

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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 Napolini 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

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino; Saulo José Casali Bahia; Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-521-8

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Proteção.
4. Direito Fundamental. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Esta coletânea congrega as ricas contribuições anunciadas no Grupo de Trabalho (GT) “Direito Internacional dos Direitos Humanos I”, realizado por ocasião do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em São Luís/MA, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, tendo como tema principal do evento “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”.

Nesse sentido, apraz-nos abrir as portas do conhecimento indicando os dezoito artigos apresentados e amplamente debatidos, os quais se encontram abaixo sintetizados:

1. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. Este artigo de autoria de João Hélio Ferreira Pes, teve por objetivo analisar o reconhecimento do acesso à água como um direito fundamental decorrente dos tratados internacionais de Direitos Humanos internacionalizados pelo Estado Brasileiro.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS: BREVE ANÁLISE DAS RECENTES POLÍTICAS RESTRITIVAS NA EUROPA E EUA, de Leticia Mirelli Faleiro Silva Bueno e Dorival Guimarães Pereira Júnior. O artigo examina a questão da política de fechamento das fronteiras adotadas pela União Europeia e pelos EUA, bem como aborda a questão da resistência de certos países em receber refugiados em seus respectivos territórios.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. O autor, Felipe José Nunes Rocha, aborda a justiça de transição a partir da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando a contribuição das decisões para a efetivação das medidas justransicionais na América Latina.

4. ANÁLISE PROCEDIMENTAL COMPARATIVA DO ACESSO AO SISTEMA DE PROTEÇÃO EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Este artigo elaborado pelos autores, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino e João Paulo Borges Bichão, teve como objetivo examinar a estruturação orgânica dos sistemas regionais, europeu e interamericano, no âmbito de proteção internacional dos Direitos Humanos, além

de promover uma análise comparativa dos procedimentos de acesso nas Cortes Internacionais.

5. AS REPARAÇÕES AS VÍTIMAS DE TORTURA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Arnelle Rolim Peixoto, analisa a importância do estabelecimento das reparações às vítimas de tortura na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. BREVE ANÁLISE JURÍDICA SOBRE OS DESLOCAMENTOS HUMANOS: UM ENSAIO ENTRE O DISCURSO POLÍTICO DA AGENDA INTERNACIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Aloísio Alencar Bolwerk e Grazielle Cristina Lopes Ribeiro promovem um estudo sobre os tipos de imigração, decorrentes das diferentes motivações que ensejam a classificação em diferentes categorias. Analisam, ainda, o discurso político constante da Agenda Internacional, a partir do exame entre a dignidade da pessoa humana e a soberania dos Estados.

7. A EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM SOBRE SEU FUNCIONAMENTO E CUMPRIMENTO DE SUAS DECISÕES. O artigo, de autoria de Gustavo Assed Ferreira e de Isis de Angellis Pereira Sanches, estuda a responsabilidade internacional dos Estados, especialmente, em relação ao não cumprimento das obrigações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos Estados signatários.

8. CONSTITUCIONALISMO DA CARTA DA ONU E SOBERANIA ESTATAL: LEGITIMIDADE DA NÃO INTERVENÇÃO NA VISÃO DA SÍRIA E DO CONFLITO ÁRABE-ISRAELENSE EM JERUSALÉM. Em seu texto, Bruno Bernardo Nascimento dos Santos, aborda a dificuldade da Organização das Nações Unidas (ONU) de se impor perante a soberania dos Estados e a legitimidade da não intervenção nos conflitos armados na Síria e no conflito árabe-israelense.

9. DA PIRÂMIDE À BÚSSOLA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO PRO HOMINE E SEU USO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. O trabalho, elaborado por Gilberto Schäfer e Jesus Tupã Silveira Gomes, objetiva um exame aprofundado sobre o princípio pro homine, seus funções e consequências, de modo a identificar a primazia das disposições mais favoráveis aos indivíduos e grupos vulneráveis, em contraposição à pirâmide normativa proposta por Hans Kelsen, na obra 'Teoria Pura do Direito'.

10. DIREITOS HUMANOS SOCIAIS DOS REFUGIADOS NO BRASIL, de Paola Flores Serpa e Ynes da Silva Félix. Este artigo propõe-se a analisar e identificar os mecanismos legais necessários para garantir a efetividade dos direitos humanos sociais dos refugiados no Brasil, a partir do marco regulatório estabelecido pelo Estatuto dos Refugiados – Lei nº 9.474 /1997.

11. DO ESTUDO DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO. Nesse trabalho, Renata Pereira Nocera promove um exame das medidas de combate à corrupção no Direito Internacional e Interno, utilizando como base a Convenção de Mérida. Analisa os sistemas de controle no âmbito da cooperação internacional e os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

12. Os autores, Felipe Peixoto de Brito e Yara Maria Pereira Gurgel, contribuem com o texto O DIREITO HUMANO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PROFESSORES BRASILEIROS EM FACE DO PROGRAMA ESCOLA LIVRE. O artigo foca a pesquisa na adequação do Programa Escola Livre à Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e aos tratados internacionais de Direitos Humanos adotados pelo Brasil. A partir de um estudo descritivo e hipotético-dedutivo, os autores promovem um estudo sobre a constitucionalidade do Programa em comento, assim como a (in)convencionalidade com os tratados adotados no país.

13. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO TENDÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DO ESTADO NACIONAL, de Angela Jank Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho. O artigo investiga em que sentido o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no cenário global consolida meios para se afirmar a existência de um processo de constitucionalização do direito internacional.

14. Em O DISCURSO EM TORNO DA CRIMINALIZAÇÃO DA MIGRAÇÃO (I)LEGAL NO CONTEXTO EUROPEU: A ITÁLIA COMO PARÂMETRO DE ANÁLISE, Ailton Mariano da Silva Mendes, aplica uma abordagem dialética para identificar os motivos dos discursos apresentados para justificar a implementação das políticas migratórias, bem como analisa a onda de criminalização da migração internacional no continente europeu.

15. O LUGAR DOS APÁTRIDAS NO MUNDO: A APOSTA NA FRATERNIDADE, dos autores Sandra Regina Martini e Bárbara Bruna de Oliveira Simões. Tendo como referencial teórico a Metateoria do Direito Fraternal, o artigo busca identificar quem são os apátridas, analisa como está a situação destas pessoas e, ainda, estabelece o questionamento do porque há tantos casos de apatridia na atualidade.

16. De autoria de João Bruno Farias Madeira e Érika Campelo da Silva, o artigo O SISTEMA INTERNACIONAL E AS CONTRADIÇÕES DA NOVA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL, investiga, em síntese, como se dá o tratamento legal da pessoa deficiente nos tratados internacionais de Direitos Humanos, em especial, àqueles assumidos pelo Brasil.

17. OS DIREITOS COLETIVOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA V. PARAGUAI, de Michelle Aparecida Batista e Renata Mantovani de Lima, tem por objetivo verificar a existência de uma resposta satisfatória no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da Corte Interamericana, dos casos que envolvam direitos coletivos mesmo diante da inexistência de instrumentos específicos do processo coletivo.

18. Finalmente, o artigo OS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNDAMENTAÇÃO: A TEORIA DE RONALD DWORKIN, de autoria Filipe Augusto Oliveira Rodrigues, visa demonstrar como a teoria de unidade do valor de Ronald Dworkin se relaciona com os Direitos Humanos e, ainda, destaca a questão do interpretativismo, da integridade e da unidade do valor.

Espera-se que esta obra represente uma importante contribuição para a academia jurídica por tratar de temas tão complexos e atualíssimos às reflexões em torno do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Aos leitores, desejamos uma agradável e profícua leitura!

Prof^a Dr^a. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino – Universidade Federal do Maranhão

Prof^o Dr. Saulo José Casali Bahia – Universidade Federal da Bahia

Prof^o Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

THE FUNDAMENTALITY OF THE RIGHT OF ACCESS TO WATER FROM THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

João Hélio Ferreira Pes ¹

Resumo

Este trabalho analisa o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Para enfrentar o problema proposto, sobre a possibilidade de reconhecer como fundamental o direito de acesso à água, por decorrer de direitos humanos reconhecidos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional, foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, além da análise de tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A conclusão é de que direitos humanos constantes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil fundamentam a caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental.

Palavras-chave: Direito de acesso à água, Direitos humanos, Direitos fundamentais, Tratados internacionais, Cláusula de abertura constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the recognition of the fundamental right of access to water based on the international human rights treaties. In order to face the proposed problem, about the possibility of recognizing as fundamental the right of access to water, as a result of human rights recognized as fundamental from the constitutional opening clause, the deductive method and the bibliographic research were used, as well as the analysis of human rights Treaties and conventions. The conclusion is that human rights ratified by Brazil base the characterization of the right of access to water as a fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right of access to water, Human rights, Fundamental rights, International treaties, Constitutional opening clause

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Mestre/UFSM e Professor Curso de Direito/UNIFRA.
Endereço eletrônico: joaohelio@unifra.br.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental que decorre dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro é o objeto analisado neste trabalho.

Os fundamentos da definição do direito de acesso à água como direito fundamental podem ser os mais variados. Entre as várias possibilidades, a cláusula de abertura constitucional, prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, reconhece a fundamentalidade dos direitos como decorrência dos princípios constitucionais; do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro; das normas de direitos humanos constantes em tratados do qual o Brasil seja parte e em decorrência do conteúdo de outros direitos fundamentais. A análise da caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental é delimitada, neste trabalho, de forma proposital, a uma das alternativas possíveis, portanto, não sendo abordadas as demais possibilidades.

Assim, o problema de pesquisa pode ser sintetizado da seguinte forma: é possível reconhecer como fundamental o direito de acesso à água, por meio da cláusula de abertura constitucional, em decorrência de direitos humanos constantes nos tratados internacionais internalizados pelo Estado brasileiro?

Para desenvolver o tema e apresentar uma resposta, minimamente adequada, foi utilizado o método dedutivo a partir de elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais e de consulta bibliográfica à produção doutrinária reconhecida academicamente, além da análise de tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

O artigo está dividido em cinco partes, sendo que a primeira apresenta elementos históricos de afirmação dos direitos humanos a partir dos tratados internacionais implementados sob a égide da Organização das Nações Unidas. A segunda parte trata da conexão do direito à alimentação e à moradia com o direito de acesso à água e a terceira aborda a estreita relação do direito à saúde com o direito à água. A quarta parte identifica o direito de acesso à água decorrente de outros direitos expressos em tratados internacionais de direitos humanos. Por fim, a última parte, analisa o reconhecimento do direito fundamental de acesso à água como decorrência dos tratados de direitos humanos.

