

1. Introdução

Luiz Roberto Barroso afirma que a próxima tragédia com a qual iremos nos surpreender é a água, sobre a qual, em especial, “os problemas são a escassez, a qualidade e o acesso pela população” (BARROSO, 2009, p. 265).

O recém falecido diplomata ganês e ex secretário geral da ONU, Kofi Annan, afirmou no relatório de desenvolvimento humano de 2006 daquela organização que “o acesso à água potável é uma necessidade humana fundamental e um direito humano básico. E a água e o saneamento estão no centro da nossa busca para permitir que todas as pessoas do mundo, e não apenas alguns poucos afortunados, vivam em dignidade, prosperidade e paz”¹.

A questão da água é, sobremaneira, uma das questões mais estratégicas do mundo contemporâneo. É multidimensional, complexa e interage com outros recursos naturais, diferentes ambientes e comunidades, sendo a chave para o desenvolvimento sustentável. Ainda que com a incrível importância, a sua oferta está caindo e a demanda está aumentando. Se de um lado, uma em cada quatro pessoas no mundo (um e meio bilhão de pessoas) não tem acesso à água potável, de outro, uma em cada três pessoas no mundo (dois e meio bilhões de pessoas) não tem acesso ao saneamento, sendo certo que oitenta por cento das doenças infectocontagiosas são transmitidas pela água².

Enquanto alguns autores destacam o direito à água como um direito autônomo, classificando-o, inclusive como um direito fundamental de sexta geração³, outros o consideram como, ainda que merecedor de se tornar um direito fundamental autônomo, meramente derivado de outros direitos fundamentais⁴.

Em ambas as hipóteses, o direito à água é garantido, seja decorrente de um direito autônomo, seja pela *vis expansiva* de um direito que lhe seria o fundamento primeiro⁵. A

¹ Tradução livre. No original: “Access to safe water is a fundamental human need and a basic human right. And water and sanitation are at the heart of our quest to enable all the world’s people, not just a fortunate few, to live in dignity, prosperity and peace.” (ONU, 2006, p. 78)

² (SADEQ, 2002, p. 1)

³ e.g.: “Afirma-se, agora, a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais” (FACHIN e SILVA, 2012, p. 74).

⁴ e.g.: “a consagração do direito à vida com dignidade só se toma efetiva, quando acompanhada do direito à saúde, do direito a uma moradia decente, do direito ao meio ambiente equilibrado e de um direito à água, do qual a universalização do acesso aos serviços representa apenas uma primeira etapa” (PINTO, 2007, p. 87).

⁵ “a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana – principal objetivo de uma ordem constitucional democrática – permaneceria incompleta” (SARMENTO, 2010, p. 288). Sobre o tema ainda,

interpretação que se dá, seja pela autonomia, seja pela derivação, repercute na geração de direitos a qual o direito à água faria parte, mas não interferiria no seu reconhecimento.

O objetivo do presente trabalho é identificar a existência ou não de critérios e qual a eventual base legal utilizada quando da análise do direito à água.

2. Objetivos - Aspectos perfunctórios para análise de um direito à água

Inicialmente, ao se propor a análise de um direito à água especificamente é necessário se identificar claramente e delimitar o tema.

Para tanto, deve se iniciar a análise da questão se verificando se um direito fundamental à água poderia ser abrangente, juridicamente vinculativo e, ao mesmo tempo, autônomo. Somente se se aceitar um direito derivado como um direito autônomo, pode-se concluir que o direito à água existe *per se*, ou seja, que é um direito de seu próprio tipo ou com um *status* único. De outro passo, é forçoso ressaltar que, independentemente de tal aferição, não se discute a já existência de um direito consuetudinário à água.

O passo lógico para verificação de um direito autônomo à água é seguir duas questões básicas: inicialmente, verificar em que condições pode haver um direito à água (e, em caso afirmativo, que razões conceituais que atrasariam sua implantação); e em segundo lugar, se efetivamente deveria haver um direito fundamental à água.

Busca-se, portanto, não apenas empreender a investigação frequentemente esquecida de se tal direito pode existir de uma maneira logicamente coerente, mas de que maneira poderíamos reconceitualizar as abordagens existentes para refletir melhor esse direito, encontrando ou não fundamentos normativos capazes de justificar sua aplicação jurisprudencial.

A razão para incluir uma parte teórica em uma proposta de estudo cujo fim se dá

temos Marcos Gómez Puente, citado por Jorge Hage: “*la inactividad de los poderes públicos era la mejor garantía del respeto a la esfera de inmunidad individual que la proclamación constitucional de derechos pretendía garantizar. Buscada de propósito una limitación negativa que reduce la tradicional vis expansiva del poder legislativo, la inactividad o abstención del legislador no ofrecía sospechas de poner en peligro aquellos derechos (...) (omissis) (...). Pero esta concepción del control pierde utilidad cuando el 'laissez faire' se sustituye por la procura existencial o asistencial, la garantía individual por la social y el Estado asume, en palabras de L. Duguit, el papel de asegurador de la colectividad. Resulta entonces que la Intervención del legislador (...) puede representar una condición necesaria para la efectividad de los derechos e intereses individuales y colectivos constitucionalmente protegidos (sobre todo la de los llamados derechos de segunda generación) contra los que atentaría una actitud silente del legislador*” (HAGE, 1999, p. 106).

em uma seara empírica é a tentativa de examinar o conceito de um direito humano à água desde o início. Deve se dar como certo o mínimo possível.

