

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, José Fernando Vidal De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-298-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Ambiental.
3. Socioambientalismo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A presente obra é mais um trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Desta feita a reunião dos artigos é proveniente do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, realizado na cidade de Curitiba, nos dias 7 a 10 dezembro de 2016, e sediado pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho (GT) de “Direito Ambiental e Socioambientalismo I” e pela organização desta obra.

O GT de “Direito Ambiental e Socioambientalismo I” se dedica a estudar os principais temas de Direito Ambiental, concebido como um importante instrumento de regulação social, bem como o Direito socioambiental que se propõe a estudar a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade social, contribuindo para a redução da pobreza e das desigualdades ao promover valores como equidade e justiça social, para superação dos limites do sistema jurídico proprietário e individualista.

Com efeito, no dia 08 de dezembro de 2016, os vinte e um artigos ora selecionados, após avaliação feita por pares, por meio do método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

Para facilitar a leitura, a obra foi dividida em oito temáticas distintas, a saber: a) temas de direito ambiental material; b) direito ambiental internacional; c) recursos hídricos; d) o estatuto da cidade e saneamento básico; e) meio ambiente cultural; f) direito a alimentação; g) aspectos de defesa da fauna; h) estudos de caso.

Assim, a primeira temática, Temas de direito ambiental material é composta de quatro artigos. O primeiro intitulado: “A responsabilidade ambiental e proteção dos direitos individuais homogêneos”, Karla Karolina Harada Souza explica a importância da responsabilidade ambiental, discutindo-a nas esferas nacional e internacional, diante do

conceito do meio ambiente como bem difuso e seus reflexos no nível difuso, coletivo e direitos individuais homogêneos. Na sequência, José Fernando Vidal de Souza e Daiane Vieira Melo Costa apresentam o artigo “O terceiro setor no contexto do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade”, no qual apreciam as organizações do terceiro setor no âmbito brasileiro, que são caracterizadas como associações reguladas pelo direito privado que surgem como resposta à prestação inadequada dos serviços públicos pelo Estado Social de Direito, bem como, o princípio da sustentabilidade, como direito fundamental de terceira dimensão, é abordado no âmbito do direito à solidariedade e uma análise crítica dos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. O terceiro artigo denominado “Aspectos relevantes da implantação do licenciamento ambiental simplificado em novos empreendimentos de interesse social”, de autoria de Camila Rabelo de Matos Silva Arruda e Fátima Cristina Santoro Gerstenberger promovem uma análise dos aspectos relevantes do problema da falta de habitações populares que gera ocupação irregular em áreas de risco, interfere na qualidade de vida e coloca em risco a integridade dos moradores, mostrando aspectos de relevância sobre o licenciamento ambiental simplificado. Por fim, fecha o bloco, o artigo “Competência em matéria ambiental” de Paulo Pereira Leite Filho, que se dedica a examinar a sobreposição de ordens jurídicas e a manifestação compartilhada do poder político, por órgãos autônomos e não hierarquizados entre si, bem como a repartição de competência ambiental vigente no Brasil.

A temática seguinte, Direito Ambiental Internacional, reúne outros quatro artigos. Abre o grupo o artigo de Paula Galbiatti Silveira e José Rubens Morato Leite, denominado “Novos rumos do estado de direito ecológico”, que se propõe a examinar os novos rumos do Estado de Direito Ecológico, a partir dos deveres do Estado, incorporando os direitos da natureza e o fortalecimento da proteção dos processos ecológicos essenciais. Na sequência tem-se o artigo “Apropriação da sociobiodiversidade e a nova colonialidade latino-americana: limites e possibilidades para a construção de um regime sui generis”, de Evilhane Jum Martins e Jerônimo Siqueira Tybusch, cujo objetivo é analisar os paradigmas que atrelam a América Latina ao processo de colonialidade relativamente à apropriação da sociobiodiversidade, com possíveis soluções desde um regime sui generis, com a expectativa de subverter a ordem posta enquanto instrumento regional que equilibre interesses na esfera pública, notadamente nos sistemas da economia, política, direito, ecologia e cultura. Depois, Cristiano Aparecido Quinaia e Alfredo Luis Papassoni Fernandes, discutem em a “Função social ambiental da propriedade e o princípio do bem-viver na constituição equatoriana”, os novos paradigmas impostos pela constituição equatoriana, ao instituir o princípio do bem viver (sumak kawsay), elevar a natureza à condição de sujeito de direitos (Pacha Mama), bem como a função social da propriedade imóvel à proteção ambiental. Por derradeiro, em a “Governança ambiental global e mudança climática: perspectivas de uma efetiva governança global para a justiça

ambiental e climática pós-acordo de Paris”, Charles Alexandre Souza Armada e Ricardo Stanziola Vieira destacam os problemas decorrentes da Governança Ambiental Global no novo cenário de mudança climática planetária e salientam a importância da Justiça Ambiental, da Justiça Climática e do desenvolvimento da Governança Global para o meio ambiente, a partir da 21ª Conferência das Partes e do Acordo de Paris.

