

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BIANCA SCHENEIDER SCHMIDT

**ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO: INSTRUMENTO DE MOBILIZAÇÃO E
REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS**

FLORIANÓPOLIS

2016

BIANCA SCHENEIDER SCHMIDT

**ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO: INSTRUMENTO DE MOBILIZAÇÃO E
REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Leticia Albuquerque

FLORIANÓPOLIS

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

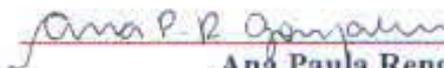
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **Água como um Direito Humano: Instrumento de Mobilização e Redução das Desigualdades Sociais**, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Bianca Scheneider Schmidt, defendido em **29/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de junho de 2016



Dr.ª Leticia Albuquerque
Professor Orientador



Ana Paula Rengel Gonçalves
Membro de Banca



Leatrice Faraco Daros
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Bianca Scheneider Schmidt
RG: 5110000
CPF: 068.330.199-32
Matrícula: 11200047
Título do TCC: Água como um Direito Humano: Instrumento de Mobilização e Redução das Desigualdades Sociais
Orientador(a): Prof. Dr.^a Leticia Albuquerque

Eu, Bianca Scheneider Schmidt, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 29 de junho de 2016.

Assinatura manuscrita de Bianca Scheneider Schmidt em tinta azul.

Bianca Scheneider Schmidt

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço aos meus pais que tiveram a árdua tarefa de sustentar e educar sete filhos. Aliás, cumpriram essa missão com brilhantismo, pois, apesar das dificuldades – e aqui se incluem, principalmente, as financeiras – tivemos tudo o que era necessário para chegar onde estamos. Hoje somos todos filhos crescidos, capazes, saudáveis e do bem!

Ao meu amor Joseph por estar sempre ao meu lado.

Aos meus seis irmãos Thábata, Alexandre, Natasha, Jéssica, Melanie e Mirella pela torcida e por me proporcionarem aconchego e alegria nos eventos da família.

Aos meus sobrinhos Nathan, Samantha, Letícia, Luiza, Fernanda e Matheus, que tornam a minha vida mais bonita.

Aos ilustres professores da UFSC com os quais tive a oportunidade de aprender a ciência jurídica.

Aos amigos que vieram para somar, tiveram significado durante a minha trajetória acadêmica quando escutaram meus desabafos, concederam apoio e/ou me divertiram. São pessoas que carregam imenso carinho: Jaqueline Coelho, Caroline Rinaldi, Eliane Steffens, Jaqueline Brasiliense, Vânia da Silva, Elieser Bueno, Rayane Santos, José M. Nunes.

Por fim, não posso deixar de agradecer a Deus que sempre iluminou meu caminho e é muito generoso comigo.

SCHMIDT, Bianca Scheneider. A água como um direito humano: instrumento de mobilização e redução de desigualdades sociais. 2016. 67 p. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo o Direito Humano à água e a reflexão sobre a necessidade de superar a concepção da água como um produto (commodity) para conquistar a universalização do seu acesso. Por meio do método de abordagem dedutivo e do método procedimental bibliográfico, divide-se em três capítulos, os quais abordam respectivamente o direito humano à água e seus fundamentos, a água no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, as polêmicas em torno da definição do direito humano à água e a mercantilização desse recurso. Constatou-se que, diante de uma crise mundial da água, a Organização das Nações Unidas, em 2010, elevou o direito à água ao status de direito humano. No entanto, esse foi só um primeiro passo para uma longa trajetória rumo a universalização do acesso à água, tendo em conta que há várias questões em torno da recorrente mercantilização do recurso vinculada às injustiças sociais. O direito à água, entretanto, supõe que a água é um direito básico, independentemente da capacidade das pessoas de pagarem por isso. Dessa forma, há uma ênfase nos argumentos de que ela deve ser fornecida como um serviço público. Todos os governos no mundo têm a obrigação, portanto, de tomar providências no sentido de, progressivamente, assegurar o direito ao acesso à água para todos. Verificou-se que no Brasil não há disposição para o atendimento da população economicamente desfavorecida, ou mesmo “inativa”, tendo em vista que o não pagamento é causa legal de suspensão dos serviços de saneamento. No país, apesar de não expresso no texto constitucional, o direito humano à água é inferido por meio do direito à saúde, à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Água, Saneamento, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Meio Ambiente, Crise Mundial da Água, ONU, Política Nacional de Recursos Hídricos, Mercantilização da Água, Privatização, Saúde.

ABSTRACT

This monographic work has as object of study the human right to water and the reflection on the need to overcome the concept of water as a product (commodity) to gain universalization of access. Through deductive method of approach and bibliographic procedural method is divided into three chapters, which respectively address the human right to water and its grounds, the water in the Brazilian legal system and, finally, the controversies surrounding the definition the human right to water and the commodification of this feature. It appears that, facing a global water crisis, the United Nations, in 2010, raised the right to water to the status of human rights. However, this was only a first step in a long journey toward universal access to water, taking into account that there are several issues surrounding the applicant's commodification of the linked use of social injustice. The right to water, however, assumes that water is a basic right, regardless of the ability of people to pay for it. Thus, there is an emphasis on arguments that it should be provided as a public service. All governments in the world have a duty therefore to take action in order to progressively ensure the right to access to water for all. It was found that in Brazil there is no provision for the care of the economically disadvantaged population, or "inactive", given that the non-payment is legal cause for suspension of sanitation services. In the country, although not expressed in the Constitution, the human right to water is implied by the right to health, to life, to an ecologically balanced environment and to human dignity.

Keywords: Water, Sanitation, Human Rights, Fundamental Rights, Environment, Global Water Crisis, UN, National Water Resources Policy, commodification of water, Privatization, Health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SEUS FUNDAMENTOS	11
1.1 PANORAMA DA CRISE MUNDIAL DA ÁGUA	11
1.2 PRINCIPAIS RAZÕES DA CRISE.....	15
1.3 O DIREITO HUMANO À ÁGUA.....	18
1.3.1 Direito Humano à Água: o papel da Organização das Nações Unidas	19
1.3.2 O Reconhecimento Formal do Direito Humano à Água e ao Saneamento pela ONU.....	22
1.3.3 Obrigações dos Governos.....	26
2. A ÁGUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
2.1 ASPECTOS DO CENÁRIO BRASILEIRO EM RELAÇÃO À ÁGUA.....	28
2.2 REGIME JURÍDICO DAS ÁGUAS NO BRASIL.....	29
2.2.1 Regime Jurídico das Águas na Constituição Federal de 1988.....	30
2.2.2 A Política Nacional de Recursos Hídricos : a Lei n. 9.433/97	31
2.2.2.1. Fundamentos.....	32
2.2.2.2. Objetivos.....	34
2.2.2.3. Diretrizes	35
2.2.2.4 Os instrumentos de gestão	36
2.2.2.5 Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.....	40
2.2.2.5.1 Estrutura e atribuições por órgão.....	41
3. POLÊMICAS EM TORNO DA DEFINIÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA E DA SUA MERCANTILIZAÇÃO.....	44
3.1 A ESSENCIALIDADE DA ÁGUA JUSTIFICA SEU STATUS DE DIREITO HUMANO?	44
3.1.1 Saneamento e Saúde	44
3.1.2 Direitos Humanos <i>Versus</i> Direitos Fundamentais.....	46
3.2 A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO HUMANO À ÁGUA E A PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS	47
3.3 PRECEDENTES DO RECONHECIMENTO DA ÁGUA ENQUANTO DIREITO HUMANO NA AMÉRICA LATINA	52
3.4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO AO SANEAMENTO	54
3.4.1 Análise do Recurso Especial n. 1.366.337 – RS de Relatoria do Ministro Humberto Martins.....	55
CONCLUSÃO.....	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