A conclusão é de que direitos humanos constantes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil fundamentam a caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental.

1 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DOS TRATADOS

A partir da Segunda Guerra, os Estados passaram a ter nas suas agendas, de forma mais intensa, uma acentuada preocupação com as garantias individuais e sociais básicas. Em 1945 a Carta das Nações Unidas sinaliza a importância da defesa dos direitos humanos, pouco tempo depois, já no dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essa Declaração foi inicialmente negociada para ser em forma de um tratado (convenção), de maneira a vincular os estados signatários, no entanto, prevaleceu a forma de ‘mera declaração’, o que significa que os direitos nela previstos somente seriam observados como indicativos para posterior internalização dos estados, como efetivamente ocorreu a partir da década de 1950 em alguns ordenamentos jurídicos europeus (CALIL, 2012, p. 28).

A necessária vinculação dos estados aos compromissos com os direitos humanos (de defesa e de prestações) somente ocorreu a partir da constatação de que poucos países haviam internalizado o conteúdo da Declaração. Assim, em 1966 ocorreu a elaboração de dois tratados internacionais com o propósito de dar efetividade aos direitos humanos anteriormente declarados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992).

Os direitos liberais e sociais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos com idêntica hierarquia. No entanto, decorridos quase vinte anos dessa decisão democrática e coerente, os estados vinculados ao bloco dos países ocidentais (capitalistas) “insistiram no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada” (COMPARATO, 2008, p. 280). Defendiam, assim, a adoção de apenas uma Convenção internacional com o conteúdo correspondente aos Direitos Civis e Políticos.

Por outro lado, os países vinculados ao bloco oriental (países comunistas, socialistas e alguns países africanos) “preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas” (CALIL, 2012, p. 29), defendendo a inclusão no Pacto, a ser celebrado, dos direitos sociais, econômicos e culturais. A solução para as diferenças políticas dos blocos nessa “guerra fria” foi a adoção em 1966 de dois pactos, separando essas duas séries de direitos. Assim, a Resolução 2.200-A da ONU adotou os dois pactos, “em decorrência do entendimento de que

os processos para implementação de cada modalidade são diversos, pois, enquanto os direitos civis e políticos são autoaplicáveis, os direitos sociais eram programáticos” (CALIL, 2012, p. 29). Dessa forma, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos impõe aos Estados-partes a obrigação de respeitar e assegurar imediatamente os direitos previstos, e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer a progressiva implementação dos direitos nele reconhecidos.

Convém não desconsiderar os ensinamentos de Fabio Konder Komparato de que “os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social” (COMPARATO, 2008, p. 338).

Flávia Piovesan relembra que, após um longo processo de elaboração, os pactos somente foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, sendo que “entraram em vigor apenas dez anos depois, em 1976, tendo em vista que somente nessa data alcançaram o número de ratificações necessário para tanto” (PIOVESAN, 2008, p. 160). Além disso, os dois pactos somente foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, após a redemocratização e o fim do regime militar, regime esse que impôs uma ditadura que não tinha simpatia pelos direitos humanos, nem mesmo os sociais, econômicos e culturais, tampouco os civis e políticos.

O direito de acesso à água potável, na condição de direito social, integra o conteúdo material do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse pacto, mesmo tendo a característica de reconhecer que a obrigação dos Estados de implementar tais direitos pode ocorrer de forma progressiva, conforme prevê o artigo 2:1 (BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992), é um dos documentos internacionais internalizados no ordenamento jurídico brasileiro que justifica a caracterização do direito de acesso à água como fundamental.

Vale lembrar a lição de que: “Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos” (PIOVESAN, 2008, p. 178).

Além disso, convém ressaltar que os direitos sociais, econômicos e culturais integram não apenas a Declaração Universal e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como ainda inúmeros outros tratados internacionais. Dentre os instrumentos internacionais que compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais estão os seguintes: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; Convenção sobre os Direitos das Crianças; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, no âmbito da região, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 2008, exatamente 60 anos após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Protocolo Facultativo tem como principal finalidade a criação de um mecanismo que permite a pessoas ou grupos apresentarem reclamações ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas a respeito das violações desses direitos perpetradas por um Estado Parte. Dessa forma, com a entrada em vigor desse Protocolo, as vítimas de violações de direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à alimentação, à saúde, à habitação, à educação, ao meio ambiente, de acesso à água potável, dentre outros, que não encontram soluções em seus próprios países, agora dispõem de um mecanismo para apresentar suas queixas e denúncias em âmbito internacional ante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas. O Comitê terá a faculdade de examinar comunicações individuais e interestatais, e investigar supostas violações ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

No dia 5 de maio de 2013 entrou em vigor o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os primeiros Estados que ratificaram o Protocolo e foram os protagonistas da sua entrada em vigor são Argentina, Espanha, Equador, Mongólia, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Eslováquia, El Salvador, Portugal e Paraguai. Frisa-se que o Protocolo Facultativo produzirá seus efeitos assim que for ratificado pelo Estado brasileiro. A postura da representação brasileira junto à ONU, quanto a esse tema, aponta tendência pela ratificação, no entanto, alguns anos passaram e falta um maior comprometimento dos dirigentes brasileiros com os direitos humanos.

Portanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o seu Protocolo Facultativo compõem um conjunto de responsabilidades e obrigações para o Estado Brasileiro, este último assim que for ratificado, no tocante aos direitos a prestações, incluído o direito de acesso à água potável.