O terceiro grupo de artigos destaca a importância dos Recursos Hídricos. Nessa temática temos dois artigos. O primeiro denominado, “Amazônia Legal: tutela hidrojurídica das águas no Brasil e no Estado do Tocantins”, Leonardo Leite Nascimento enfatiza que o Estado do Tocantins foi um dos pioneiros a regulamentar a tutela das águas da Amazônia Legal, através da Lei nº 1.037/02, que estabeleceu a Política Estadual de Recursos Hídricos e a partir dessa assertiva examina os principais instrumentos hidrojurídicos no Brasil e no Tocantins para concluir a importância da elaboração do Plano de Recursos Hídricos Estadual, mas, ao mesmo tempo, a dificuldade para implantação de instrumentos de gestão hídrica fundamentais. Depois, Aleph Hassan Costa Amin no artigo “O acesso à água: análise a partir de decisões da corte interamericana de direitos humanos” enfatiza que o acesso à água é um dos principais conflitos do século XXI e, sendo assim, entende que o Estado deve adotar políticas públicas que garantam tal acesso. Para tanto, se propõe a examinar as decisões da Corte IDH com o objetivo de identificar o fundamento jurídico do acesso à água.

A quarta temática trata do Estatuto da Cidade e Saneamento Básico. O primeiro artigo de Maria Claudia da Silva Antunes de Souza e Hilariane Teixeira Ghilardi cuidam da “Avaliação ambiental estratégica e sua aplicabilidade no Estatuto da Cidade” destacando a Avaliação Ambiental Estratégica e sua aplicabilidade no Estatuto da Cidade, para estudar os principais fatores do desenvolvimento urbano sustentável, com o escopo de sua implantação nos planos diretores. Depois em “O pseudoprincípio da universalização do acesso no esgotamento sanitário brasileiro”, Patrícia Leal Miranda de Aguiar e Ana Luiza Novais Cabral se dedicam a examinar a universalização do acesso no esgotamento sanitário e a dificuldade de sua implantação a toda população, de forma igualitária. Por fim, Lorena Saboya Vieira e Alessandra Anchieta Moreira Lima De Aguiar apresentam “Política Nacional de Resíduos Sólidos e o programa Minha Casa Minha Vida: reflexão acerca da garantia ao direito à moradia digna e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” e refletem sobre a lei nº 12.305/10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, bem como as medidas ambientais de forma multidimensional e multidisciplinar, nos Programas Minha Casa Minha Vida (PMCMV), amplamente desenvolvidos no Brasil.

Na sequência, dois artigos compõem a quinta temática, denominada Meio Ambiente Cultural. O primeiro de Márcia Rodrigues Bertoldi e Rosane Aparecida Rubert, intitulado

“Conhecimentos tradicionais em comunidades quilombolas da cidade de Piratini (RS)” se propõe a examinar as comunidades quilombolas localizadas na cidade de Piratini-RS, com a identificação das práticas sustentáveis originadas de seus conhecimentos tradicionais, bem como promover assistência para salvaguardar tais saberes, visando a conservação dos ecossistemas locais, o incremento da equidade social e os modos de organização econômica, tudo para a efetivação dos direitos ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente equilibrado. No segundo artigo: “O valor do patrimônio cultural para a inclusão social, Priscila Kutne Armelin e Roseli Borin tratam da importância do patrimônio cultural e, para tanto, apresentam uma nova perspectiva da valorização do patrimônio cultural para a inserção na sociedade da cultura de povos que estão à sua margem.

O Direito à Alimentação é a sexta temática. O primeiro artigo desse grupo, “Combate ao desperdício de alimentos para a erradicação da fome e alcance da dimensão social da sustentabilidade: lineamentos dos projetos de lei do Senado Federal 672/15, 675/15 e 738 /15”, de André Luiz Staack e Célia Regina Capeleti se preocupam com o conceito do desenvolvimento sustentável em sua dimensão social voltada para a erradicação da fome. Assim, examinam os projetos de lei 672, 675 e 738, todos datados de 2015, que estão em trâmite no Senado Federal e que podem influenciar nas políticas públicas de erradicação da fome no Brasil. O segundo artigo de Romina Ysabel Bazán Barba e Nivaldo dos Santos é dedicado ao “Direito à Alimentação e o Protocolo De Nagoya”, no qual a problemática do Direito à Alimentação é apreciada ótica da falta de equidade, justiça social e degradação ambiental. Assim, a partir do Protocolo de Nagoya, novo instrumento internacional de acesso e repartição dos recursos genéticos, as autoras analisam a geopolítica da fome, o uso indiscriminado de agrotóxicos, o monopólio das sementes e as mazelas do processo de manutenção e circulação do mercado alimentício.

