p>Revista de Administração Pública</p> <p>Vol 34, n.5</p>	2000	América do Sul – Brasil - RJ	
<p>Hacia una ecología política del agua en Latinoamérica</p> <p>Avila-García Patricia</p> <p>https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/revistas55.2016.01</p> <p>Revista de Estudios Sociales (en línea)</p>	2016	América do Sul - Colômbia	Universidad Nacional Autónoma de México
<p>Gobernanza del agua: pensar desde las fluctuaciones, los enmarañamientos y políticas del día a día</p> <p>Diana Bocarejo Suescún</p> <p>https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/revistas63.2018.09</p> <p>Revista de Estudios Sociales (en línea)</p>	2018	América do Sul - Colômbia	University of Chicago (USA)
<p>A proteção da água potável enquanto bem comum da humanidade: uma leitura a partir de Vandana Shiva</p> <p>Caroline Ferri, Karine Grassi</p> <p>http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/17864/17427</p> <p>Revista do Direito Público</p> <p>v. 9 n. 3</p>	2014	América do Sul – Brasil – Paraná	Universidad e de Caxias do Sul
<p>Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano</p>	2011	América do Sul – Brasil – Paraná	PUC Paraná

<p>Luciane Ferreira</p> <p>http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8141/8445</p> <p>Revista do Direito Público</p> <p>v. 6 n. 1</p>			
<p>A dominialidade privada dos recursos hídricos em face do desenvolvimento sustentável</p> <p>Nicanor Henrique Armando, Maristela Aparecida Oliveira Valadão</p> <p>http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/15249/13116</p> <p>Revista do Direito Público</p> <p>v. 8 n. 2</p>	2013	América do Sul – Brasil – Paraná	Escola Superior Dom Helder Câmara
<p>Intervenção do estado sobre o domínio econômico por meio da extrafiscalidade em prol da segurança ambiental</p> <p><i>Marlene Kempfer Bassoli, Isabella Faddul de Almeida</i></p> <p>http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8449/8454</p> <p>Revista do Direito Público</p> <p>v. 6 n. 1</p>	2011	América do Sul – Brasil – Paraná	PUC Paraná

PERIÓDICOS B2

ARTIGO E LINK	ANO DE PUBLICAÇÃO	CONTINENTE PAÍS ESTADO	UNIVERSIDADE
<p>CONHECIMENTO: UM ESTUDO DA APRENDIZAGEM DE UMA INSTITUIÇÃO PÚBLICA DO SETOR DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E SANEAMENTO</p> <p><i>Janine Pereira da Silva, Luciano Fernandes Monteiro, Thatiana Gomes Menezes da Costa, Marconi Freitas da Costa</i></p> <p>https://www.apqs.ufv.br/index.php/apqs/article/view</p>	2009	América do Sul – Brasil – Minas Gerais	UNESC, FASEP e UFPI

<p>w/18/113 Revista Administração Pública e Gestão Social Vol. 1 n. 4</p>			
<p>Direitos Humanos à Água e ao Saneamento e a Política de Saneamento Básico no Brasil Juliana de Senzi Zancul https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/151/355 Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário Vol.4 n. 2</p>	2015	América do Sul – Brasil – Distrito Federal	FUNASA Ministério da Saúde Brasília
<p>Eficiência produtiva das empresas prestadoras de serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto nos municípios mineiros Diego Pierotti Procópio, Maikon Santiago Maia, Silvia Harumi Toyoshima, Adriano Provezano Gomes http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_gestao/article/view/2285/1638 Gestão e Regionalidade v. 30, n. 90</p>	2014	América do Sul – Brasil – São Paulo	Universidade Federal de Viçosa
<p>Injusticia Ambiental y Derecho Humano Al Agua Álvaro A. Sánchez Bravo http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/186/pdf Revista Thesis Juris V. 3, n.2</p>	2014	America do Sul – Brasil – São Paulo	Universidad de Sevilla