Um dos artigos desse Pacto que fundamenta a interpretação de que o direito de acesso à água potável é um dos direitos sociais garantidos para todas as pessoas que vivem no território brasileiro é o artigo 11 (BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992), ao afirmar que os Estados Partes devem reconhecer o direito a um nível de vida adequado, incluindo o direito à alimentação e à moradia. Esse reconhecimento do direito a um nível de vida adequado pressupõe a garantia de acesso à água potável, assim como é impossível imaginar que alguém possa exercer o direito à alimentação e à moradia sem considerar o direito de acesso à água potável. Portanto, a garantia de um direito a um nível de vida adequado inclui, dentre vários direitos, o direito de acesso à água, o direito à alimentação e o direito à moradia.

2 A CONEXÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO E À MORADIA COM O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA

O conteúdo do direito à moradia contempla uma enorme e variada quantidade de posições jurídicas. A começar pelos critérios que devem ser observados para que uma moradia seja considerada adequada, desde a disponibilidade de água potável, saneamento básico, acesso aos meios de transporte, localização adequada e distante das várias formas insuportáveis de poluição (sonora, atmosférica, etc.). Portanto, esse direito fundamental (à moradia) não está dissociado de outros direitos também fundamentais como os direitos à vida digna, direito à locomoção, às várias liberdades, ao meio ambiente equilibrado e a outros direitos sociais.

O direito à moradia relacionado às condições materiais mínimas para uma existência digna é o que fundamenta a caracterização desse direito como fundamental. Indubitavelmente, o homem necessita de um lugar adequado para se proteger contra as intempéries, um espaço para a sua intimidade e privacidade, enfim, para viver de forma saudável num ambiente equilibrado. Sem isso, provavelmente o homem não terá assegurada a sua dignidade.

No mesmo artigo 11 do PIDESC, o item 2 (BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992) reforça a importância de uma atuação positiva dos Estados Partes em reconhecer o direito fundamental à alimentação, visando à proteção de qualquer pessoa contra a fome.

O direito à alimentação, da mesma forma como o direito à moradia, foi incluído no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Brasileira por meio de emenda constitucional. A Emenda nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, alterou o Art. 6º (BRASIL. Constituição brasileira de 1988), constitucionalizando formalmente o direito fundamental à

alimentação. Tanto o direito à moradia como o direito à alimentação tem a sua fundamentalidade material alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade que afirma ser o princípio da dignidade da pessoa humana “o primeiro princípio fundamental da Constituição – como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais” (ANDRADE, 2004, p. 101).

Além da relação do direito à alimentação com o princípio da dignidade humana há, também, uma estreita vinculação desse direito com o princípio (que é direito e ao mesmo tempo garantia) do mínimo existencial. Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial “compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irreduzível” (TORRES, 2009, p. 37).

O Preâmbulo da Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO - expressa a preocupação com a alimentação como instrumento de combate e eliminação da fome mundial: “As Nações que aceitam esta Constituição, decididas a promover o bem estar geral pelo estímulo a medidas individuais e coletivas com o propósito de: elevar os níveis de nutrição e padrões de vida dos povos sob suas respectivas jurisdições; (...)” (BRASIL. Decreto nº 7.752, de 14 de junho de 2012).

O direito fundamental à alimentação encontra-se implícita e explicitamente assegurado na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos. Além do artigo 6º, de forma explícita, e, do artigo 1º, inciso III, quanto à dignidade da pessoa humana, pode ser referido, ainda, o artigo 3º, inciso III, no que diz respeito ao compromisso do Estado em adotar providências efetivas voltadas para o combate à pobreza e à marginalização. Outro dispositivo que deve ser referido é o artigo 7º, inciso IV, estabelecendo que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades gerais do indivíduo assim como as de sua família, não só aquelas relacionadas à manutenção da vida, mas as que possibilitem uma vida digna.

Outros dispositivos constitucionais estão relacionados com o direito fundamental à alimentação, como o artigo 208, inciso VII, que define ser dever do Estado assegurar a implementação de programas governamentais de distribuição de merenda escolar, dentre outros compromissos com a educação. O artigo 227 elenca ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes direitos fundamentais, visando a garantir a própria vida e o bem estar, sendo que uma alimentação adequada, em quantidade e qualidade são requisitos imprescindíveis para uma vida possível e digna. Por fim, os artigos

229 e 230 evidenciam o dever de assistência e amparo para evitar o perecimento da própria existência humana, sendo que o exercício do direito à alimentação é a garantia de não comprometimento da vida, por isso é direito fundamental e fundamento de outros direitos.

No ordenamento jurídico brasileiro o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que Institui normas básicas sobre alimentos, no Artigo 2º, Inciso I, define alimento como: “toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento” (BRASIL. Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969). Portanto, verifica-se que, na definição jurídica adotada, sobressai a importância do que pode ser considerado objeto do direito de acesso à alimentação, destacando-se a inclusão de substância em estado líquido.

A interconexão entre os alimentos e a água é considerada evidente por Aniza García (2008). A água é um componente essencial do direito à alimentação, compreendido o direito de acesso a uma alimentação quantitativa e qualitativa adequada e suficiente. A disponibilidade de água potável para o consumo humano é condição imprescindível para caracterizar uma alimentação adequada, por outro lado, resulta indispensável para a produção de alimentos a utilização de água, principalmente, por meio dos processos produtivos que se utilizam da irrigação. Ademais, foi referido no capítulo 1 que a agricultura é o setor que mais utiliza água, portanto, é impensável produzir alimentos sem a utilização de água.