A preocupação em torno da água no mundo surgiu num contexto de industrialização, produção e consumo da população incompatível com o requisito de sustentabilidade das diversas formas de vida conhecidas no planeta. Dessa forma, os sistemas de produção utilizam-se de todos os insumos disponíveis sem se preocupar com a capacidade do meio ambiente de se regenerar e de absorver as consequências prejudiciais provenientes dos próprios sistemas. Foi nessa conjuntura que, na década de 70, iniciou-se o surgimento das grandes conferências internacionais dedicadas aos problemas dos recursos hídricos e, junto a elas, diversas declarações e proclamações, pelas quais se tentava chamar a atenção de todos para a urgência que a questão demandava.

No cenário brasileiro, a crise no abastecimento de água potável na Região Sudeste entre 2014 a 2015 serviu de gatilho para o despertar de várias questões em relação à problemática em torno desse bem tão essencial à vida.

Ficou evidente que a falta de investimentos nesse setor econômico não acontece apenas no nordeste do país e, apesar de o acesso a esse recurso natural ter sido declarado um direito humano pela Resolução 62/292, de 2010, da Organização das Nações Unidas (ONU), devido a sua essencialidade para a vida na terra, sua concepção é marcada pela função econômica desse bem, dando-se mais valor à sua visão como produto (commodity).

No mundo, o maior passivo na questão relacionada ao acesso da água potável e segura está na população mais carente que vive nas periferias. Então, o problema que suscita o presente trabalho consiste em investigar se há coerência na exigência de um preço e uma condição financeira mínima para ter acesso à água potável, tendo-se em vista que ela foi elevada ao “status” de direito humano pela ONU, em 2010.

No Brasil há apenas solução legislativa no sentido de instituir tarifas sociais, com critérios de concessão estabelecidos pela concessionária do serviço, ao passo que outros países já evoluíram, a exemplo da Colômbia que, em sua constituição, determinou que os administradores do serviço têm o dever de fornecimento mínimo gratuito de 50 litros diários de água potável por pessoa.

O método que será utilizado é o dedutivo por meio do levantamento bibliográfico de autores que já trataram direta ou indiretamente do assunto, que servirão como base da reflexão que versa esse trabalho, bem como pesquisa jurisprudencial a respeito do tema.

O objetivo geral é considerar a água como um direito humano e, a partir disso, refletir sobre a necessidade de ampliar a disponibilidade dos serviços para comunidades carentes e a

expurgação da concepção da água como produto (commodity).

Para construir esse raciocínio jurídico, este trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo cinge-se em examinar o direito humano à água e seus fundamentos, abordando o panorama da crise mundial, suas razões e o histórico da luta que levou a ONU a positivizar esse direito.

O segundo capítulo trata da água no ordenamento jurídico brasileiro, em especial da Lei 9.433/97 (Lei das Águas) que foi um marco importante e um avanço na legislação concernente a gestão dos recursos hídricos no país.

Já o terceiro capítulo visa refletir sobre as polêmicas que circundam o conceito do direito humano à água e a sua mercantilização e, por conseguinte, analisar o elo entre a saúde e o saneamento da população, a compatibilidade do direito humano à água e a privatização desse recurso e, por fim, realizar um estudo jurisprudencial para referir o papel do poder judiciário na efetividade do direito humano à água.

1. O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SEUS FUNDAMENTOS

1.1 PANORAMA DA CRISE MUNDIAL DA ÁGUA

Por obra de um modelo de desenvolvimento insustentável – predatório e excludente – as reservas de água doce do planeta estão ameaçadas não apenas pelas mudanças climáticas, mas também pelo expressivo aumento da demanda devido ao crescimento econômico e ao rápido aumento populacional nas grandes cidades, bem como ao processo de degradação qualitativa (assoreamento dos rios, contaminação por esgoto doméstico e industrial, pesticidas, fenóis etc.), às ultrapassadas redes de abastecimento com perdas significativas, erosão do solo, desertificação e as técnicas de irrigação abusivas. A saúde humana, conseqüentemente, torna-se fragilizada pelos efeitos cumulativos da poluição da água e das cadeias alimentares, refletindo nos altos índices de mortalidade infantil por diarreia ¹.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), 884 milhões de pessoas não tem acesso à água potável segura e 2,6 bilhões não dispõem de saneamento básico. Além disso, dispara um alerta ao apontar que no ano de 2025, um terço da população mundial não terá acesso à água potável para satisfazer suas necessidades básicas.

Assim, a carência de acesso à água limpa e ao saneamento é grave, podendo ser considerada uma das questões de direitos humanos mais urgentes do nosso tempo.

Aproximadamente 3,6 milhões de pessoas, 1,5 milhões delas crianças, morrem todos os anos de doenças relacionadas à água, incluindo diarreia, febre tifoide, cólera e disenteria. Um bilhão de pessoas ainda defecam em lugares inadequados e 2,5 bilhões vivem sem serviços de saneamento básico. Em 2030, mais de 5 bilhões de pessoas – quase 70% da população mundial corre o risco de viver sem saneamento adequado ².

As pessoas mais afetadas são aquelas que vivem em favelas ou comunidades rurais empobrecidas na América Latina, Ásia e África. Esses “refugiados da água”, sem conseguirem acesso às suas fontes tradicionais de água, seja porque elas desapareceram, ou foram poluídas, e incapazes de pagar as altas taxas impostas pelos serviços de água recentemente privatizados, contam com fontes de água para beber contaminadas por seus próprios dejetos não tratados, bem como venenos industriais³.

¹WOLKMER, 2012, p. 188.

²BARLOW, 2015, p. 19.

³BARLOW, 2015, p. 20.

A crescente transformação da água mundial em uma mercadoria tornou-se cada vez mais inacessível àqueles sem dinheiro. Muitos países pobres foram vigorosamente encorajados pelo Banco Mundial a contratar serviços de água de empresas prestadoras de serviços privados e com fins lucrativos, uma prática que gerou uma resistência feroz daqueles milhões deixados do lado de fora devido à pobreza. Outras disputas estão ocorrendo com empresas de água engarrafada que drenam as reservas locais. “Tomadas de terras” por países e fundos de investimentos que compram faixas enormes de terras no hemisfério sul para terem acesso à água e ao solo futuramente são frequentes⁴.

De acordo com Taiane Lobato de Castro⁵, “estima-se que 80 por cento das doenças e mais de um terço da mortalidade no mundo inteiro são decorrentes, principalmente, da falta de esgoto sanitário e da má qualidade da água utilizada pela população”. Ela completa, ainda, que o acesso ao saneamento diminui a chance de mortalidade infantil em 32,46 por cento.