O fato de que um direito humano à água é cada vez mais considerado existente não deve induzir em erro uma investigação científica a quaisquer conclusões apressadas. Já a suposição de que o direito à água seria possível mesmo sob os termos e categorias legais comuns, deve ser provado primeiro, antes de aceitar. Nesta parte de nosso estudo, portanto, discutirá essas possíveis objeções, mesmo aquelas que talvez pareçam improváveis a princípio. É somente desse modo que se pode defender convincentemente o direito à água, se for demonstrado, ao qual um argumento convincente contra ele não pode ser feito.

Para isso, usaremos um método que Descartes chamou de método da dúvida⁶. Essa é a ideia de que uma reivindicação (como a reivindicação em favor de um direito humano à água) só pode se dar de forma convincente, se toda objeção lógica possível a ela puder ser adequadamente refutada.

Em um primeiro momento, utilizaremos o termo direito humano à água e não direito fundamental à água.

Esta primeira opção terminológica se dá em razão do entendimento doutrinário (SARLET, 2017, página 331) no qual todo direito fundamental é antes um direito humano. Enquanto aquele se vê positivado no campo constitucional, este tem suas fontes repousando no campo do direito internacional. Revela-se, pois, que os campos não se excluem, mas se complementam e, por vezes, se sobrepõem.

Feita esta observação, podemos identificar os três principais desafios teóricos já existentes nos três elementos do próprio termo “direito humano à água”. Em primeiro lugar, é uma abordagem jurídica adequada à necessidade humana básica de água? Em segundo lugar, esse direito estaria corretamente qualificado como um direito humano? Por fim, em terceiro lugar, a água é um conteúdo possível de um direito? Esses três elementos fornecerão a primeira parte da estrutura deste trabalho.

3. Metodologia – Dissecando o direito à água

3.1. Sobre o termo “direito”

⁶ “(...) nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida” (DESCARTES, 1996, p. 23)

Embora cause estranheza se questionar a inegável necessidade humana de água pelos meios ou mecanismos de um direito, faz-nos mister, inicialmente, aferir o conceito de “direito” de forma geral e não apenas aquele inserido dentro do referido termo. A luta para encontrar uma definição do conceito de direito é provavelmente tão antiga quanto o termo em si e não poderia ser adequadamente resumida aqui. Em contrapartida, é indubitável que o mesmo tem dois sentidos, um moral e um político-legal: o significado de retidão e o significado de um direito legal. Se discutirmos direitos, não discutiremos apenas valores abstratos (como, por exemplo, a liberdade e a igualdade), discutiremos os direitos concretos para realizar os valores que esse direito carrega em si.

Com esse esclarecimento em mente, pode-se pensar em possíveis objeções à ideia de se ter direito à água.

A primeira surge no fato de que a água é absolutamente necessária para sustentar a vida humana e não pode ser substituída. Logo, pode se questionar se poderia haver um direito, onde não haveria escolha.

Fisicamente falando, há sempre escolha. Os indivíduos podem decidir não fazer uso do seu direito à água e, conseqüentemente, abster-se de beber. Este não é um cenário irrealista, se pensarmos nas greves de fome de alguns presos ou protestantes. É certo que esta escolha, se continuada, acabará por levar à morte, ainda assim, é válida.

Pode-se argumentar que, em termos mais gerais, a ideia básica sobre direitos é que eles representam liberdades. Herbert Hart argumentou que é o direito à liberdade do qual todos os outros direitos dependem⁷. Temos o direito, mas, quer o utilizemos ou não, deve ser a nossa escolha.

Na prática, aceitamos vários direitos que não nos deixam com uma escolha. Em nosso país, por exemplo, votar é um direito, mesmo que o exercício do direito seja ao mesmo tempo um dever (“voto compulsório”). Seu não exercício é ilegal e leva à sanção.

Um segundo exemplo para um direito sem escolha seria o direito a um julgamento justo. Não seria razoável que um acusado renunciasse o seu direito a um julgamento justo, encorajando assim seu julgamento por juiz arbitrário.

Destas hipóteses, temos que a possibilidade de renúncia ou o não exercício de um direito não é um componente necessário deste mesmo direito.

⁷ “I think, characteristic of those laws that confer rights (as distinguished from those that only impose obligations) that the obligation to perform the corresponding duty is made by law to depend on the choice of the individual who is said to have the right or the choice of some person authorized to act on his behalf” (HART, 1983, p. 35).

Assim, o argumento de que o direito à água seria um direito cujo exercício ou realização não podemos realisticamente abandonar é significativo, mas não é fatal para aceitar a água como o objeto primário de um direito.

Outra questão interessante está em se questionar se há um valor agregado à água. O direito à água não é simplesmente uma redundância, se assumirmos o dever geral do Estado de fornecer à sua população os bens mais essenciais. Talvez a necessidade individual e social da água seja melhor tratada não através de direitos, mas através de uma política pública focada no bem estar geral de seus cidadãos.

Existem três argumentos que essa objeção negligencia. Em primeiro lugar, o conceito de direitos serve para ilustrar a importância do respeito pelos indivíduos nos regimes jurídicos, permitindo que eles façam reivindicações autônomas de uma maneira que não é inerente à ideia do dever de um Estado. É esse respeito pelo ser humano, um respeito que, sem dúvida, deriva da própria ideia de dignidade humana, que, em última análise, faz um direito. abordagem preferível a qualquer outra.

Em segundo lugar, os direitos geralmente envolvem deveres, mas que o argumento inverso nem sempre é válido por si mesmo. Há deveres que não dão origem a um direito correspondente. Assim, um dever do Estado que não dá automaticamente origem a um direito correspondente para o indivíduo. Assim, argumentar que os deveres estatais existentes tornam um direito individual redundante não é convincente.

Pode-se argumentar ainda que um direito humano, se credível, exige a possibilidade de fazer valer as afirmações que derivam dele. Essa objeção tem, de fato, duas facetas.