Há uma estreita vinculação entre o direito à alimentação e o direito de acesso à água. Ademais, “na verdade, as violações do direito à alimentação têm relação, em muitos casos, com problemas de falta de acesso à água ou com o domínio sobre os recursos hídricos” (GARCIA, 2008, p.190.). Convém notar que, nos casos que envolvem a agricultura de subsistência, ter acesso à água para irrigar os cultivos de produtos alimentícios é um elemento básico do conteúdo do direito à alimentação.

Em suma, o direito à alimentação está estreitamente vinculado ao direito de acesso à água, não só por ser a água um alimento essencial para os seres humanos, mas também, por ser de grande importância para a produção de alimentos. O direito à alimentação comporta a inclusão da água potável como imprescindível, junto com os alimentos sólidos, para a sua efetividade.

3 O DIREITO À SAÚDE E A ESTREITA RELAÇÃO COM O DIREITO À ÁGUA

Outro artigo do PIDESC que contém implicitamente o reconhecimento do direito de acesso à água potável é o artigo 12 (BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992), ao instituir o dever dos Estados Partes com o direito à saúde. O direito que cada um tem de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde, inclui, inegavelmente, o dever do Estado em garantir o acesso à água. Do contrário, não é possível imaginar o desfrute de um bom nível de saúde sem a presença do elemento vital por excelência que é a água potável.

Indubitavelmente, o direito de acesso à água potável mantém uma relação estreita com o direito à saúde, visto que o saneamento básico, com o abastecimento de água de boa qualidade, além de evitar a proliferação de inúmeras doenças, que causam aumento da mortalidade infantil, principalmente entre as camadas sociais menos favorecidas, “é fator imprescindível para manter o bem-estar e a higiene humana” (IRIGARAY, 2003, p. 384).

O art. 196 da Constituição Federal estipula que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que esse direito vai além da instituição de políticas públicas relacionadas às doenças. Nesse sentido a Lei 8.080/90 (BRASIL. *Lei 8.080*, de 19 de setembro de 1990), que regulamenta as políticas para a área da saúde, dispõe sobre as condições, organização e funcionamento dos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, menciona alguns fatores determinantes como: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Não há dúvidas de que a prevenção e remoção de doenças só são eficazes se houver a sua interação com políticas desenvolvidas em outras áreas, como saneamento básico, meio ambiente, geração de trabalho e renda, etc.

Convém enfatizar, nesse momento, a opinião de João Carlos Loureiro no sentido de que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, sendo que há zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, a educação, o ambiente, a moradia, a alimentação e outras (LOUREIRO, 2006, p.666).

Além do artigo 6º e do Artigo 196, a Constituição Brasileira registra a relevância do direito à saúde no artigo 197, ao prever que cabe ao Poder Público regulamentar, mediante norma infraconstitucional, as ações e serviços de saúde, além de fiscalizá-los e controlá-los. O artigo 198 define as diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS; no artigo 199 e seus parágrafos autoriza a participação privada, de forma complementar, na prestação da assistência à saúde. No artigo 200, estabelece uma relação ampla, mas não exaustiva, de atribuições do Sistema Único de Saúde.

Como pode ser observado, dos dispositivos constitucionais sobressai a grande dificuldade em se identificar o direito subjetivo individual à prestação na área da saúde. No entanto, o reconhecimento desse direito e a sua caracterização como fundamental na sua dimensão ou perspectiva subjetiva são largamente aceitos pela doutrina brasileira, sendo possível citar os seguintes doutrinadores Ingo Sarlet (2010), Mariana Figueiredo (2007) e Germano André Doederlein Schwartz (2001). Nos tribunais brasileiros há inúmeros acórdãos que reconhecem a legitimidade dos indivíduos para requerer prestações como internações, medicamentos, atendimentos especializados, etc.

É claro que essa é uma discussão complexa ao ponto de determinadas decisões serem rotuladas de ativismo judicial, eis que é muito forte a ideia de que a plenitude eficaz do direito à saúde é dependente de uma atuação concreta do Estado, notadamente do órgão legislador, no sentido de ser essa uma norma programática. No entanto, prepondera a compreensão de que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, conforme institui o artigo 5º, § 1º, da Constituição Brasileira. Em relação aos direitos sociais a ‘aplicação imediata’ deve ter outra função, conforme explica Andreas Krell (2002, p. 38): “o artigo 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização”.

Nesse sentido cumpre registrar o posicionamento de José Afonso da Silva que, nas primeiras edições de sua obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, fez referência de que as normas sociais possuíam caráter programático, necessitando de atuação do legislador para terem eficácia plena (SILVA, 1985). Entretanto, em edições mais recentes, como as publicadas a partir de 2002 (SILVA, 2002.), afirmou que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos em que as normas informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da Justiça Social e revelação dos componentes do bem comum.