A falta de saneamento promove cenários de vulnerabilidade socioambiental, especialmente em áreas ocupadas por classes sociais menos favorecidas. Nesses locais há um grande risco de degradação o meio ambiente, em virtude da contaminação dos recursos, o que acarreta em consequências generalizadas sobre a saúde da população. Isso acontece porque o esgoto acaba sendo jogado às margens de rios, lagoas ou nascentes. Com a soma do acúmulo do lixo e a falta de dragagem, em ocasiões de grande precipitação ocorrem enchentes que contaminam as residências, tornando o ambiente insalubre e propício para a proliferação de insetos e roedores que funcionam como vetores de doenças infecto-parasitárias⁶.

Não se olvida, portanto, que “a precariedade do saneamento básico e acesso à água potável tem sempre a ver com o uso desigual dos recursos disponíveis e com a não universalidade de direitos, evidenciando-se por aí processos de exclusão e de reprodução de desigualdades sociais no próprio espaço urbano”⁷.

Tudo isso nos faz avaliar que as condições para o futuro não são favoráveis. A questão é tão complexa que há pesquisadores que afirmam que a água pode ser o estopim para uma terceira guerra mundial, substituindo a posição do petróleo como substância mais valiosa do planeta. Contudo, sabe-se que o petróleo (ouro negro) pode ser substituído por outras fontes energéticas, inclusive renováveis, enquanto que a água, recurso indispensável para a sobrevivência, não possui sucedâneo⁸.

Aliás, considerar que as guerras do século XXI acontecerão em razão da água, é ignorar alguns fatos que acontecem diariamente no mundo todo. Assim, os conflitos pela água

⁴ BARLOW, 2015, p. 20-21.

⁵ CASTRO, TAIANE LOBATO, 2011, p.49, Apud MARCOS, 2012, p. 41.

⁶ OLIVEIRA, 2008, p. 2.

⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 2.

⁸ LEITE, 2015, p. 448.

já existem e são violentos em diversos lugares, porém esses episódios são pouco noticiados pela mídia. Como exemplo disso, tem-se a guerra ocorrida na Bolívia em março de 2001, na qual o governo boliviano, com o objetivo de beneficiar as companhias privadas que receberam o direito de abastecer a cidade de Cochabamba, fez votar uma lei que proibia os habitantes de utilizarem seus próprios poços, cuja água era gratuita e de boa qualidade. Na ocasião houve grande revolta da população local e as forças de polícia atiraram na multidão, causando a morte de oito pessoas. Após a repressão, o governo foi obrigado a recuar e permitir que a população usasse as suas águas, como de costume⁹.

O reconhecimento das Nações Unidas da necessidade de consagrar o acesso à água e ao saneamento ao status de direito humano demandou cerca de duas décadas de luta e envolveu muitas pessoas e organizações dedicadas. “O apelo veio das lutas de pessoas em milhares de comunidades mundo afora que buscavam a simples dignidade de poderem desfrutar de água limpa para o seu dia a dia e serviços de saneamento básico”¹⁰. Havia também uma necessidade de proteger suas fontes de água locais do abuso corporativo e dos governos.

Como descreve Christian G. Caubet, nos últimos 25 anos iniciou-se uma grande mobilização mundial de interesses econômicos objetivando despossuir o Poder Público/Estado da incumbência de zelar pela captação, tratamento e distribuição da água potável e pelo saneamento básico. Esse contexto, composto de industrialização, produção e consumo, era incompatível com o requisito de sustentabilidade das diversas formas de vida conhecidas no planeta. Em resumo, os sistemas de produção usam todos os insumos disponíveis sem se preocupar com a capacidade do meio ambiente de se regenerar, bem como de absorver as consequências prejudiciais oriundas do funcionamento dos próprios sistemas.

A questão da qualidade da água apareceu associada às quantidades disponíveis: cada vez mais gente no planeta, passava a dispor de cada vez menos água, já que as “exigências da produção” consumiam e poluíam maior quantidade de água. É nesse contexto que surgiram as grandes conferências internacionais dedicadas aos problemas dos recursos hídricos e, junto a elas, diversas declarações e proclamações, pelas quais se tentava chamar a atenção de todos para a urgência da reação de todos para a urgência da reação¹¹.

Com efeito, desde a primeira conferência mundial significativa sobre a água (organizado em 1977 pela ONU em Mar del Plata, Argentina) os líderes mundiais estão cientes dos problemas relacionados com o acesso à água em quantidade suficiente e de

⁹ CAUBET, 2006, p. 30.

¹⁰ BARLOW, 2015, p. 29-30.

¹¹ BARLOW, p. 58.

qualidade adequada, e dos riscos associados às faltas crescentes e à degradação do abastecimento. A conferência do Mar Del Plata expôs um plano de ações e estabeleceu que a água seria uma das questões mais importantes da agenda política internacional¹².

Após foi lançada pela ONU, na década de 80, A Década Internacional da Água Potável e Saneamento com o objetivo de permitir que todos os homens e mulheres do mundo tivessem acesso à água potável segura até o ano de 2000. Assim, ela foi acompanhada por uma intensificação das reuniões, conferências e fóruns.

Em janeiro de 1992, a Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável – Conferência de Dublin (Irlanda), no contexto do seu quarto princípio, institui que é vital reconhecer inicialmente o direito básico de todos os seres humanos terem acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. No mesmo ano a ECO-92, no Rio de Janeiro, reverenciou o conceito de desenvolvimento sustentável e lançou a base para uma política ambiental mundial. Resultado de fundamental importância da conferência do Rio foi a assinatura da Agenda 21 que, em seu capítulo 18, reafirmou a necessidade urgente para uma política mundial da água.¹³

Após, o Banco Mundial publicou um relatório sobre o gerenciamento de recursos hídricos, no qual asseverou que a água é um recurso cada vez mais escasso e, por isso, necessita de um cuidadoso gerenciamento econômico e ambiental. Além disso, em consonância com os interesses de grupos representativos dos setores da água, divulgou a tese de que o uso abusivo (desperdício) tanto na agroindústria quanto no consumo doméstico deve ao fato de a água ser considerada, até o momento, um bem social e não uma mercadoria, portanto o seu preço foi mantido artificialmente baixo. Dessa forma, para os defensores dessa tese, a solução do problema estaria em priorizar e em aumentar o valor econômico da água, assim sendo redefinida como um bem econômico¹⁴.

No marco dessas considerações, em 1996, o Banco Mundial, acompanhado de outras agências das Nações Unidas, governos de alguns países (Suécia e os Países Baixos, por exemplo) e corporações privadas (Suez-Lyinnaise des eaux), fundaram o Conselho Mundial da Água que tem como tarefa desenvolver, propor e promover uma visão mundial comum das questões relacionadas com a água¹⁵. Porém, a participação de grandes corporações da água nessa, bem como em outras organizações internacionais, foi consolidando os modelos de gestão de recursos hídricos que preparam o caminho para a privatização da água em inúmeros

¹² PETRELLA, 2004, p. 45.

¹³ PETRELLA, 2004.

¹⁴ WOLKMER, 2012, p. 192.