Em primeiro lugar, não podemos reivindicar um direito, se isso não for refletido, por outro lado, pelas instituições para promover e monitorar a realização desses direitos.

Em segundo lugar, os direitos socioeconômicos, como o direito à água, não são judicialmente executáveis pelos tribunais dados o quão inespecífico é seu conteúdo, quando não indeterminados.

Com relação à falta de instituições, deve se entender que o estabelecimento desses direitos é exatamente o incentivo necessário para criar tais instituições. Vincular a existência desta para concretude daquele poderia criar um círculo vicioso no qual o progresso para a realização de novos direitos é permanentemente interrompido. No entanto, o desafio da falta de institucionalização dos direitos econômicos e sociais está se tornando menos e menos relevante.

Em 2008, ainda que sem a ratificação do Brasil, a Assembleia Geral da ONU decidiu introduzir um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

(ONU, 2010), com o objetivo de dar a eles no futuro um *status* similar aos direitos civis e políticos em termos de sua aplicabilidade.

Como resultado, as instituições que são consideradas necessárias como o corolário lógico de um direito desenvolveram-se no caso da água ou pelo menos estão atualmente em desenvolvimento.

No que diz respeito ao conteúdo dos direitos socioeconômicos sendo demasiado indeterminado para ser aplicado, repousa em uma preocupação comum sobre todos os direitos humanos, embora talvez com mais intensidade para os direitos socioeconômicos em particular.

Aceitar a água como um direito humano significaria, em última análise, que toda a população global deveria receber acesso à água. No entanto, tal direito para todas as pessoas é impossível de perceber. O argumento de que alguém não pode ter o direito ao impossível pode ser usado como argumentos contra o uso e desenvolvimento de direitos sociais e econômicos em um sentido geral.

Três argumentos, no entanto, opõem-se a este argumento. Em primeiro lugar, os direitos têm um significado além de uma reivindicação concreta. Os direitos são, ao mesmo tempo, expressões gerais dos valores aceitos em uma ordem jurídica. Esses valores devem ser levados em consideração nos processos de decisão, tanto políticos quanto judiciais. Assim, os direitos podem ter um valor, mesmo que seu conteúdo principal para o titular do direito possa ser impossível de realizar.

Em segundo lugar, alguns direitos sociais e econômicos passam pelo teste da praticidade tão facilmente quanto alguns civis e políticos. Seria uma falsa crença de que os direitos políticos pedem menos do Estado através apenas de uma ação negativa, embora suponha que os direitos socioeconômicos sempre pedem mais através de uma ação positiva do Estado.

Em terceiro lugar, se garantir a proteção dos direitos confere ao Estado parte de sua própria legitimidade. Um Estado não pode facilmente descartar a aceitação de direitos essenciais que são cruciais para a sobrevivência humana. Torna-se, portanto, plausível que os Estados sejam obrigados a fazer esforços para garantir direitos básicos onde são mais necessários. Os Estados devem evitar esforços e tornar os direitos impossíveis o máximo possível, especialmente aqueles que são indispensáveis à vida como um direito à água. Essa é a função protetora do Estado no qual, o quanto mais essencial é um direito em circunstâncias concretas, mais perto de nosso alcance o Estado tem que trazer sua realização.

Embora a água seja um direito sem escolha, ela agrega valor à posição moral do

indivíduo. O argumento de que a água é limitada e de que o direito à água nas circunstâncias atuais pode ser considerado um direito quase impossível de se concretizar, impondo obrigações substanciais, é válido, mas apenas em partes. Os Estados obtêm sua legitimidade do seu dever de proteger e promover os direitos de seu povo. Eles têm o dever de garantir que a realização dos direitos básicos não se torne impossível promovendo o acesso a recursos escassos que são essenciais para a sobrevivência humana.

3.2. Sobre o termo “humano”

Em um segundo passo, devemos aferir se o denominado direito humano à água poderia ser qualificado como um direito humano.

Deve-se começar mencionando que há uma longa tradição de duvidar que os direitos humanos existam. Jeremy Bentham, analisando a declaração de direitos durante a Revolução Francesa, chamou a ideia de “bobagem sobre palafitas”⁸. Essa visão cínica dos direitos humanos é a expressão de uma ampla desconsideração dos direitos humanos e visa refutar qualquer crença que as pessoas tenham em direitos incondicionais. A negação geral dos direitos humanos é uma visão muito particular, hoje sustentada apenas por poucos. A negativa da existência ou não de direitos humanos, todavia, escapa ao estudo do direito à água como um desses direitos.

A fim de responder à questão de saber se o direito à água deve ser qualificado como um direito humano, devemos primeiro estabelecer uma compreensão do que é um direito humano através do entendimento majoritário da doutrina.

A abordagem mais antiga que justifica a existência dos direitos humanos está na religião. À primeira vista, essa abordagem religiosa pode parecer paradoxal, já que muitas práticas proscritas pelas religiões do mundo parecem estar em conflito, se não incompatíveis, com a compreensão moderna dos direitos humanos, como igualdade ou liberdades individuais, mas, ao mesmo tempo, várias crenças e conceitos religiosos fundamentam nossa concepção moderna de direitos humanos. Isto porque na grande maioria das religiões o homem foi criado como a imagem de deus. Os seres humanos receberam seus direitos de uma fonte divina, esses direitos, por sua vez, são inalienáveis.