A sétima temática, Aspectos de Defesa da Fauna, reúne dois artigos. O primeiro “Ecocentrismo constitucional e a expansão da sustentabilidade para além da vida humana”, de Victor Trevilin Benatti Marcon e Rafael Fernando dos Santos, partem da visão ecocêntrica, examinando seus principais pontos, inclusive à luz da Constituição Federal e a positivação de direitos às espécies animais, a fim da manutenção da vida em geral, e não apenas da vida humana. No segundo artigo, de Bruna Hundertmarch e Nathalie Kuczura Nedel, intitulado a “Farra do boi: um embate entre o direito à cultura e a proibição de tratamento cruel dos animais”, as autoras apresentam os problemas decorrentes da denominada Farra do boi, praticada em festas no litoral catarinense. Examinam os conceitos de crueldade contra os animais, o direito fundamental à cultura e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e buscam dirimir a problemática a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Os dois últimos artigos que compõem a presente obra apresentam estudos de casos. O primeiro intitulado “O julgamento da ADPF 316 e a questão ambiental no entorno do corredor de exportação do porto de Santos”, de Luciano Pereira de Souza e Marcelo Lamy apresenta as considerações que envolvem a ADPF 316 pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar liminarmente ação de controle de constitucionalidade da lei municipal que limitou atividade de terminais graneleiros no Porto de Santos, reconheceu que a lei local invadiu competência privativa da União para explorar atividade portuária e legislar sobre portos e o contraponto da degradação da qualidade do ar no entorno do corredor de exportação portuário. Na sequência, David Figueiredo Barros do Prado e Karina Caetano Malheiro, apresentam o artigo “Breve estudo do caso Shell em Paulínia-SP - prevenção, precaução e dano ambiental”, no qual os princípios da prevenção e da precaução são estudados, a partir da apresentação do caso paradigmático da empresa Shell, sediada na cidade de Paulínia-SP, que produziu durante anos, organoclorados altamente tóxicos, responsáveis pela poluição dos lençóis freáticos da região e danos à saúde de seus funcionários e dos moradores do bairro Recanto dos Pássaros, sendo certo, também, que após mais de trinta anos, a poluição ainda persiste no local.

Com isso, desejamos a todos uma proveitosa e saborosa leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – UNINOVE

Profa. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

**O ACESSO À ÁGUA: ANÁLISE A PARTIR DE DECISÕES DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**ACCESS TO WATER: ANALYSIS OF DECISIONS FROM THE INTER-
AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Aleph Hassan Costa Amin

Resumo

O acesso à água é um dos principais conflitos do século XXI. Compatibilizar disponibilidade e demanda é um dos desafios da humanidade. Como alternativas para solucionar esta problemática, tem-se a perspectiva que trata a água como um direito e a que a analisa pelos preceitos mercantis. Assim, fica claro a necessidade de encontrar o fundamento jurídico adequado para exigir do Estado políticas públicas que garantam este acesso. Desta forma, o SIDH apresenta a resposta para esta divergência. Portanto, este trabalho tem como escopo analisar decisões da Corte IDH com o objetivo de identificar o fundamento jurídico do acesso à água.

Palavras-chave: Acesso à água, Direito à água, Corte interamericana de direitos humano

Abstract/Resumen/Résumé

Access to water is one of the major conflicts of the twenty-first century. Reconcile availability and demand is one of the challenges facing humanity. As alternatives to solve this problem, there is the perspective that treats water as a right and that the analyzes by market principles. Thus, it's clear the need to find the legal basis to require the state public policies that guarantee this access. Thus, the Inter-American System has the answer. Therefore, this paper has the objective to analyze the decisions of the Inter-American Court in order to identify the legal basis of access to water.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to water, Right to water, Inter-american court of human rights

1 INTRODUÇÃO

“Água é fonte de vida”. Notória expressão que se espalha pelos quatro cantos do planeta e que demonstra a imprescindibilidade deste bem ambiental para que o ser humano possa crescer e se desenvolver com dignidade, fato que justifica a necessidade de garantir a todos o acesso a este recurso natural.

Diante desta importância, ao analisar sua distribuição natural, percebe-se que 75% da superfície terrestre é revestido de água. Esta proporção trouxe uma falsa impressão de abundância que permeou o inconsciente humano durante muito tempo.

Hodiernamente, esta percepção foi desconstituída, pois, apesar da grande quantidade de água existente no planeta, o percentual de água doce é de apenas 2,5%, enquanto o de água salgada, que é imprópria para o consumo humano, é de 97,5%. Dentro do percentual de água doce, 30,5% seria de água disponível, encontrada em rios, lagos e água subterrânea, enquanto 69,5% seria de água indisponível, localizada em geleiras e calotas polares. Assim, estatisticamente, o percentual de água doce disponível representa cerca de 0,52% do total de água encontrada em todo o globo.

Apesar de numericamente parecer uma quantidade pequena, se este recurso natural fosse corretamente utilizado e seu ciclo natural corretamente respeitado, presume-se que este bem ambiental não perderia sua qualidade e a capacidade de resiliência ambiental estaria mantida.

Acontece que esta presunção não leva em consideração um dos fatores que mais influencia na qualidade ambiental, que é o crescimento populacional. Hoje, 1,1 bilhão de pessoas são regulamentadas por uma situação de escassez e quase 2,5 bilhões não possuem acesso aos serviços de saneamento básico.