¹⁵ PETRELLA, 2004.

países¹⁶.

Para a ativista canadense Maude Barlow, a discussão sobre o reconhecimento da água e do saneamento como direito humano não se restou circunscrita dentro de uma simplicidade resumida de sua interligação com sua essencialidade, muito pelo contrário, houve muitos adversários poderosos que atuavam com o objetivo de evitar que esse direito fosse oficialmente reconhecido. Dentre esses oponentes poderosos, estão inclusos o Conselho de Água Mundial e o Banco Mundial:

O Conselho Mundial da Água e o Banco Mundial promovem sistemas de fornecimento de água privados e com fins lucrativos, desse modo encorajando o conceito da água como uma necessidade que pode ser provida por operadores privados, assim como públicos. O direito à água, entretanto, denota que a água é um direito básico, independentemente da capacidade das pessoas de pagarem por isso, e reforça os argumentos de que ela deve ser fornecida como um serviço público¹⁷.

Nessa perspectiva, o Conselho Mundial da Água promove a cada três anos o Fórum Mundial da Água. Esse evento tem por objetivo promover o diálogo para influenciar o processo decisório sobre água no nível global, visando o aproveitamento racional e sustentável deste recurso. Contudo, em nenhum desses encontros, desde a sua criação em 1997, houve o reconhecimento da água como direito humano.

Um destaque é o Fórum realizado em março de 2009, em Istambul, na Turquia, com a participação de mais de 25.000 delegados de 150 países, a Declaração Ministerial repetiu a posição que vinha adotando em todos os fóruns, vez que os líderes se recusaram a incluir a água em seus princípios, compromissos e orientações como um direito humano. Tal ato foi criticado pelo então presidente da Assembleia Geral da ONU, Miguel d'Escoto Brockmann, na ocasião de seu discurso¹⁸. No total, sete Fóruns já foram realizados e o Brasil sediará, em 2018, na cidade de Brasília, o 8º Fórum Mundial da Água, sendo a primeira edição no hemisfério sul.

1.2 PRINCIPAIS RAZÕES DA CRISE

A crise hídrica é tratada como uma crise global e mesmo que os líderes mundiais estejam cientes dos problemas relacionados com o acesso à água, sua quantidade, sua

¹⁶ WOLKMER, 2012, p. 192.

¹⁷ BARLOW, 2015, p. 32.

¹⁸ WOLKMER, 2012, p. 205

qualidade, bem como os riscos associados às faltas crescentes e à degradação do abastecimento, pois essa é uma preocupação que remonta na Conferência de Mar del Plata, em 1977, não há previsões otimistas de superação dessa crise.

Ricardo Petrella¹⁹ menciona quatro grupos de razões, não exaustivas, para explicar o agigantamento da crise hídrica. O primeiro deles, “distribuição desigual de recursos hídricos”, envolve a escassez local séria em determinadas regiões. Atenta para o fato de sessenta por cento dos recursos estarem situados em apenas nove países (incluindo Brasil, Rússia, China, Canadá, Indonésia, e os Estados Unidos), enquanto que oitenta países – quarenta por cento da população mundial – enfrentam escassez de água. O Norte da África e o Oriente Médio são as regiões mais afetadas.

Contudo, independentemente do nível total de recursos hídricos de um país, a escassez de água afeta grupos sociais e regiões de forma diferente. Assim, na África do Sul, país rico em água, seiscentos mil fazendeiros brancos que praticam irrigação consomem sessenta por cento dos recursos hídricos do país, enquanto que 15 milhões de negros não tem acesso à água²⁰.

A segunda categoria de razões diz respeito a todos os fatores relacionados com o desperdício e o mau gerenciamento dos recursos disponíveis que são a causa de uma queda de trinta e sete por cento na captação. A utilização de água aumentou seis vezes entre 1900 e 1995, enquanto os recursos hídricos tiveram suas quantidades inalteradas. A agricultura absorve em média setenta por cento, ficando vinte por cento para a indústria e dez por cento para usos domésticos, entre outros. Porém, o maior problema é a quantidade de água que é desperdiçada. Os sistemas de irrigação agrícola perdem em torno de quarenta por cento da água que consomem e, ainda, cinquenta por cento da água potável tratada é perdida devido aos vazamentos dos canos de água, sistema esse que tem sua maior parte construída antes mesmo da Segunda Guerra Mundial. Tal desperdício somado ao aumento do consumo que se dá pelo crescimento populacional, pela atividade econômica e pela expansão da poluição, tendem a agravar a crise. De acordo com a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (Unido), as atividades industriais poderão utilizar duas vezes mais água até o ano de 2025 e a poluição quatro vezes²¹.

Esses fatores trazem à baila o terceiro grupo o qual se refere ao número crescente de fatores que causam poluição, quais sejam os principais: uso maciço de produtos químicos e

¹⁹ PETRELLA, 2004, p. 52.

²⁰ PETRELLA, 2004, p. 54.

²¹ PETRELLA, 2004, p. 55.

metais pesados; incapacidade de tratar os resíduos domésticos e industriais, sendo que a maior parte é lançada diretamente nos rios; exploração intensa de água subterrânea; falta de saneamento básico para metade da população mundial; degradação do solo causado pelo desflorestamento e desertificação, etc. e, por último, as enchentes e outros distúrbios, cada vez menos “naturais”.

Por fim, a quarta categoria principal é o crescimento populacional, ao passo que cada vez menos a água estará disponível para uma quantidade cada vez maior de pessoas. Estima-se que daqui a vinte e cinco anos haverá mais dois bilhões de pessoas na terra. No entanto, Ricardo Petrella afirma que esse argumento não leva em conta a enorme desigualdade no consumo entre os seres humanos e ressalta:

Em suma, a evidência demonstra que uma das causas principais do problema da água nas sociedades contemporâneas – em nível continental e global assim como em um nível local – é o poder político, tecnocrático, econômico, financeiro, simbólico e cultural exercido pelas gerações de “senhores” para quem a própria água é uma fonte de poder, de riqueza e de dominação. É aqui que se encontra o obstáculo principal²².

Chama a atenção para o fato de que é possível viver sem internet, sem petróleo, sem fundo de investimentos ou uma conta bancária, porém não existe vida sem água. Ela faz parte da composição de organismos vivos, é fundamental aos mais variados processos biológicos, ao equilíbrio dos diversos ecossistemas, bem como a própria regulação do clima. Assim, o controle da água não pode ser entregue à lógica das finanças e do mercado, pois esses garantem o direito à vida somente àqueles que dispõem de recursos financeiros para pagá-la²³.

Sustenta, igualmente, que a água hoje é um território cheio de riscos. Tais riscos não são inerentes apenas à falta, poluição e desperdício, mas de ressurgente desigualdade, injustiça, conflito armado e discórdia entre as comunidades humanas e entre gerações. Por isso, ressalta a necessidade urgente de uma revolução da água e para que ela aconteça, é preciso, preliminarmente, reconhecer a água como um patrimônio da humanidade, como fonte de vida e um recurso fundamental para o desenvolvimento sustentável do ecossistema Terra.