Da lei natural, os direitos humanos nos foram dados. Os indivíduos detêm esses

⁸ “From real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters, 'gorgons and chimerae dire.' And thus it is, that from legal rights, the offspring of law, and friends of peace, come anti-legal rights, the mortal enemies of law, the subverters of government, and the assassins of security” (BENTHAM, 1987, p. 69).

direitos apenas em razão de sua existência natural. Os direitos humanos são os direitos que se tem simplesmente porque se é um ser humano, e devem ser mantidos por todos os seres humanos.

Chegando a mesma conclusão mas por caminho diverso, pode se tomar que os direitos humanos são os direitos que foram acordados como tais pela humanidade, através da fixação de uma ética do diálogo, como defendem autores como Jürgen Habermas (HABERMAS, 1989). Assim, os direitos humanos não são valores absolutos, mas sim uma linguagem que é a base para os direitos humanos. Desta forma, os direitos humanos são valores políticos e sociais dos quais as sociedades se inspiraram.

A água, neste cenário, está intimamente ligada à natureza de qualquer ser humano. Em virtude de sua criação, seja divina ou não, os seres humanos precisam, mais do que quase qualquer outra coisa, de ter acesso a água potável todos os dias. Independente da cultura ou das circunstâncias políticas, a necessidade humana básica de água é inegável e altamente natural. Seguindo o entendimento deliberativo, o acesso à água haveria de ser um valor político pois sua aceitabilidade geral do acesso à água como um direito humano, e não com a questão empírica de se já é aceito.

Assim, todas as correntes de direitos humanos qualificariam o direito à água, se assim for aceito, como um direito humano, visto estar ela ligada naturalmente à existência humana. O direito à água não precisa ser concebido apenas como um direito humano. Há muitos outros reconhecimentos de direitos à água na legislação nacional e regional. Essa constatação não impede nossa conclusão aqui: que o direito à água no nível internacional, se assim for aceito, preenche os critérios de um direito humano. O direito humano à água e o reconhecimento do direito no direito interno se complementam apenas sob a roupagem também de um direito fundamental.

No relatório de desenvolvimento humano da ONU de 2006, a organização observara que um movimento global para a garantia ao acesso à água deveria passar por alguns pilares fundamentais para seu sucesso. Por direito à água entende-se aquele que habilita cada pessoa a água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a um bom preço para uso pessoal e doméstico. Um destes pilares seria converter a água num direito humano no qual

“todos os governos deveriam ir além dos vagos princípios constitucionais para a preservação do direito humano à água na legislação em vigor. Para ser cumprido, o direito humano deve corresponder a uma habilitação a um abastecimento de água seguro, acessível e a um preço razoável. A habilitação apropriada deverá variar por país e circunstâncias familiares. Mas implica, no

mínimo, uma meta de pelo menos 20 litros de água potável por dia para cada cidadão — e sem qualquer custo para as pessoas com falta de meios para o seu pagamento. Devem ser estabelecidos indicadores de referência claros para o progresso em direção à meta, com a responsabilização dos governos nacionais e locais e também dos fornecedores de água. Se os fornecedores privados têm um papel a desempenhar no abastecimento de água, alargar o direito humano à água é uma obrigação dos governos” (ONU, 2006, p. 18).

Ao contrário de Constituições como a boliviana⁹ ou a equatoriana¹⁰, a Constituição brasileira não coloca o direito à água dentre os direitos fundamentais previstos.

Em âmbito internacional, contudo, a assembleia geral da ONU, em 2010, já reconhecera expressamente o direito à água como um direito humano¹¹. O direito à água potável e ao saneamento deveria ser reconhecido como um direito humano, essencial para o pleno desfrute da vida e o gozo de todos os demais direitos humanos, exortando-se que os Estados e as organizações internacionais fornecessem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia por meio de assistência internacional e cooperação, particularmente para os países em desenvolvimento, com fito de intensificar os esforços para fornecer água potável e serviços de saneamento acessíveis a todos.

Destas considerações, podemos tomar o direito à água, ou como um direito fundamental derivado (de outro direito fundamental constitucionalmente previsto, como o direito fundamental à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado) ou como um direito humano autônomo.

3.3. Sobre o termo “água”

Primeiramente, tem-se a impressão que o direito humano à água seria de algum modo diferente dos direitos mais tradicionais, como o direito de expressar a própria opinião, o direito

⁹ “Artículo 20. III. *El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley*”.

¹⁰ “Artículo 12. *El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida*”

¹¹ No original: “1. *Reconnaître que le droit à l’eau potable et à l’assainissement est un droit de l’homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l’exercice de tous les droits de l’homme; 2. Demande aux États et aux organisations internationales d’apporter des ressources financières, de renforcer les capacités et de procéder à des transferts de technologies, grâce à l’aide et à la coopération internationales, en particulier en faveur des pays en développement, afin d’intensifier les efforts faits pour fournir une eau potable et des services d’assainissement qui soient accessibles et abordables pour tous (...)*” (ONU, 2010, p. 3). Aponta-se que em outras reuniões da ONU já se reconhecia a importância estratégica da água, e.g. na conferência sobre água das Nações Unidas, realizada em Mar del Plata, entre 14 a 25 de março de 1977, em que se afirmara de forma não tão incisiva que “*all peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs*” (ONU, 1977, p. 66).

a não sofrer ataques à própria vida ou o direito de escolher ou o direito de professar livremente uma religião. Caberia a nós, portanto, questionar se haveria no direito à água como um direito humano algo que explicasse essa diferença a esses demais direitos.

À primeira vista, é o conteúdo do direito: a água. A água é uma bem tangível. Nós podemos nos apoderar dela. Sua quantidade total, portanto, é limitada. Esses fatos são diferentes do conteúdo de inúmeros direitos tradicionais. O conteúdo dos direitos mais tradicionais tem certas características definidoras comuns que a água não compartilha. Os direitos tradicionais são mais usualmente sobre valores abstratos, ou seja, geralmente não são sobre coisas tangíveis e quantificáveis. Deste cotejo, pode se questionar se essa diferença nos impede de aceitar um direito humano à água.