Assim, a dimensão subjetiva dos direitos sociais faz com que o cidadão tenha um direito a uma imediata prestação efetiva. O direito subjetivo à prestação na área da saúde, ou seja, a subjetivação da saúde, reside na prestação sanitária em espécie, a qual pode ser reclamada pelo titular desse direito face à ausência de ação do Estado. É possível elencar, a título exemplificativo, como prestação sanitária em espécie: a proteção do meio ambiente natural; o saneamento básico; a higiene das moradias e local de trabalho, das escolas e logradouros públicos; a vigilância sanitária; a fiscalização de produtos alimentícios, bebidas e medicamentos; a prevenção de doenças e a imunização contra elas; a cura e a recuperação de

doentes; tratamento médico; a profilaxia e o tratamento dentário e o fornecimento de alimentos e de produtos farmacêuticos essenciais (SCHWARTZ, 2001, p. 74).

O direito à saúde, como direito subjetivo, ou seja, como direito do homem, passou a ser constitucionalizado a partir da Constituição italiana de 1948, “a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição Portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64) (SILVA, 2004, p.308.)”, seguida das Constituições da Espanha (1978) e da Guatemala (1985).

Alguns países relacionam o direito à saúde ao direito de acesso à água potável. Na Constituição do Equador de 2008, o Art. 32 contém a previsão de que o direito à saúde é garantido pelo Estado, cuja realização se vincula ao exercício de outros direitos, dentre eles o direito à água (EQUADOR, Constituição do Equador de 2008). A Constituição da República das Filipinas, de 1987, no artigo XIII, seção XI, dispõe que o Estado deve adotar uma abordagem integrada e abrangente para o desenvolvimento da saúde que deverá permitir disponibilidade, a um preço acessível e para todas as pessoas, de bens essenciais, de saúde e de outros serviços sociais (FILIPINAS. Constituição da República das Filipinas de 1987). Portanto, verifica-se o reconhecimento por alguns ordenamentos jurídicos de que o direito de acesso à água integra o conteúdo do direito à saúde.

4 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DE OUTROS DIREITOS EXPRESSOS EM TRATADOS

Além disso, a interpretação de que o direito de acesso à água potável integra o conteúdo de outros direitos expressos em Tratados internacionais, mais especificamente no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é efetuada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Esse Comitê foi criado em 1985 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas para supervisionar a aplicação do PIDESC pelos Estados Partes. O artigo 16 do PIDESC prevê a atribuição do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de examinar os relatórios dos Estados Partes sobre os direitos reconhecidos no Pacto.

O Comitê DESC tem o encargo de examinar os relatórios apresentados periodicamente sobre as medidas adotadas para a aplicação das disposições do Pacto. Expressa suas preocupações e recomendações aos Estados Partes por meio das “Observações Finais” e emite “Observações Gerais” para guiar a interpretação e aplicação dos artigos do Pacto. Portanto, são as Observações Gerais, emitidas pelo Órgão responsável pelo sistema de

controle e cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, importantes contribuições no sentido de interpretar o verdadeiro significado e o conteúdo de cada disposição constante do PIDESC (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p.78-79).

Especificamente sobre o direito de acesso à água potável, o Comitê DESC emitiu a Observação Geral nº 15, em novembro de 2002. Esse Comitê, ao desenvolver uma atividade interpretativa dos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reconheceu o direito de acesso à água como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e à alimentação, dispondo que: “o acesso a quantidades suficientes de água limpa para uso pessoal e doméstico é um direito fundamental de todos os seres humanos” (ONU - Comitê DESC. Observação Geral nº 15, de 2002).

A Observação Geral nº 15 indica, dentre as várias obrigações dos Estados Partes relacionadas ao acesso à água potável, que são deveres dos Estados: garantir o acesso a uma quantidade mínima de água, que seja suficiente para o uso pessoal e doméstico e para prevenir enfermidades; assegurar o acesso à água, instalações e serviços, sem discriminação, principalmente aos grupos mais vulneráveis; garantir o acesso físico às instalações, com a localização dos serviços de água a uma distância razoável; garantir que os serviços proporcionem um abastecimento suficiente e regular de água potável; adotar e revisar periodicamente, mediante um processo participativo e transparente, um plano de ação nacional sobre a água, que incluam indicadores e níveis de referência para avaliar os progressos alcançados, com especial atenção aos grupos mais vulneráveis; garantir que a qualidade da água dos serviços de abastecimento público cumpra os parâmetros mínimos para garantir a saúde das pessoas e a conservação do ambiente, considerando as práticas culturais de cada comunidade (GARCIA, 2008).

Outras Observações Gerais do Comitê DESC tratam, de forma indireta, sobre o direito de acesso à água potável. A Observação Geral nº 12, de 1999 (ONU - Comitê DESC. Observação Geral nº 12, de 1999), sobre o direito a uma alimentação adequada, interpreta o artigo 11 do pacto, e a Observação Geral nº 14, de 2000 (ONU - Comitê DESC. Observação Geral nº 14, de 2000) sobre o direito ao mais alto nível possível de saúde interpreta o artigo 12.

Além dessas, é importante mencionar a Observação Geral nº 3, de 1990 (ONU - Comitê DESC. Observação Geral nº 3, de 1990) sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, que interpreta o Art. 2, nº 1 do Pacto, para afirmar que os Estados Partes têm a obrigação de adotar medidas para o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, no entanto, sem excluir a obrigação de assegurar um nível mínimo de

satisfação de cada um dos direitos. Nesse sentido, em relação ao direito de acesso à água potável, há o entendimento de que o conteúdo mínimo desse direito deve assegurar a subsistência biológica, vinculado ao consumo de água em quantidade e qualidade adequada para as necessidades inadiáveis de cada pessoa ((PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p.80).