Chegou a hora de nós humanos aprendermos a controlar o bombeamento, o armazenamento, a produção, o uso, a conservação e a proteção da água, em uma base de democracia e de solidariedade e em todos os níveis da organização da sociedade. “Boa governança” com relação à água não pode ser conseguida a não ser através da democracia. Criar condições que permitam a todos os seres humanos exercer seu direito fundamental de acesso à água potável – que é um direito à vida – é uma questão de cidadania²⁴.

²² PETRELLA, 2004, p. 56-58.

²³ PETRELLA, 2004.

²⁴ PETRELLA, 2004.

1.3 O DIREITO HUMANO À ÁGUA

Como visto, os movimentos hídricos que ocorreram nos últimos anos impulsionam um enfrentamento e um repensar sobre o tratamento despendido ao direito e a governança da água.

Seu entendimento como, apenas, uma necessidade humana básica, bem como sua gestão privada, econômica e sem participação social, ganha novas perspectivas: a governança (democrática, comunitária, entre outras) e seu reconhecimento como um direito humano e, até mesmo, para alguns países da América Latina, como da natureza²⁵.

Faz em torno de quatro décadas que a ideia de um direito humano a Água é tratada e debatida em congressos, em fóruns e em documentos internacionais. No Brasil, a sua observação enquanto direito humano-fundamental é mais recente, conferida, porém não de forma expressa, na promulgação da Constituição da República de 1988.

Em seu estudo histórico, o direito humano à água, quando não previsto expressamente ou especificamente em convenções e em tratados, tinha sua compreensão derivada de outros direitos, tais como à vida, à dignidade, ao meio ambiente equilibrado, entre outros.

Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos²⁶, proclamada pela Assembleia da ONU em 1948, em seu art. 25,1, dispõe que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]”. A água não está incluída expressamente nessa declaração, porquanto na época não havia uma preocupação internacional com a escassez da água, pois suas reservas pareciam abundantes. Mas esse direito pode ser inferido, ao passo que não é possível ter um nível de vida adequado sem acesso à água²⁷.

Cumprir destacar que há diversos tratados internacionais que reconhecem o direito humano à água. O primeiro deles foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, em 1979, a qual obriga a todos os estados signatários, incluindo o Brasil, a garantirem às mulheres residentes das zonas rurais o direito de usufruir de condições de vida adequadas, particularmente no que respeita ao saneamento e ao abastecimento de água²⁸.

²⁵ CORTE, 2015, p. 467.

²⁶ BRASÍLIA, 1998.

²⁷ CORTE, 2015, p. 480.

²⁸ CORTE, 2015, p. 484.

Outro tratado é a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, que em seu art. 24 prevê que os Estados signatários são obrigados a implementarem os direitos das crianças à saúde, tomando as medidas necessárias para o combate de doenças e da desnutrição através do fornecimento de água potável. Já, o art. 28 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2006, assegura o acesso em condições de igualdade das pessoas com deficiência aos serviços de água potável²⁹.

Contudo, todos esses direitos à água previstos em tratados internacionais, tais como os citados acima, devido a sua reduzida abrangência de sujeitos, não são considerados como declarações, propriamente, de um direito humano à água, pois tal direito, por definição, tem que ser aplicável a todos os seres humanos³⁰. Necessário se faz, portanto, analisar o Comentário Geral n.º 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que também prevê, de forma direta, em sua redação, o direito humano à água.

1.3.1 Direito Humano à Água: o papel da Organização das Nações Unidas

O comentário Geral n.º 15, adotado em 2002 e publicado em 2003 na 29ª sessão do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU é uma interpretação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no qual o direito à água encontra-se implícito³¹.

Segundo Brzezinski³²:

As observações gerais são interpretações do Pacto, destinadas a orientar os Estados na sua implementação. Portanto, não formulam obrigação legal aos Estados. Na prática, significam que o Comitê tem a expectativa de que os 160 Estados Partes do Pacto comentem em seus relatórios gerais sobre a implementação dos direitos referidos no Pacto, nesse caso, o direito à água.

O Comitê, então, utilizou o artigo 11 do pacto supracitado, que delibera sobre o direito de todos a um nível de vida adequado, tendo em vista que ele não é possível sem a garantia do direito à água e, ainda, considerou as disposições sobre saúde física e mental contidas em seu artigo 12. Em sua visão, o acesso à água potável também é essencial para a concretização do direito à vida e à dignidade humana, à saúde, e é também um pré-requisito da realização de outros direitos humanos.

²⁹ CORTE, 2015, p. 484-486.

³⁰ CORTE, 2015, p. 486.

³¹ CORTE, 2015, 487-488.

³² Apud CORTE, 2015, p. 488.

Além de elaborar o conteúdo normativo do direito à água, o Comentário n.º 15 estipula obrigações aos Estados signatários para a sua implementação e dispõe, em seu conteúdo, que a água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a promoção e a efetivação de vários direitos, dentre eles à vida digna e à saúde. Nessa senda, a água deve ser tratada como um bem social e cultural (portanto, não apenas como um bem econômico). Ademais, aduz que a forma de ser realizado o direito à água deve ser sustentável, a fim de que ele possa ser desfrutado pelas presentes e pelas gerações por vir³³.

Apesar de reconhecer que as diferentes condições socioeconômicas podem influenciar a dimensão e o acesso à água pelas pessoas, o Comentário Geral n. 15 define o direito humano à água como direito humano de todos de dispor de água suficiente, segura, aceitável e fisicamente acessível para uso pessoal e doméstico³⁴.

Por direito à água suficiente, segundo o Comentário, o abastecimento de água e a disponibilidade de saneamento para cada pessoa deve ser contínuo e suficiente para usos pessoais e domésticos. Estes usos incluem, habitualmente, sedentação, saneamento pessoal, lavagem de roupa, preparação de refeições e higiene pessoal e do lar. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), são necessários entre 50 a 100 litros de água por pessoa, por dia, para assegurar a satisfação das necessidades mais básicas e a minimização dos problemas de saúde.

Ao estabelecer o direito humano de todos de dispor de água segura, o Comentário refere que a água necessária para o uso doméstico deve estar isenta de microrganismos, substâncias químicas ou contaminantes radiológicos que constituam uma ameaça para a saúde. As instalações devem estar localizadas onde a segurança física possa ser garantida. Assegurar um saneamento seguro também demanda educação e promoção significativas sobre regras de higiene. Significa isto que os sanitários devem estar disponíveis para serem utilizados a qualquer momento do dia ou da noite e devem ser higiênicos; as águas e os sólidos residuais deverão ser eliminados de forma segura e as instalações sanitárias deverão ter uma construção sólida. Os serviços devem assegurar a privacidade e os pontos de água devem estar posicionados de forma a permitir o exercício da higiene pessoal, incluindo a higiene menstrual.

Da mesma forma, por direito à água aceitável, o Comentário considera que ela deve ter cor, odor e sabor aceitáveis para o consumo pessoal e doméstico. Além disso, dispõe que todas as instalações e serviços de água e saneamento devem ser culturalmente adequados,

³³ CORTE, 2015, p. 492.

³⁴ WOLKMER, 2012, p. 201.

devendo levar em conta requisitos de gênero, ciclo de vida e privacidade. O saneamento precisa ser culturalmente aceitável, assegurado de forma não-discriminatória e incluir os grupos vulneráveis e marginalizados.