Observa-se, portanto, o fracasso de Estados, de organizações internacionais e da comunidade internacional de sanar e satisfazer a necessidade básica do acesso à água, pois pesquisas apontam que até 2050 o número de países convivendo com estresse hídrico será em torno de 48 a 60.

Algumas análises mais pessimistas indicam que, para o mesmo período, é possível que 3/4 da população esteja convivendo com este problema (CAMDESSUS; BADRE; CHERET; TENIERE-BUCHOT, 2005, p. 20).

Desta forma, um dos principais problemas a ser resolvido neste século diz respeito a garantia do acesso universal à água e se este acesso pode ser considerado como um direito humano básico.

Diante desta problemática, a Assembleia Geral realizada pela Organizações das Nações Unidas (ONU) no dia 28 de julho de 2010, reconheceu o direito humano fundamental de acesso a água. Contudo, não foi a primeira vez que este direito foi pauta de reconhecimento.

No ano de 1977, numa conferência em Mar del Plata realizada pela ONU, ficou reconhecido que o acesso a este recurso é um direito, e que todas as pessoas possuem este direito de ter acesso a uma quantidade mínima de água de qualidade, para satisfazer as necessidades humanas básicas (SCANLON; CASSAR; NEMES, 2003, p. 123).

A Agenda 21, que destina seu capítulo 18 para tratar da qualidade e distribuição de água, reforça os preceitos da convenção de 1977 ao afirmar que todos os povos, “quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, tem direito ao acesso a água potável em quantidade e qualidade a altura de suas necessidades básicas” (SCANLON; CASSAR; NEMES, 2003, p. 123).

Neste contexto de afirmação e proteção dos direitos humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ganhou destaque continental. Firmou-se como forte mecanismo coletivo regional de proteção.

As decisões da Corte Interamericana, que são deliberações vinculantes aos países que se submetem a sua jurisdição, ajudam a estabelecer o correto alcance e sentido protetivo das normas de direitos humanos.

Diante destes posicionamentos, a pergunta que norteará o presente trabalho será a seguinte: qual o fundamento jurídico do acesso à água de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Com a problemática apresentada, este trabalho objetiva delimitar se a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpreta o acesso à água como um direito ou como um recurso natural regulado pelos instrumentos de mercado, ou seja, uma commodity.

A metodologia utilizada no presente trabalho em termos conceituais e de utilização dos resultados, apresenta-se como uma pesquisa pura, pois a solução para a

problemática terá como único fim a ampliação dos conhecimentos (BOOTH; COLOMB; WILLIAMS, 2000, pg. 71).

Em relação aos objetivos, configura-se como pesquisa exploratória, pois visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo explícito ou construir hipóteses, através da utilização de levantamento bibliográfico, para a definição e diferenciação das perspectivas da água como direito ou como commodity (FILHO, 2009, p. 104),

Em relação ao ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa será um estudo de caso, envolvendo três decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (FILHO, 2009, p. 107).

Estruturalmente, no primeiro ponto será abordada a diferença entre o acesso à água como um direito ou como uma commodity. Posteriormente, tem-se um breve estudo acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Finalmente, analisar-se-á três decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a finalidade de responder o problema proposto.

2 ACESSO À ÁGUA: DIREITO OU COMMODITY?

Em 1992, a Conferência Internacional de Água e Meio Ambiente (ICWE) realizada em Dublin, resultou na elaboração de uma Declaração que no seu artigo 4^o dispõe acerca do princípio o qual aponta que a água deve ser valorada economicamente em decorrência de seus múltiplos usos.

Diante desta axiologia, reconhece-se que todos os seres humanos devem ter acesso à água potável e ao saneamento, mediante o pagamento de um preço “acessível, já que ao se fixar que a gestão da água tem como ponto de partida sua natureza econômica, este seria o meio mais eficiente para alcançar o uso racional e incentivar a conservação e a proteção dos recursos hídricos.

¹ “ *Water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic*

A água é um elemento essencial à vida humana. Assim, qual a consequência do reconhecimento deste recurso natural como bem econômico²? A importância do reconhecimento da gestão da água como um bem econômico, significa que este recurso será utilizado de tal forma a maximizar seu múltiplo uso. Este processo de alocação de utilização da água será, então, regulado pelos instrumentos de mercado, decorrente desta valoração econômica (GLEICK; WOLFF; CHALECKI; REYES, 2002, p. 6).

Desta forma, o valor de mercado agregado a este recurso natural é catalisador do processo de transformação da água em *commodity*, também chamado de commoditização ou mercantilização da água³ (*commodification*).

Entretanto, diferentemente de outros recursos naturais transformados em commodities, a água não possui apenas um valor de mercado (*market value*), possui também um valor fora do mercado (*non-market value*). A diferença entre estas duas perspectivas não é monetária, como será analisado seguidamente.