Não há regra ou razão que impeça que coisas tangíveis formem o conteúdo dos direitos. Há alguns outros direitos mais modernos, em realidade, que também dizem respeito a coisas tangíveis, como o direito à moradia ou o direito à alimentação (ainda que ambos façam parte de um valor abstrato que é um padrão de vida adequado). Ambos são aceitos como direitos humanos e, desta feita, não haveria razão pela qual a água não deveria ser um conteúdo possível de um direito. De outro passo, os direitos ainda mais tradicionais são frequentemente conectados de fato a objetos tangíveis. A lei simplesmente escolhe expressar a relação entre coisas tangíveis e os titulares de direitos em termos abstratos. Nesse sentido, o conteúdo do direito humano à água não é, de fato, o objeto água em si, mas seria um direito sobre a relação entre o objeto da água e o detentor dos direitos.

Isso nos dá direito a ações relacionadas à água que deveríamos ser capazes de realizar, assim como com qualquer outro direito. Essa ação pode ser, por exemplo, se beber ou se limpar a água.

Pode-se até argumentar que, se o direito está ligado a uma substância, o uso dessa substância é geralmente mais importante no reconhecimento do direito do que a sua própria substância. Se procurarmos, por exemplo, na discussão sobre o direito ao ar fresco, um tópico frequente na legislação ambiental, estaremos diante de uma discussão sobre o direito à respiração saudável e ser saudável mais valioso que sobre o direito a uma substância feita de oxigênio, nitrogênio e dióxido de carbono. O termo direito humano à água é, portanto, falacioso. É apenas uma versão conveniente e mais curta de um direito mais complexo que é o direito de privilegiar certos usos da água sobre os outros. Daí imperioso, então, se distinguir claramente o que se destina ao direito à água e priorizar as ações mais essenciais (beber, lavar, cozinhar) das ações menos essenciais.

Por estas razões, a objeção geral de que a água é um conteúdo inadequado de um direito não pode ser mantida.

Isso nos leva a um segundo desafio. Definir quando é o momento certo para tornar a água um direito humano. A noção de que, se um recurso está quase extinto e, portanto, torna-se um direito humano fundamental, não faz sentido. Para recursos limitados como beber água, isso significa que há um tempo em que é tarde demais para aceitá-los como formando o conteúdo de um direito. Por outro lado, talvez o próprio momento em que começamos a “levar os direitos a sério” seja exatamente esse período em que mais precisamos deles. Ronald Dworkin usou essa alegação para argumentar que os direitos exigem algumas restrições à democracia para que objetivos políticos possam buscar maximizar o bem-estar político geral¹².

A demanda por um direito deve, portanto, ser urgente o suficiente para justificar seus custos sociais. Sem a necessidade urgente de um direito, simplesmente não há força motriz para sua discussão política e criação. Isso é exatamente demonstrado exemplificativamente pelo direito de limpar o ar: somente com a crescente poluição do ar, a ameaça à saúde humana se torna suficientemente premente para uma discussão séria desse direito.

É exatamente nessa fase entre abundância e extinção quando discutimos a ascensão de um novo direito. A progressiva escassez faz surgir o momento apropriado para o reconhecimento de um direito.

A resposta geral para a questão de saber se água é um conteúdo adequado para um direito humano fundamental é positiva, mas possui restrições. Que a água é uma coisa tangível não é um contra argumento válido, pois outros direitos incluem objetos tangíveis também; é mais uma imprecisão aceitável do próprio termo, mas não um fator que o invalide. Ao lado desta discussão, apenas num entre abundância e escassez que a evolução de um novo direito a um recurso se torna viável.

A água é geralmente um conteúdo adequado sobre o qual pode repousar um direito. Há um valor acrescentado de abordar a necessidade humana através de um direito.

O direito à água pode ser aceito de muitas maneiras diferentes. Responder a esta questão envolve distinguir entre um direito autônomo e um direito derivado, identificando a sua

¹² “If utilitarianism is to figure as part of an attractive working political theory, then it must be qualified so as to restrict the preferences that count by excluding political preferences of both the formal and informal sort. One very practical way to achieve this restriction is provided by the idea of rights as trumps over unrestricted utilitarianism. A society committed to utilitarianism as a general background justification which does not in terms disqualify any preferences might achieve that disqualification by adopting a right to political independence: the right that no one suffer disadvantage in the distribution of goods or opportunities on the ground that others think he should have less because of who he is or is not, or that others care less for him than they do for other people” (DWORKIN, 1989, p. 158).

natureza jurídica como um direito civil e político ou como um direito socioeconômico, para definir o seu conteúdo em relação a outros direitos relacionados e para responder à questão sobre quais os níveis legais.

4. Desenvolvimento da pesquisa - O direito à água como direito autônomo

Os direitos podem ser autônomos (ou independentes) ou podem ser derivados. Naturalmente, até mesmo os direitos autônomos são muitas vezes interligados e entrelaçados entre si. Contudo, faz diferença para a percepção e o potencial da aplicabilidade de um direito, seja ele de sua própria origem ou se sua fonte legal é fundada em outros direitos. Para entender a distinção, é preciso primeiro entender a técnica da derivação legal.

Direitos podem derivar de outro. Um direito que é baseado em pelo menos um outro direito pode ser chamado de direito derivado. Direitos não derivativos em contrário são às vezes chamados de direitos essenciais. Existem, teoricamente, maneiras diferentes pelas quais os direitos podem derivar de outros direitos. Podem ser uma síntese de vários direitos que terminam por gerar um novo direito, pode ser um direito derivado que venha a substituir o direito que lhe deu origem, se em relação a este se mostrar mais adequado, ou pode derivar de um direito demasiadamente amplo que justifique sua ulterior autonomia.