Sobre o direito à água fisicamente acessível, traduz-se que todos têm direito a serviços de água e saneamento que sejam fisicamente acessíveis dentro, ou na proximidade imediata, do lar, local de trabalho e instituições de ensino ou de saúde. De acordo com a OMS, a fonte de água deverá localizar-se a uma distância máxima de 1.000 metros do lar e o tempo de recolha não deverá ultrapassar 30 (trinta) minutos.

Por fim, o Comentário preconiza que as instalações e serviços de água e saneamento deverão estar disponíveis a preços razoáveis para todos, mesmo aos mais pobres. Os custos dos serviços de água e saneamento não deverão ultrapassar 5% do rendimento familiar, ou seja, estes serviços não deverão afetar a capacidade das pessoas adquirirem outros bens e serviços essenciais, incluindo alimentação, habitação, serviços de saúde e educação.

Impende mencionar que o direito à água, pelo Comentário, impõe aos Estados três obrigações básicas, as quais devem ser garantidas por ele e, ainda, possuem efeito imediato, são elas: a de respeitar, a de proteger e a de implementar o direito à água. Nesse sentido, convém descrevê-las:

1- Obrigação de respeitar: todo governo deve evitar qualquer ação ou política que interfira nos direitos à água e ao saneamento. Então, os serviços hídricos essenciais não podem ser negados a uma pessoa pela sua incapacidade de pagar. Em termos de saneamento, a obrigação de respeitar a população local figura no sentido de que as pessoas não podem ser impedidas pelo governo de terem acesso ao saneamento, sem proporcionar alternativas aceitáveis³⁵.

2- Obrigação de proteger: todo governo tem o dever de evitar que terceiras partes interfiram no gozo do direito humano à água.

Cidadãos e comunidades podem começar agora a responsabilizar os seus governos se empresas de mineração, prospecção de petróleo ou de energia estão destruindo suas fontes locais de água. Em termos do direito ao saneamento, os governos são obrigados a assegurar que indivíduos ou grupos privados não impeçam qualquer um de ter acesso ao saneamento apropriado, por exemplo, cobrando excessivamente pelo uso dos sanitários³⁶.

3- Obrigação de executar: os governos têm a incumbência de adotar medidas adicionais necessárias para a realização do direito à água.

³⁵ BARLOW, 2015, p. 43.

³⁶ BARLOW, 2015, p. 43.

Isso significa que os governos têm de facilitar o acesso, fornecendo serviços hídricos em comunidades onde existem, e eles têm de assegurar que os padrões e as normas apropriadas estejam em vigência para auxiliar os indivíduos com a construção e manutenção de sanitários. Onde indivíduos ou grupos são incapazes de fornecer serviços hídricos e de saneamento para si mesmos, os governos têm de providenciar o auxílio necessário, incluindo treinamento para transmissão de informações e acesso à terra³⁷.

Desse modo, os Estados têm a incumbência de adotarem estratégias e planos nacionais de ação, criarem sistemas de monitoramento de acesso à água, desenvolverem programas para ajudar os grupos mais vulneráveis, bem como adotarem as medidas necessárias para minimização das doenças relacionadas com a água, objetivando atender todas essas obrigações³⁸.

Após uma breve análise do seu conteúdo, constata-se que, embora os Comentários Gerais não possuam uma interpretação juridicamente vinculativa, ou seja, eles não têm a força legal para criar obrigações jurídicas diretas para os Estados, o Comentário Geral n.º 15 foi um marco importantíssimo para o reconhecimento do direito humano à água, ao passo que ele representa a previsão explícita de um direito independente e geral (quanto aos sujeitos) aplicável à água, bem como reconhece a conexão desse direito com outros, tais como o direito à vida e à dignidade humana³⁹.

1.3.2 O Reconhecimento Formal do Direito Humano à Água e ao Saneamento pela ONU.

Foi a passos lentos que o direito humano à água passou a ser tratado em algumas resoluções e declarações internacionais, desde 1999. Dentre elas a mais importante foi o Comentário Geral n.º 15, analisado no tópico anterior. Mas uma interpretação de uma convenção existente não tem o mesmo papel que o próprio instrumento em si. Então, em 2006, o Conselho de Direitos Humanos solicitou ao especialista em direitos humanos, o canadense Louise Arbour, um alto-comissário para os direitos humanos, que conduzisse um estudo sobre o alcance e o conteúdo das obrigações de direitos humanos relevantes, bem assim, que fizesse recomendações para medidas futuras⁴⁰.

Em agosto de 2007, o alto-comissário apresentou o relatório e, apoiado em seus resultados, sustentou a necessidade de se considerar o acesso à água potável segura e ao

³⁷ BARLOW, 2015, p. 43.

³⁸ CORTE, 2015, p. 491.

³⁹ CORTE, 2015, p. 493.

⁴⁰ BARLOW, 2015, p. 34.

saneamento como um direito humano e o estabelecimento, pelos Estados nacionais, de prioridades para os usos da água, colocando no topo da hierarquia os usos domésticos. Assim, diante das conclusões e recomendações desse estudo, o Conselho de Direitos Humanos da ONU adotou, em março de 2008, a Resolução A/HRC/7/22, sobre o Direito à Água e ao Saneamento. Nela, além de se estabelecer a obrigação dos governos de assegurarem o acesso à água doce e potável e ao saneamento à população, criou-se a função de perito independente. Sua atuação objetiva estabelecer um diálogo entre governos, organismos da ONU, setor privado, autoridades locais, academia, ONGs e instituições nacionais de direitos humanos⁴¹.

Em setembro de 2008, Catarina de Albuquerque, uma professora de Direitos Humanos de Portugal, foi apontada para ser a primeira especialista independente sobre obrigações de direitos humanos relativos ao acesso à água potável segura e ao saneamento. Já em 2009, o Conselho de Direitos Humanos da ONU acolheu a Resolução A/HRC/RES/12/8, nominada de Direitos Humanos e Acesso à Água Potável e ao Saneamento. Em seu conteúdo, foi feito um agradecimento à perita pela realização do primeiro relatório anual e a solicitação de manutenção dos seus trabalhos. Afirmou também que os Estados têm a obrigação de eliminar a discriminação em termos de acesso à água e ao saneamento. Para tanto, convocou aos Estados para a prática de uma série de medidas, dentre elas: coletar informações pormenorizadas acerca da amplitude do serviço de saneamento, desenvolver planos de ação, assegurar o acesso público à informação, acolher programas de inclusão ao gênero feminino, organizar e apoiar campanhas para o aumento do grau de consciência sobre saneamento básico e higiene⁴².

Foi somente no dia 28 de julho de 2010, que a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma resolução histórica, reconhecendo o direito humano à água potável, segura e limpa e ao saneamento como algo “essencial para a fruição integral do direito à vida”⁴³. Assim, a Resolução 64/292, incentiva os Estados e as organizações internacionais a providenciarem recursos financeiros, que contribuam para o desenvolvimento de capacidades e de tecnologias, de modo a ajudar os países, em especial aqueles em desenvolvimento, a assegurarem água potável segura, limpa, acessível e a custos razoáveis, bem como saneamento básico a todos. Seu texto apresenta três artigos, traduzidos abaixo:

1. Reconhece o direito à água potável e limpa e ao saneamento como um direito humano que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos;

⁴¹ CORTE, 2015, p. 495.