Quanto à quantidade mínima de água potável que deve ser assegurada para cada pessoa, Aniza Garcia menciona que algumas organizações internacionais como a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a UNICEF fixam um conteúdo concreto à obrigação de garantir individualmente uma quantidade mínima de água, estipulando 20 litros de água por dia como quantidade suficiente para beber e para a higiene pessoal de um indivíduo, no entanto, se se acrescentarem outras necessidades, são necessários diariamente 50 litros de água por pessoa (GARCIA, 2008, p. 196).

Além do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, outros tratados internacionais de direitos humanos incluem referência explícita sobre a importância do acesso à água potável. Dentre os vários tratados destacam-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor no Brasil desde 1990, especialmente o artigo 24 (BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (BRASIL. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002); a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007 (BRASIL. Decreto nº 7.217, de 25 de agosto de 2009).

Ainda é preciso enfatizar que a Organização das Nações Unidas – ONU - aprovou em 28 de julho de 2010 a Resolução A/RES/64/292 que declara o acesso à água e ao saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos. A Assembleia Geral da ONU reconheceu que a água e o saneamento são direitos humanos, com a justificativa de que o direito à água e ao saneamento é derivado do direito a um padrão de vida adequado e indispensável para a realização de outros direitos humanos. Essa resolução foi um avanço e demonstra a vontade política da comunidade internacional para enfrentar a dura realidade de quase um bilhão de pessoas que ainda não têm acesso a uma fonte de água tratada (ALBUQUERQUE, 2011, p. 31).

Não há dúvidas de que a vinculação do Estado brasileiro a essa resolução vai além do compromisso moral por tê-la aprovado, com o registro do voto pela aprovação da representação brasileira junto à Assembleia Geral da ONU, pois, como Estado integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), tem o dever jurídico de cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Direito Internacional.

5 O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA COMO DECORRÊNCIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Para analisar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável, como decorrência dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro, é necessário verificar o processo de constitucionalização que pode ocorrer pelo procedimento de internalização previsto no Art. 5º, §3º, que prevê: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, ou pela cláusula de abertura constitucional prevista no Art. 5º, §2º, última parte, assim expressa: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição brasileira de 1988).

Dessa forma, o reconhecimento de um determinado direito como fundamental a partir do procedimento previsto no Art. 5º §3º, ensejará considerar tal norma como “formal e materialmente fundamental”. É possível indicar o dispositivo constante no art. 28, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL. Decreto nº 7.217, de 25 de agosto de 2009), como exemplo de norma formal e materialmente fundamental que dispõe sobre o direito de acesso à água potável. Esse dispositivo convencional, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo procedimento do Art. 5º §3º, estabelece que as pessoas com deficiência são titulares do direito de acesso aos serviços de saneamento básico, portanto, direito aos serviços de abastecimento de água potável.

Já o reconhecimento de um direito como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, prevista na Carta Magna brasileira, permitirá considerar que essa norma seja ‘só materialmente fundamental’, incluída na classificação das normas fundamentais expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com Art. 5º § 2º. Nessa classificação enquadram-se os dispositivos já referidos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais nos termos da atual Constituição brasileira permite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, como a dos tratados de direitos humanos, reconhecidos e

internalizados pelo Estado brasileiro. Portanto, outros direitos além daqueles nela expressamente previstos são admitidos como fundamentais.

A cláusula de abertura constitucional prevista na Constituição Brasileira é o meio utilizado para a admissão de novos direitos fundamentais, considera o catálogo dos direitos fundamentais meramente exemplificativo, podendo ser complementado a qualquer momento por novos direitos. “Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não nos parece razoável excluírem-se – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU” (SARLET, 1996, p. 18-19.).

É necessário relembrar, ainda, que na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), o Artigo XXV define que "todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, (...)" (ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

Assim, é por meio da cláusula aberta que se pode justificar, também, a caracterização de direito fundamental ao direito de acesso à água potável. Desse modo, a partir dessa cláusula de abertura aos direitos fundamentais, é possível inferir a força normativa que devem conter as disposições trazidas pelos Tratados ratificados pelo Estado brasileiro, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos demais tratados internacionais sobre o tema. É preciso registrar que o significado da expressão “tratados internacionais” contempla qualquer espécie de acordo formal realizado entre os Estados ou entre os sujeitos de direito internacional público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos, podendo ser em forma de Convenção, Pacto, Protocolo, Carta ou Convênio (PES, 2010, p. 76).

Doutrinariamente, há manifestações no sentido de reconhecer como fundamentais direitos humanos previstos em tratados internacionais internalizados de acordo com o artigo 5º, §2º, última parte (TRINDADE, 1999; LAFER, 2005). Nesse sentido, Ingo Sarlet (1996, p. 19) ressalta que: “os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – inobstante não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – aglutinam-se à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo um status equivalente.”

Ingo Sarlet cita como exemplo de identificação de direito fundamental com fonte no direito internacional o direito de acesso ao duplo grau de jurisdição, que é o direito de recorrer

de sentença para juiz ou tribunal superior, tal como previsto no artigo 8º, item 2, letra h¹, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao direito Brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992). Ressalta-se que “a tarefa de identificação dos direitos fundamentais com fonte no direito internacional assume dimensão especialmente penosa, de modo especial em face do grande número de direitos contemplados pela nossa ‘Carta Magna’.” (SARLET, 1996, p. 21).