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em novembro de 2002, adotou o comentário geral nº 15 sobre o direito à água afirmando que: “O direito humano à água prevê que todos tenham água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos”. Vê-se, portanto, que no referido comentário, o direito à água é algo ambíguo em ver se o direito à água seria um direito autônomo ou um direito derivado. Todavia, a própria divulgação de um comentário geral específico sobre a água depõe em favor da existência de um direito independente.

Um forte argumento para assumir a autonomia do direito à água é dar mais visibilidade ao cânone de todos os direitos humanos, prestando homenagem ao fato de que a água é uma das necessidades humanas mais fundamentais. Se a independência de um direito é de alguma forma reflexo de sua importância, então este é um forte argumento para assumir a autonomia do direito humano à água. Ademais, se o direito à água fosse um direito derivado, só se poderia presumir uma violação desse direito, se ao mesmo tempo a violação do direito que lhe for fundamento for comprovada. Por exemplo, se se colocar o direito à água como derivado do direito à vida, o indivíduo só teria direito à água se seu direito à vida correr risco de ser violado.

Em argumentação contrária, entendendo o direito à água como derivado, o direito à água possui sempre sua conexão com a vida, a dignidade, a saúde ou um padrão de vida adequado. A água é vista como um dos meios mais importantes para realizar valores como a vida, a dignidade e a saúde, gerando assim fortes ligações com outros direitos humanos.

Para entender a arquitetura única desse direito, deve-se começar em seu núcleo, antes de examinar suas facetas específicas. Em seu cerne, o direito humano à água, como todo direito humano, deriva da dignidade humana.

A ligação entre a vida e a água não poderia ser mais crucial, visto que a vida humana simplesmente não pode existir sem água. Assim, qualquer base legal para um direito humano à água que não leve em conta esse elo crucial não pode ser completa. Antes que qualquer questão de qualidade e disponibilidade surja, o dever de acesso suficiente a água potável, em quantidade suficiente para a vida humana não pode ser subestimado quando se discute as fontes de um direito humano à água.

Se a água não estiver disponível, o direito à vida e à saúde estão em risco. Se a água é geralmente disponível, mas contaminada por microrganismos ou substâncias químicas, o direito à vida e à saúde também estão em risco.

Ao todo, o direito à vida, o direito à saúde e o direito a um padrão de vida adequado são os fundamentos de um direito à água¹³. Da síntese de direitos diferentes, cria-se um novo direito derivativo. Parece que esta é a opção mais adequada para entender o direito à água. O conteúdo normativo do direito à água, que também possui três elementos distintos, qual sejam, a disponibilidade, a qualidade e a acessibilidade. O resultado é, em essência, um direito híbrido: um direito de camadas diferentes. No caso do direito à água, uma dessas camadas deriva do direito à vida, a segunda faz parte do direito a um padrão de vida adequado e a terceira parte do direito à saúde.

Esta é uma solução adequada para entender o complexo direito à água, já que as diferentes reivindicações sob o direito à água são muito diferentes por natureza.

Há três razões pelas quais essa natureza híbrida é frequentemente negligenciada. Em primeiro lugar, uma antiga compreensão do direito à vida, em segundo lugar, a errônea suposição categórica de que um direito deve ser sempre civil político ou socioeconômico e, em terceiro lugar, uma falsa suposição de que uma derivação do direito à vida criaria vastas

¹³ Em posição isolada, aponta-se autores, como Luiz Alberto David Araújo, que inobstante esses direitos fundamentais, o direito à água está incorporado antes e acima de tudo ao direito à propriedade: “a primeira observação é a água enquanto propriedade. Nesse particular, a água é um bem e, como tal, é tratado de forma a ser apropriado. E, como objeto do direito de propriedade, como deveria ser tratada a água? A resposta é singela. Num primeiro momento, dentro da vala comum do direito de propriedade” (ARAÚJO, 2002, p. 26).

obrigações positivas imediatas e uma enxurrada de reivindicações para aplicá-las. Vejamos cada uma destas razões.

A discussão sobre a técnica de derivação conduz ao entendimento que um direito de origem e um direito derivado devem compartilhar certas características. O direito derivado herda todas as suas características legais do direito que lhe deu origem. Sem dúvida, o direito à água é um direito negativo e positivo ao mesmo tempo. Não apenas estabelece regras negativas para que os Estados não interfiram com um suprimento de água existente, mas também impõe obrigações positivas ao Estado para proteger e cumprir esse direito. O direito do qual deriva o direito à água pode, portanto, ser apenas um direito que é negativo e positivo em sua natureza.

No entanto, o caráter do direito à vida como um direito positivo há muito é contestado. O direito à vida é um direito puramente negativo. A eventual tolerância do Estado à fome, ao frio, a intempéries, por exemplo, não constituiria, em princípio, uma violação do direito à vida, apenas nos casos da negação intencional de alimentos a pessoas confiadas, como na falta de cuidado do Estado a presidiários. Pode ainda se adotar uma compreensão mais ampla do direito à vida, enfatizando que o direito à vida é apenas a pré condição para a realização de outros direitos humanos, e que o direito à subsistência não deve fazer parte do direito à vida, pois este deveria pertencer puramente à categoria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Em sentido contrário, pode se supor que o direito à vida não deve apenas proteger contra privação arbitrária, mas também preservar o direito mínimo de todo ser humano de ter os meios apropriados de subsistência e um padrão decente de vida. Assim, a proteção do direito à vida também exigiria que os Estados adotem medidas positivas.