⁴² CORTE, 2015, p. 496.

⁴³ BARLOW, 2015, p. 13.

2. Exorta os Estados e organizações internacionais a fornecerem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, através de organizações internacionais de assistência e cooperação, em particular aos países em desenvolvimento, a fim de intensificar os esforços para proporcionar água potável e saneamento seguros, limpos, acessíveis e disponíveis para todos;
3. Congratula-se com a decisão do Conselho de Direitos Humanos para solicitar que a especialista independente sobre obrigações de direitos humanos relacionadas com o acesso à água potável e saneamento apresente um relatório anual à Assembleia Geral e a incentiva a continuar trabalhando em todos os aspectos do seu mandato e em consultas a todas as agências competentes das Nações Unidas, fundos e programas para incluir em seu relatório à Assembleia, na sexagésima sexta sessão, os principais desafios relacionados com a realização do direito humano à água potável e limpa e saneamento básico e seu impacto sobre a realização das metas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio⁴⁴.

O projeto de Resolução sobre os direitos humanos à água e ao saneamento foi apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas, mediante representação do embaixador boliviano, Pablo Sólon. Cabe frisar que a iniciativa da Bolívia, bem como sua reconhecida militância por esse direito, está relacionada ao seu contexto histórico conturbado de lutas contra a privatização de seus serviços de água e saneamento básico, marcado pelo episódio da *Guerra del Agua* (1998-2003), também conhecida como guerra da água de Cochabamba, já citada neste trabalho⁴⁵.

Na oportunidade, 122 nações, incluindo China, Rússia, Alemanha, França, Espanha e Brasil, vieram a aprovar a proposta, com 41 abstenções e 29 ausências. Não houve voto contra, os países que se opuseram à questão, na realidade eles se abstiveram, com fundamento nas seguintes questões críticas atinentes à resolução, tais como a falta de transparência e de intervalos para deliberação na sua aprovação, já que houve emendas ao texto da resolução que foram feitas no próprio dia da votação e, pela falta de tempo, não foi possível apreciar suas possíveis aplicações; ausência de base legal adequada para a ocorrência da declaração do acesso à água e ao saneamento como direito humano autônomo, bem como “inexistência de uma norma costumeira (Reino Unido); não atribuição de responsabilidade suficiente para os governos dos Estados (Holanda); falta de menção ao direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais (Etiópia); texto prematuro da Resolução, que não define o escopo do direito à água e ao saneamento básico (Canadá)⁴⁶.

No dia 30 de setembro de 2010, os 47 membros do Conselho de Direitos Humanos da ONU adotaram a Resolução 15/9 (A/HRC/RES/15/9), a qual corroborou o direito humano à água e ao saneamento, tornando-os um dever dos governos e estabelecendo as suas

⁴⁴ CORTE, 2015, p. 497.

⁴⁵ CORTE, 2015 p. 498.

⁴⁶ CORTE, 2015, p. 500.

responsabilidades e obrigações. Ademais, atrelou o acesso à água potável e ao saneamento básico a outro conjunto de direitos relacionados a esta categoria – como o direito à saúde física e mental, assim como o direito à vida e à dignidade humana, entre outros e , ainda, objetiva pacificar a ideia de que “os direitos à água e ao saneamento fazem parte do direito internacional sendo legalmente vinculativos para os Estados”⁴⁷.

Esses direitos são muito importantes para o movimento de justiça sobre a água, ao passo que impõe aos governos a obrigação de assegurar serviços hídricos para todos. Como enfatiza Maude Barlow, o acesso à água limpa passou a ser um direito legal em vez de uma caridade ou mercadoria, existindo a possibilidade de as pessoas poderem cobrar isso de seus governos. Portanto esse direito evita a discriminação deliberada com a população vulnerável e marginalizada.

As comunidades empobrecidas podem assumir um papel maior na tomada de decisões porque uma implicação da resolução é a de que os governos têm de consultar as comunidades afetadas pela entrega do serviço de água e promover a conservação dos recursos de água locais. Os governos e a comunidade internacional podem ser responsabilizados agora, e as instituições de direitos humanos da ONU podem monitorar a implementação dos seus compromissos e apontar publicamente quando eles não forem cumpridos⁴⁸.

Entretanto, a teor do art. 7 da Resolução 15/9, o Conselho admite que os Estados envolvam atores não estatais na prestação dos serviços de abastecimento e de saneamento. Assim, fator preocupante é a disposição desse artigo que acaba por admitir/incentivar a privatização dos serviços de água e, desta maneira, age na contramão da tendência mundial de (re)municipalização dos serviços hídricos no século XXI. Até mesmo porque existe um debate à respeito da compatibilidade entre a gestão privada das águas e a sua implementação enquanto um direito humano⁴⁹.

Retomando ao conteúdo legal do direito humano à água, a conferência das Nações Unidas de junho de 2012 sobre o desenvolvimento sustentável, na Rio+20, foi mais um progresso comemorável. Sobre tal evento, Maude Barlow assinala: “Após uma campanha vigorosa, os direitos à água e ao saneamento foram incluídos na declaração oficial do encontro O Futuro Que Queremos. Mesmo o Canadá, o último bastião de resistência, assinou o documento sinalizando o fim do debate”⁵⁰.

Assim, as duas resoluções, mais a declaração de reconhecimento na Rio+20,

⁴⁷ CORTE, 2015, p. 501-502.

⁴⁸ BARLOW, 2015, p. 41.

⁴⁹ CORTE, 2015, p. 503-504.

⁵⁰ BARLOW, 2015, p. 39.

representaram um avanço extraordinário na luta internacional pelos direitos a água potável limpa, segura e ao saneamento, promovendo uma vitória na luta pela justiça da água. No entanto, seria apenas o começo de um trabalho duro para tornar esse direito humano uma realidade⁵¹.

1.3.3 Obrigações dos Governos

Diante das duas resoluções mencionadas anteriormente, todos os países-membros das Nações Unidas são obrigados a aceitar e a reconhecer os direitos humanos à água e ao saneamento e, por conseguinte, agir no sentido de tornar possível que todos tenham acesso a esses direitos. Desta forma, é exigida de cada nação membro a preparação de um "Plano Nacional de Ação para a Realização do Direito à Água e ao Saneamento" e manter o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU informado acerca do seu desempenho nessa área. Tal processo de planejamento e implementação deve ocorrer de forma transparente, possibilitando a participação das comunidades locais⁵².