Ao analisar a fundamentalidade de um direito oriundo do Pacto de São José da Costa Rica e ao responder à pergunta: ‘podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância?’, Ingo Sarlet (1996, p. 24-25) considera que é por meio do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que “o princípio do duplo grau de jurisdição (e até mesmo o direito de recurso das decisões judiciais para uma instância superior) possa ser considerado, entre nós, verdadeiro direito fundamental, ainda que sob o ponto de vista meramente material”.

Na jurisprudência brasileira há manifestações no mesmo sentido, o voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 87.585/TO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585/TO) atribuiu qualificação constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos para considerar impossível a prisão civil do depositário infiel, o que provocou, a partir dessa decisão, a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 25 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25).

Portanto, o direito de acesso à água potável é reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, nos termos da atual Constituição, que admite considerar a fundamentalidade das normas expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o reconhecimento de uma nova norma de direito fundamental por meio da cláusula de abertura constitucional exige a prova de sua fundamentalidade. É necessário, inicialmente, a sua identificação, que somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Posteriormente, a sua fundamentalidade ficará plenamente justificada quando se demonstrar que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

¹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8º. Garantias judiciais. 1. (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

CONCLUSÃO

O reconhecimento de um direito como materialmente fundamental ocorre por meio da ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos artigo 5º, §2º, da atual Constituição Brasileira. Essa cláusula deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. Assim, são direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, ou seja, são considerados direitos fundamentais outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. Portanto, pela nossa cláusula aberta, podem ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

A análise da caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental foi delimitada a uma das alternativas possíveis, ou seja, o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água por decorrência dos tratados de direitos humanos, sem abordar, nesse trabalho, as demais possibilidades.

O direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, num processo que se denomina de constitucionalização de direitos humanos, que admite considerar a fundamentalidade das normas expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados no direito brasileiro. Essa fundamentalidade é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais. Dentre os vários tratados e convenções internalizados pelo Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um dos documentos internacionais que contém disposições que justificam a caracterização do direito de acesso à água como fundamental.

Alguns artigos desse Pacto fundamentam a interpretação de que o direito de acesso à água potável é um direito humano internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, um direito materialmente fundamental. O artigo 11 afirma que os Estados Partes devem reconhecer o direito a um nível de vida adequado, incluindo o direito à alimentação e à moradia. O artigo 12 contém implicitamente o reconhecimento do direito de acesso à água potável ao instituir o dever dos Estados Partes com o direito à saúde. Assim, o direito que cada um tem de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde e a um nível de vida adequado, inclui, indubitavelmente, o dever do Estado de garantir o acesso à água.

Essa interpretação de que o direito de acesso à água potável integra o conteúdo de outros direitos expressamente citados no Pacto foi efetuada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que ao desenvolver uma atividade interpretativa dos artigos 11 e 12 do Pacto, emitiu a Observação Geral nº 15, em novembro de 2002, reconhecendo o direito de acesso à água como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e à alimentação, dispondo que os Estados têm o dever de garantir o acesso a uma quantidade mínima de água, que seja suficiente para o uso pessoal e doméstico.

Portanto, para responder a problemática, inicialmente proposta, sobre a possibilidade de reconhecer como fundamental o direito de acesso à água, por decorrer de direitos humanos reconhecidos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional, a conclusão é de que direitos humanos constantes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil fundamentam a caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Catarina de. Derechos hacia el final: buenas prácticas en la realización de los derechos al agua i al saneamiento. Madrid: ONGAWA, Ingeniería para el Desarrollo Humano, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004.

BRASIL. Constituição brasileira de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 ago. 2017.

_____. Decreto nº 7.752, de 14 de junho de 2012. Promulga a Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO, firmada em Quebec, Canadá, em 16 de outubro de 1945. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7752.htm>. Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Decreto nº 7.217, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 03 ago. 2017).

_____. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 03 ago. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 05 ago. 2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226,

de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 31 jul. 2017.

_____. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo 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 31 jul. 2017.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 04 ago. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm>. Acesso em 18 jul. 2017.

_____. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 28 jul 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurelio. Brasil, nov. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 04 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 ago. 2017.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. VI edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

EQUADOR, Constituição do Equador de 2008. Disponível em <<http://www.asambleanacional.gov.ec>>. Acesso em 04 ago. 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILIPINAS. Constituição da República das Filipinas de 1987. Disponível em <<http://www.president.gov.ph>>, acesso em 03 Ago. 2017.

GARCÍA, Aniza. El derecho humano al agua. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguene. Água: um direito fundamental ou uma mercadoria? In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. Direito Água e Vida. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, p. 308-400, 2003.

KRELL, Andreas J. Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano – No centenário de seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ONU - Comitê DESC. Observação Geral nº 3, de 1990. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>. Acesso em 27 jul. 2017.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 04 ago. 2017.

_____. Comitê DESC. Observação Geral nº 12, de 1999. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument)>. Acesso em 28 jul. 2017.

_____. Comitê DESC. Observação Geral nº 14, de 2000. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)>. Acesso em 27 jul. 2017.

_____. Comitê DESC. Observação Geral nº 15, de 2002. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em 28 jul. 2017.

PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de Dezembro de 2008, através da resolução A/RES/63/117. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_5.htm>. Acesso em 02 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10^a edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 1985

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 23^o ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004, p.308.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.