Ao se tratar do valor de mercado, é possível visualizá-lo nas trocas de bens e serviços ou no comportamento das pessoas em agregar certa medida de valor a algo. Dispor-se a pagar alta quantia por algo, mostra que tal bem tem alto valor, pois a este foi agregado certa medida de valor, o que o torna em algo valioso (MOSS; WOLFF; GLADDEN; GUTTIERIEZ, 2003, p. 16).

O valor fora do mercado estaria numa posição subjacente ao valor de mercado (MOSS; WOLFF; GLADDEN; GUTTIERIEZ, 2003, p. 17). Para visualizar esta condição, imagine-se um iceberg. Enquanto o valor de mercado pode ser considerado como a parte visível, acima do nível do mar, o valor fora de mercado seria a parte encoberta pela água.

A fronteira entre estes valores muda constantemente de acordo com a expansão do mercado ou também de acordo com as transações de mercado que passam a ser proibidas, que neste caso pode ser representada pelo nível do mar.

Assim, o valor fora do mercado pode ser expresso em situações que não envolvam transações de mercado, como, por exemplo, na adoção de políticas públicas. Desta forma, grande parte da tensão em torno do valor da água é decorrente

² Qualquer bem ou serviço que tenha valor para mais de uma pessoa. Pode-se incluir todos os tipos de bens, inclusive bens sociais. Um bem que não é econômico é aquele que não tem valor ou tem valor apenas para uma pessoa.

³ Processo de conversão de um bem ou serviço submetido as regras sociais desassociada dos valores de mercado e um bem regulado exclusivamente regulado pelos instrumentos de mercado.

deste nível mais profundo e também do temor de que o gerenciamento da água não mais se baseie neste nível, mas sim na abordagem regulada exclusivamente pelos instrumentos de mercado (MOSS; WOLFF; GLADDEN; GUTTIERIEZ, 2003, p. 17).

O reconhecimento do acesso à água como commodity e o direcionamento da sua gestão como um bem econômico, pode fazer com que a população mais pobre seja privada daquele acesso (GLEICK; WOLFF; CHALECKI; REYES, 2002, p. 7), o que faria com que a experiência vivenciada por esta parcela da sociedade fosse semelhante a um cenário de escassez.

Esta perspectiva torna o direcionamento econômico contraditório em si mesmo, pois um dos fatores que valora a água com um bem econômico, é o que o considera como o meio “mais eficiente” para combater a escassez deste recurso. É contraditório, pois pode levar grupos de pessoas ao panorama que na sua essência conceitual pretende evitar.

Dentro desta lógica, não se pensa o acesso à água como um direito, mas sim como uma necessidade vital. Enquanto na primeira linha de raciocínio se reconhece que é de responsabilidade da coletividade assegurar as condições necessárias e indispensáveis para garantir o acesso, a segunda admite que, por ser uma necessidade vital, não se pode falar em responsabilidade coletiva (PETRELLA, 2004, p. 13).

Neste caso, seria de incumbência de cada indivíduo conseguir os meios para suprir suas necessidades, isto porque esta lógica afirma que a necessidade é variável e depende de cada pessoa e apenas ela pode determinar como satisfazer. Portanto, quem deseja consumir, deve pagar (PETRELLA, 2004, p. 13).

Como forma de contrapor esta guinada em direção ao mercado e para evitar que o acesso à água seja regulado exclusivamente por valores mercantis, encontra-se a corrente que acredita que a água não pode ser tratado como uma commodity, mas sim como um direito.

D'Isep (2010, p. 41) aponta que a afirmação do valor econômico da água não pode servir como subsídio para que a administração deste bem seja feita pelos preceitos mercantis, mas sim para que haja incidência de princípios jurídicos a fim de otimizar e preservar o acesso através do direito das águas⁴.

Portanto, a manifestação econômica deve ser harmonizada com o uso individual, aquele voltado para satisfazer as necessidades básicas de cada cidadão e

⁴ Segundo D'Isep (2010, p. 58-61), o direito de águas seria a disciplina jurídica que visa a proteger o ciclo hídrico, constituindo-se de todos os instrumentos jurídicos capazes de viabilizar o acesso à água.

também por ser bem essencial à humanidade, com o controle do Poder Público, que deve garantir seu uso múltiplo, prioritário e significativo (D'ISEP, 2010, p. 41).

D'Isep (2010, p. 42) indica que apesar da escassez ser vetor para atribuição do valor econômico, a água não pode ser enquadrada automaticamente na política econômica, pois não tem características exclusivas de commodity. Esta valoração deve contribuir para a garantia do acesso qualitativo e quantitativo de todos.

Desta forma, ao se falar que água não pode ser vista como uma simples commodity, mas sim como um direito, baseia-se no entendimento que todos os seres humanos devem ter acesso a uma quantidade suficiente de água, em termos de qualidade e quantidade, capaz de satisfazer as necessidades básicas de cada ser humano, sem deixar completamente de lado preceitos econômicos, como a cobrança pelo uso, mas que nesta perspectiva seria subsidiária a garantia do direito (SCANLON; CASSAR; NEMES, 2003, p. 118).

Em seguida, antes de analisar as duas perspectivas estudadas acerca do acesso à água a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, trate-se dos aspectos gerais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Antes de se tratar das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionados ao acesso à água, é necessário fazer um breve histórico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos .

O sistema foi criado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José, em 1969. A OEA é formado por 35 países e é aberta para todos os países do continente que queiram participar. Estes países, conjuntamente, tem trabalhado para estruturar um sistema regional que promova e proteja os direitos humanos no continente(PASQUALUCCI, 2003, p.3).

A Convenção define a competência de dois órgãos, a da já estabelecida Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como meio para garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes (PASQUALUCCI, 2003, p. 4) .

Além de tratar de do funcionamento da Comissão e da Corte, a Convenção, que contém 82 artigos, define os instrumentos e os direitos protegidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, a Parte I da Convenção define deveres do Estado de zelar pelo respeito aos direitos garantidos na Convenção (RAMOS, 2015, p. 225).

Desta forma, os Estados que fazem parte do Sistema assumem o compromisso sobre uma obrigação de não fazer, que se traduz na limitação do poder público face aos direitos do indivíduo, pois, como já definiu a Corte, o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 225).

Além da obrigação citada, a Convenção também define uma obrigação de fazer, que consiste na estruturas do Estado capazes de prevenir, investigar e também de punir toda violação aos Direitos Humanos. Ao falar neste atribuição, poderá o Estado ser processado perante o sistema estabelecido na Convenção (RAMOS, 2015, p. 225).

Somado a estes instrumentos protecionistas, a Convenção elenca os direitos que serão protegidos por este. Assim, traz um rol de direitos civis e políticos, no qual se incluem o direito à vida, à liberdade, à integridade pessoal, ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome, a um julgamento justo, à proteção judicial, à privacidade, à liberdade de consciência, à liberdade de expressão, à liberdade de associação, à nacionalidade, à propriedade privada, dentre outros (RAMOS, 2015, pg. 225-226).

Há, também, referência aos direitos econômicos, sociais e culturais, feita em apenas um artigo, impondo ao Estado que busque de modo progressivo e nas medidas de seus recursos a implementação destes direitos (RAMOS, 2015, p. 226).

A Corte, que é formada por sete juízes escolhidos pelos Estados-partes em Assembleia Geral da OEA, impõe ao Estado punido o dever de cumprir integralmente sua sentença, que abrange, além da declaração de violação, as obrigações de reparação (RAMOS, 2015, p. 259).

Portanto, os julgamentos e opiniões proferidas pela Corte tem uma significativa contribuição para o desenvolvimento internacional dos direitos humanos e para e sanar as divergências com espectro tradicional da matéria (PASQUALUCCI, 2003, p. 326).

Diante da destacada importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o próximo item deste trabalho, que responderá a pergunta proposta

na introdução, analisará o fundamento jurídico do acesso à água estabelecido a partir dos precedentes judiciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

4 DIREITO À ÁGUA DE ACORDO COM A CORTE INTERMAERICANA

A Convenção Americana de Direitos Humanos, como mencionado, faz previsão acerca da necessidade de proteção de diversos direitos, entretanto, não possui disposição expressa acerca do acesso à água.

Apesar de não estar consagrado em nenhum documento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte tem, reiteradamente, tratado deste acesso de forma específica.

Assim, como destacado no início do trabalho, a análise das decisões a seguir objetiva delimitar qual o fundamento jurídico a Corte atribui ao acesso à água, se é mercadoria, ou seja uma simples commodity, ou se este acesso deve ser garantido como direito.

4.1 CASO COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK vs. PARAGUAY

O caso analisado relaciona-se a alegada responsabilidade internacional do Estado do Paraguai pela falta de garantia do direito de propriedade ancestral da Comunidade Indígena *Xákmok Kásek* e seus membros, já que desde 1990 tramitava administrativamente no país solicitação acerca de reivindicação territorial da Comunidade.

De acordo com a demanda, a demora para o atendimento da solicitação causou diversas violações aos direitos da Comunidade que vão além da demora ao registro legal da propriedade, pois perpassam vulnerabilidades alimentícia, médica e sanitária, o que ameaçaria a integridade e a sobrevivência dos seus membros.

Assim, de acordo com os fatos apresentados por ambas as partes, a Corte decidiu que o Estado não adotou medidas suficientes e efetivas para garantir sem

discriminação os direitos dos membros da Comunidade *Xákmok Kásek*, conforme o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação aos direitos reconhecidos nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 e 19 do mesmo instrumento⁵.

Em relação à violação do artigo 4.1⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o direito à vida, a Corte entendeu que o acesso à água estaria diretamente relacionado a este Direito. Desta forma, delimitou que o direito à vida só poderia ser concretizado através da garantia de uma quantidade mínima de água.

No caso em análise, verificou-se que os membros da Comunidade tinham acesso à uma quantidade de 2,17 litros de água diariamente, enquanto que os critérios internacionais definem que a quantidade mínima deveria ser de 7,5 litros de água por dia⁷.