Inobstante a distinção entre direitos civis-políticos e socioeconômicos, compreensível em termos de ordem e clareza jurídica, a fronteira se mostra mais tênue quando os direitos são interligados entre si.

A relutância em aceitar o direito à vida como um dos direitos que sustentam o direito à água e sem o qual este poderia não existir, também pode estar fundamentada no medo de consequências imprevisíveis. Quando uma pessoa é privada de água, seja devido à interferência do Estado, seja devido à interferência de um terceiro, ou o direito à vida estaria em risco ou as obrigações fundamentais sob os direitos a um padrão de vida adequado estariam sendo inobservadas. Com relação ao Estado, há pouca diferença entre ambas as situações, visto que ambas as obrigações são imediatas. Aceitar, portanto, o direito à vida como um dos direitos justificadores do direito à água, portanto, não criaria novas obrigações. Isso apenas tornaria as obrigações existentes mais aplicáveis, em duas dimensões. De um lado, aumentaria o campo no

qual o Estado para se responsabiliza pelas violações mais severas do direito à água, e, de outro, criaria remédios mais fortes para o indivíduo.

Por todas essas razões, parece apropriado considerar o direito à água não como um direito unilateral, mas como um direito de camadas diferentes. Não há regra nem razão que impeça o direito de ser um direito híbrido. Enquanto o interesse ou a substância é importante por trás de um direito e razoavelmente coerente, há uma boa razão para abordar uma variedade de alegações amplas de um direito, mantendo-se apenas a complexidade das reivindicações por trás dessa fachada comum, tal como de que algumas facetas do direito são relacionados à vida, alguns relacionados a um padrão de vida adequado e outros relacionados à saúde, e, desta multiplicidade, revelar sua autonomia.

5. Desenvolvimento da pesquisa - Água e saneamento

A ONU declarou o ano de 2008 como “Ano Internacional do Saneamento”. Os desafios com relação ao saneamento atualmente parecem ser ainda mais intensos do que aqueles relacionados ao acesso à água potável. Portanto, deve se considerar se o saneamento faz parte do direito à água, ou se representaria um direito independente.

A razão mais forte para supor que a água e o saneamento constituem um direito é simplesmente que eles são tão frequentemente tratados juntos. Para combinar os dois tópicos em um direito é que, enquanto o direito à água ainda recebe muito mais atenção do que o direito ao saneamento, os desafios com relação ao saneamento ainda excedem aqueles com relação à água potável. Desta forma, o saneamento poderia se beneficiar da força e da rapidez com que a discussão sobre o direito à água se desenvolveu, criando um terreno mais favorável a que futuramente o saneamento seja reconhecido como um direito humano distinto.

Em análise legislativa, a Lei nº 11.445, de 2007, com redação dada pela Lei nº 13.308, de 2016, dispõe confluente no saneamento básico considera-se o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de (a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição, (b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente, (c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da

varrição e limpeza de logradouros e vias públicas, e (d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Em contrapartida, o tratamento comum do direito à água e do saneamento tem razões práticas ou políticas, não se consubstanciando em uma expressão da convicção legal de que a água e o saneamento devem ser considerados como um direito. Ademais, reunir o direito à água e o saneamento como um único direito implica o risco de criar maior oposição a um direito tão abrangente. Eventualmente um Estado pode aceitar um, mas não o outro, podem decidir objetar ao estabelecimento do direito como um todo. Outro argumento que atua em desfavor da reunião de tratamento do direito à água e do saneamento se dá em razão da natureza jurídica distinta. O saneamento, mais do que muitas outras questões de direitos humanos, evoca o conceito de dignidade humana. Negar o acesso a saneamento infringe o cerne da dignidade humana. Enquanto o saneamento tem seu núcleo intimamente ligado à dignidade, o direito à água potável tem seu cerne sobre o direito à vida. Em outras palavras, os direitos dos quais defluem não são inteiramente os mesmos. Embora, em seu manto, sejam muito semelhantes, já que ambos claramente se relacionam com um padrão de vida adequado e com a saúde, eles distanciam-se em seus núcleos.

Assim, a água e o saneamento não deveriam conceitualmente serem considerados como um único direito humano, mas sim como dois direitos humanos distintos.

6. Desenvolvimento da pesquisa - Instituições para execução do direito à água

Conforme vimos acima ao concluirmos que a existência de um dever do Estado no provimento de água não serve como fundamento único para a afirmação de um direito à água (*supra* item 3), devemos ter que, inobstante não servir como corolário, a existência daquele se mostra umbilicalmente vinculado a este.

Neste ponto, embora inexista um reconhecimento legislativo brasileiro de um direito fundamental à água autônomo, verifica-se o regramento de um serviço público com propósito único de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 disponha que os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como

os terrenos marginais e as praias fluviais, pertencem à União (artigo 20) ou que as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito pertencem aos Estados (artigo 26), isso não significa dizer que as águas são da União, visto que a água é um bem comum.

Com o advento da Lei 11.445 de 05.01.2007, conforme citado supra (item 7) estabeleceu-se as diretrizes nacionais para os serviços públicos de saneamento básico.

O fornecimento de água tratada e o saneamento básico estão classificados como serviços públicos *uti singuli*, ou seja, seus usuários são determinados e a sua utilização é mensurável e particular.

Na jurisprudência, não paira dúvidas quanto à necessidade de pagamento do serviço de fornecimento de água pelos usuários¹⁴, entretanto, ainda que haja o entendimento que tal direito de cobrar conferido às concessionárias do serviço público deve ser interpretado sempre restritivamente, seja pela natureza do bem fornecido, seja pelas regras de direito do consumidor que são incidentes.