Além deste aspecto, a Corte estabeleceu que o acesso deve ser concretizado através da oferta de água de qualidade, que não represente riscos à saúde daqueles que consomem. Neste contexto, o direito à vida digna apenas se sustentaria a partir da garantia de um direito à água, em termos de quantidade e qualidade.

4.2 CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA vs. PARAGUAY

Semelhante ao caso anterior, o Paraguai estava sendo acusado de não reconhecer a personalidade jurídica da comunidade indígena *Yakye Axa*, no que tange a concessão da titularidade suas terras ancestrais, o que a acarretou na ocupação de local inóspito, que apresentava condições de vida precárias. Tal situação, de acordo com a demanda apresenta à Corte, era clara violação aos direitos à vida, à propriedade coletiva, ao devido processo e à proteção judicial.

⁵ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentença de 24 de agosto

⁶ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

⁷ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentença de 24 de agosto de 2010, par. 195. “La Corte observa que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene”.

A Corte considerou, mais uma vez, que a relação que os membros da comunidade mantêm com sua terra, é meio propulsor para o exercício de seus demais direitos, como à defesa de sua cultura, integridade e sobrevivência econômica

Assim, o Estado foi obrigado a identificar o território tradicional dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa e entregá-lo de maneira gratuita, em um prazo máximo de três anos contados a partir da notificação da Sentença⁸

O Paraguai foi condenado, também, pela violação dos arts. 4.1 (direito à vida), 8 (garantias judiciais e proteção judicial) , 21 (direito à propriedade) e 25 (garantias judiciais e proteção judicial).

No que tange o acesso à água, a Corte apontou, neste caso, que as afetações especiais no direito à saúde, e intimamente vinculadas com este, no direito à alimentação e no acesso à água limpa impactam, de maneira direta, no direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à educação ou o direito à identidade cultural⁹.

Percebe-se que a Corte entende que o acesso à água, deve ser considerado como um direito, por estar intrinsicamente ligado a concretização de outros direitos.

No caso da comunidade em destaque, o acesso a suas terras ancestrais e ao uso e desfrute dos recursos naturais que nelas se encontram estão diretamente vinculados com a obtenção de alimento e o acesso à água limpa¹⁰. Desta forma, para que os membros possam exercer seus direitos enquanto povos indígenas e possam usufruir do seu modo ancestral de viver, deve-se falar em um direito humano à água.

A esse respeito, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Corte destacou que a especial vulnerabilidade de muitos grupos de povos indígenas cujo acesso às terras ancestrais poderia estar ameaçado, poderia inviabilizar o exercício do direito à vida digna, em razão da dificuldade de meios para obter água limpa¹¹.

⁸ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de junho de 2005, par. 242

⁹ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de junho de 2005, par. 167

¹⁰ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de junho de 2005, par. 167

¹¹ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de junho de 2005, par. 167

4.3 CASO DEL PUEBLO SARAKAMA vs. SURINAM

O povo Saramaka, que é uma comunidade tribal do Suriname, alegou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a falta de reconhecimento da personalidade jurídica por parte do Estado, o que impedia que seus integrantes pudessem exercer seus direitos territoriais e de acesso aos recursos naturais.

Em decorrência da admissibilidade e julgamento do caso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Suriname foi obrigado a delimitar, demarcar e outorgar o título coletivo do território dos membros do povo Saramaka, de acordo com seu direito consuetudinário e por meio de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais¹².

O Estado foi condenado pela violação dos arts 3 (direito ao reconhecimento), 8, 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

De acordo com a Corte, a água limpa é um recurso natural essencial para que os membros do povo Saramaka possam realizar suas atividades econômicas de subsistência, como a pesca. Observa-se, então, que este recurso natural seria afetado por atividades de extração relacionadas com outros recursos naturais que não são tradicionalmente utilizados ou essenciais para a subsistência do povo Saramaka e, portanto, de seus membros¹³.

Assim, ficou reconhecida a importância do acesso à água limpa, não somente para o povo Saramaka, mas também para outros povos indígenas ou tribais, para que possam desenvolver suas atividades de subsistência, como a pesca.

A Corte apontou, também, que o acesso à água significa mais do que meramente uma fonte de subsistência para o Povo, pois é fonte necessária para a continuidade da vida e da identidade cultural dos membros, formando parte de sua essência social, ancestral e espiritual¹⁴.

Diante dos julgados, responde-se a pergunta apresentada no começo deste trabalho. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o acesso à água em

¹² CORTE IDH. Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentença. 28 de novembro de 2007. Par. 214.

¹³ CORTE IDH. Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentença. 28 de novembro de 2007. Par. 126.

¹⁴ CORTE IDH. Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentença. 28 de novembro de 2007. Par. 82.

um direito, que tem como fundamento a garantia de uma quantidade mínima e de qualidade.

Além disso, de acordo com o entendimento da Corte, percebe-se que a água não poder ser tratada como uma simples commodity, posto que a concretização de diversos direitos passam pelo acesso a este recurso.

Neste perspectiva, atribuir fundamentos jurídicos de direitos humanos ao acesso à água, é um processo hermenêutico possível de acordo com Alexy (2008).