O objeto de estudo aqui tratado não repousa, portanto, nos eventuais casos de corte por inadimplência, mas nos casos em que usuários de água tratada sejam submetidos a ficar sem água sem qualquer motivo de ordem técnica ou de segurança.

A Lei 11.445/2007 prescreve que o serviço público de saneamento básico deverá ser remunerado, no caso de não pagamento pelos serviços de abastecimento de água, pode haver a interrupção dos mesmos quando mesmo após notificação formal o usuário não efetuar o pagamento das tarifas correspondentes (artigo 40, V)¹⁵.

A análise da jurisprudência fluminense serve-nos para identificar com clareza a distinção entre o reconhecimento de um direito à água e o reconhecimento de um dever estatal de um serviço público.

7. Conclusão

O direito à água é um direito da mais alta complexidade, por esta razão se faz mister

¹⁴ E.g., STJ, Recurso Especial (REsp) 1250381 RS (2011/0093127-0): “Ementa: REVOGAÇÃO.CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é legal a interrupção do fornecimento de água devido à inadimplência do consumidor, após aviso prévio e desde que não se trate de débitos antigos consolidados, porquanto a essencialidade do serviço não significa a sua gratuidade. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Recurso especial não provido.” (Ministro Relator. Ministro CASTRO MEIRA; Data de publicação: 30/06/2011)

¹⁵ “Os serviços públicos em geral estão adstritos a uma limitação que se dá pela “reserva do possível”, conforme análise feita no presente estudo, por tratar-se de um serviço cuja manutenção depende da contraprestação do usuário. De outro lado, também há a impossibilidade de ser permitido o enriquecimento sem causa de um usuário, ao receber o fornecimento de água tratada sem a devida contraprestação, em detrimento dos demais consumidores e das obrigações da concessionária do serviço público” (REGINATO, 2008, p. 223)

refleti-lo como um direito de várias camadas, uma das quais está intimamente ligada ao direito à vida, com as outras camadas sendo parte do direito a um padrão de vida adequado e outro gravitando em torno do direito ao mais alto padrão de saúde possível. A insuficiente clareza quanto a sua natureza é, antes de um defeito, uma chance de entender o direito de uma maneira mais sutil que seja consistente com as abordagens existentes, levando-se em consideração mais diversificadas matizes de reivindicações.

Tendo estabelecido uma compreensão mais minudente do direito à água, seria mais correto falar sobre direitos à água do que sobre um único direito à água.

Da análise jurisprudencial, temos que o direito à água é visto antes como um dever estatal, oriundo das regras acerca existentes, especialmente no que se refere ao saneamento, que pelo reconhecimento como um direito por si só. A falta do reconhecimento de um direito à água como um direito humano reforça esta ideia. Encontra-se o direito à água, partindo-se da obrigação do Estado fixada em lei, quando, ao nosso ver, a visão deveria ser inversa. Os direitos fundamentais) que servem de fundamentação para as decisões judiciais (como a vida, saúde, meio ambiente equilibrado e moradia digna servem, em realidade, de fundamento para a existência do dever, ainda que sob o argumento da existência de um direito, deixando, contudo, este dependente daquele. Tal entendimento impede que o direito à água possa até mesmo ser visto como um direito fundamental em si, impedindo, por exemplo, a sua horizontalização. Até mesmo a certeza da possibilidade de corte do fornecimento de água pelo não pagamento dos serviços prestados baseia-se muito mais na visão do dever de acesso à água ou ao saneamento que da visão do direito à água e ao saneamento.

Um direito, todavia, não deve depender da existência de um dever para seu reconhecimento. Os direitos podem impor a outrem apenas a obrigação negativa de não violar esses direitos.

O direito à água é maior que a mera dependência do Estado para o atendimento dos interesses ou necessidades particulares ou da existência da obrigação de conferir um benefício a qualquer pessoa, razão pela qual torna-se necessária a reflexão do tratamento que damos a tal direito.

8. Referências

ARAÚJO, L. A. D. *A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais*. Bauru: Ed.ITE, 2002.

BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2009.

- BENTHAM, J. Human Rights. In: WALDRON, J. *Nonsense upon stilts*. New York: Menthuen & Co, 1987.
- DESCARTES, R. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, R. Rights as trumps. In: WALDRON, J. *Theory of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 153-167.
- FACHIN, Z.; SILVA, D. M. D. *Acesso à água potável: Direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millenium Editora, 2012.
- HABERMAS, J. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HAGE, J. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- HART, H. L. A. *Ensayos in Jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.
- ONU. *Report of the United Nations Water Conference*. United Nations Publication. Mar del Plata: [s.n.]. 1977. p. 188.
- _____. *PNUD. Resumo do Relatório do Desenvolvimento Humano 2006*. New York: [s.n.], 2006.
- _____. *United Nations Development Programme. Human Development Report*. United Nations. New York, p. 440. 2006.
- _____. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos. https://web.archive.org/2010/10/12/4145422/http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf. Disponível em: <https://web.archive.org/2010/10/12/4145422/http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.
- _____. *Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 28 juillet 2010. A/Res/64/292*. New York: Publication des Nations Unies. 2010. p. 3.
- PINTO, B. G. C. O novo quadro jurídico dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e os direitos fundamentais: reflexões em direito comparado francês e brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 48, p. 66-87, out.-dez. 2007.
- REGINATO, O. A. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 192-225, jan./mar. 2008.
- SADEQ, H. T. *L'Incontournable question de l'eau*. Colloque International Francophonie et developpement durable. Paris: [s.n.]. 2002. p. 5.
- SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição (3ª tiragem). ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.