Alexy (2008) pondera que existem normas que são estruturalmente abertas, o que exige a existências de instrumentos que possam efetivar os direitos previstos normativamente. Esta relação existente entre direito normativamente previsto e os instrumento necessário para sua concretização, é chamada de relação de refinamento (ALEXY, 2008, p. 72).

Assim, existem direitos que não estão previamente expressos em textos normativos, mas isso não significa que não existam. Podem ser encontradas por atribuição, razão pela qual Alexy (2008, p. 73) irá chama-las de normas fundamentais atribuídas.

Esta norma necessita de uma argumentação jurídica ao direito expresso que a sustente, ou seja, deve existir uma correta fundamentação relacionada aos direitos humanos para alocar o acesso à água nesta categoria.

Portanto, ao tratar o acesso à água como um direito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos admite a existência de direitos humanos não escritos, implícitos, que podem ser deduzidos por ato interpretativo a partir do catálogo de direitos previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso do acesso à água, este direito pode ser deduzido do direito à vida, por haver uma relação de refinamento entre eles. Mas não é apenas com este direito que existe esta relação. Como já apontado, a água tem valores que perpassam o econômico, o social e o ambiental, decorrente da sua multiplicidade de usos.

Assim, sua importância não está relacionada apenas ao direito à vida. Isto significa dizer que a fundamentalidade do acesso à água pode ser explicada por outros direitos humanos expressos na Convenção. Neste contexto, D'isep (2010, p. 71) defina a água como um verdadeiro catalisador de direitos.

Tendo como base o conceito de norma fundamental atribuída, é possível dizer que o acesso à água é um direito humano por guardar relação de refinamento com o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à igualdade etc.

Para exemplificar, é necessário se falar na proteção da cultura, da subsistência, da saúde dos povos indígenas, assim reconhecidos nos casos analisados, pois trata-se de direitos e valores intangíveis pelos instrumentos mercantis. A solidificação de uma cultura exclusivamente econômica em relação ao acesso água, limitaria e violaria diversos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por este motivo, fundamentando-se no argumentos apresentados pela Corte, o acesso à água não é mercadoria, mas sim um direito e os instrumentos mercantis devem ser utilizados como meio para garantia deste, não como fim em si mesmo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado no decorrer deste trabalho, o acesso à é imprescindível para que o ser humano possa se desenvolver com dignidade. Diante desta importância e dos números que apontam para uma crise de abastecimento, vários instrumentos internacionais reconhecem este acesso como um direito humano fundamental. Este direito abarca o acesso tanto em termos de quantidade mínima, como em termos de qualidade.

No sentido contrário a este raciocínio, existe a perspectiva que acredita que em razão de ser um recurso finito, a água deve ser regulamentada como uma commodity, através de instrumentos de mercado, o que possibilitaria a utilização consciente, evitando-se um cenário de escassez.

A partir destas noções, após tratativa acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, analisou-se decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tratam do fundamento jurídico do acesso à água.

De acordo com as decisões analisadas, a Corte entende que, mesmo sem previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, existe um direito à água que deve ser reconhecido e protegido, por ser vetor a concretização de outros, explicitamente previstos na Convenção.

Assim, a Corte reconhece que a água possui valores que ultrapassam a concepção econômica, razão pela qual não poderia ser entendida como simples commodity, com o acesso regulado pelos instrumentos de mercado. Existem valores sociais, ambientais, intrinsecamente ligados à realização de uma vida digna, que a

concepção de mercantil simplesmente não abarca. Portanto, antes de ser mercadoria, a Corte reconhece à existência do direito à água, fundamentada nos valores da Convenção Americana de Direitos Humanos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

CAMDESSUS, Michel; BADRE, Bertrand; CHERET; TENIERE-BUCHOT, Pierre-Frédéric. **Oito Milhoes de Mortos por Ano. Um escandulo Mundial**. Rio de Janeiro. Ed. Bertrand Brasil. 2005.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Milton Cordeiro de Farias. **Noções Gerais de Pesquisa. Uma abordagem didática**. São Paulo. Ed. Baraúna. 2009

GLEICK, Peter H.; WOLFF, Gary; CHALECKI, Elizabeth L.; REYES, Rachel. **THE NEW ECONOMY OF WATER: The Risks and Benefits of Globalization and Privatization of Fresh Water**. Oakland. Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security. 2002

MOSS, Jack; WOLFF, Gary; GRAHAM GLADDEN, Graham; GUTTIERIEZ, Eric. **Valuing water for better governance: how to promote dialogue to balance social, environmental, and economic values?**. Business and Industry CEO Panel for Water, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva. 2015

SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. **Water as a human right?** In BENJAMIN, A.H. (org.): *Direito, Água e Vida. Law, Water and the web of life.* Organizado por Antonio Herman Benjamin. São Paulo. Imprensa Oficial, 2003.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter American Court of Human Rights.** New York. Cambridge University Press. 2003.

PETRELLA, Ricardo. **A água. O desafio do bem comum.** In: *Água: bem público universal.* São Leopoldo. Ed. Unisinos. 2004