São três as obrigações impostas aos estados como reconhecimento de um direito humano: respeitar, proteger, e de executar. Todas elas já foram descritas anteriormente, na oportunidade da análise do Comentário Geral n.º 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

Ocorre que essas resoluções são alvo de diversas críticas, a exemplo dos opositores a sua obrigatoriedade que, por compreendê-las como apenas recomendações, questionam a sua força vinculativa. Sobre o assunto, colhe-se o entendimento dos guerreiros pela justiça da água:

Alguns governos insistem que eles ainda estão sob nenhuma nova obrigação nesta área, como eles dizem, a votação da Assembleia Geral não era vinculativa. [...] Disse um oficial de imprensa da ONU, "o direito à água e ao saneamento é um direito humano, igual a todos os outros direitos humanos, o que implica sua vinculação e exequibilidade". Isto significa que aqueles que votaram a favor ou não ao direito à água e saneamento, estão obrigados.⁵³

Importa considerar que, embora não haja um consenso em relação à obrigatoriedade ou não das resoluções sobre o direito à água e ao saneamento pelos países, o seu reconhecimento como direito humano é importante na medida em que pressiona os países a

⁵¹ BARLOW, 2015, p. 39.

⁵² BARLOW, 2015, p. 42.

⁵³ BARLOW, 2012, p.02, apud CORTE, 2015, p. 511.

tomarem uma série de medidas para resguardar esse recurso natural e promover medidas que otimizam o acesso à água a toda a população.

2. A ÁGUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 ASPECTOS DO CENÁRIO BRASILEIRO EM RELAÇÃO À ÁGUA

É fundamental ter conhecimento dos diversos usos e problemas dos recursos hídricos, especialmente com relação às realidades brasileiras. O país tem um enorme potencial hídrico, porém esses recursos não são inesgotáveis nem bem distribuídos em seu território. A água não chega para todos com igual qualidade, quantidade e regularidade: as diferenças geográficas de cada região e as mudanças de vazão dos rios geradas pelas mudanças climáticas ao longo do ano afetam a distribuição. Outro problema é o uso indiscriminado tanto dos mananciais superficiais quanto dos subterrâneos.

Há pouco tempo, no ano de 2015, a população de São Paulo se viu obrigada a enfrentar o racionamento de água, em decorrência, não apenas da falta de chuvas, mas também da má gestão dos recursos hídricos, do desmatamento, da poluição dos rios por dejetos industriais e humanos e, sobretudo, usos da água pelas indústrias e produção agrícola⁵⁴. Todos esses fatores, já estudados anteriormente, são determinantes na escassez de água. Tal fato descortina plataformas de discussões importantes no país e demonstra que não é uma exclusividade do Nordeste a falta de gerenciamento ativo nesse setor econômico e humanitário⁵⁵.

Destaca-se que no Brasil, 19 milhões de pessoas que vivem em áreas urbanas não têm acesso à água potável. Outras 21 milhões, moradoras da zona rural, também não têm acesso à água tratada e apenas 46% dos domicílios brasileiros contam com coleta de esgoto, de acordo com os dados da Funasa (Fundação Nacional de Saúde)⁵⁶.

O Brasil, por uma loteria natural, possui farta disposição de recursos hídricos (cerca de 12% de toda a água doce do planeta), inclusive subterrâneos, em especial o Aquífero Guarani que é um importante reservatório subterrâneo de água doce que abrange parte dos territórios da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Ele possui uma extensão total estimada em 1,2 milhão de km², dos quais 840 mil Km² situam-se no território brasileiro. O seu volume acumulado de água é de cerca de 45 mil Km³.

Com efeito, embora a superfície brasileira seja abastada de água, a exploração das águas subterrâneas já ocorre devido à existência de fortes pressões para o uso. O motivo

⁵⁴ TREVISAN, 2015.

⁵⁵ MARCOS, 2015.

⁵⁶ TREVISAN, 2015.

parece claro: com a crescente contaminação das águas disponíveis, as águas subterrâneas possuem características necessárias para a qualidade do recurso econômico, pois sua exploração é barata, abundante e de ótima qualidade, dispensando, muitas vezes, qualquer tratamento. Atualmente, nos quatro países onde se encontra a reserva do aquífero, em torno de quatrocentas cidades utilizam suas águas para o abastecimento da população⁵⁷.

Uma das cidades abastecidas integralmente pelo Aquífero Guarani é a de Ribeirão Preto, com aproximadamente 505 mil habitantes. Há mais ou menos 155 poços artesianos na cidade, dos quais 85 deles são utilizados para o abastecimento público. Por retirar a água dos próprios pés, a população de Ribeirão Preto tem o dever de tomar os devidos cuidados a fim de não poluir a fonte que garante a sua sobrevivência. Contudo, ao passo que as produções de açúcar e de álcool são responsáveis pelo despejo de vinhoto (resíduo da exploração da cana-de-açúcar) e de produtos agrotóxicos, somados a produção de afluentes dos lixões, aterros sanitários e industriais não controlados, essa região já é um exemplo conhecido de contaminação do aquífero⁵⁸.

Ademais, como a água é abundante, de ótima qualidade e ainda por cima barata, a população de Ribeirão Preto consome quase o dobro da média nacional que é de 200 litros/dia, chegando a utilizar 360 litros. O uso excessivo contribui para o rebaixamento de 15 a 25 por cento do nível da água do aquífero e isso mostra que, a longo prazo, o desenvolvimento da cidade é insustentável⁵⁹.

Então, o projeto Aquífero Guarani – SAG, elaborado em conjunto pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, objetiva avaliar qual o volume que pode ser retirado para que sejam mantidas as condições precisas de sustentabilidade e, por conseguinte, tem a incumbência de formular um marco legal e institucional para a gestão de seus recursos hídricos.

2.2 REGIME JURÍDICO DAS ÁGUAS NO BRASIL

No Brasil, a falta de disponibilidade de água para o abastecimento humano e o saneamento básico, especialmente nas regiões do Nordeste semiárido, apresenta-se como um fato concreto para fundamentar a necessidade de enunciar o direito à água como fundamental.

⁵⁷ CAUBET, 2006, p. 52.

⁵⁸ CAUBET, 2006, p.54.

⁵⁹ CAUBET, 2006, p.54.

Sobre a regulação da água no contexto brasileiro, forçoso lembrar que o primeiro diploma legal voltado à utilização desse recurso, principalmente pelo setor produtivo-industrial e de produção energética, foi o Código das Águas, Decreto n. 24.643, de 1934, o qual permanece vigente, ainda que com muitas modificações e dispositivos revogados⁶⁰.

Quando o Código das Águas de 1924 organizou o regime jurídico dos recursos hídricos, ele não precisava enfrentar a questão da escassez da água para a finalidade de garantir o bem-estar ou a sobrevivência das populações humanas e do conjunto dos seres vivos. Em 2003 o contexto é totalmente diferente. Já faz trinta anos que a questão do meio ambiente ganhou, na Conferência de Estocolmo, em 1972, uma dimensão institucional internacional⁶¹.

Entretanto o grande marco legislativo nacional sobre o tema foi, sem sombra de dúvida, a Lei n. 9.433, de 1997 (Lei das Águas) que surgiu em um contexto em que a água se torna cada vez mais escassa, com a preocupação de que a sua distribuição seja equitativa. Ela instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), mas, antes de analisá-la, é substancial observar qual o tratamento que a Constituição Federal de 1988 dedicou às águas.

2.2.1 Regime Jurídico das Águas na Constituição Federal de 1988

No que concerne à água, a constituição Federal de 1988 dispõe que são da União os lagos, rios, e qualquer corrente 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 (art. 20, III); bem como o mar territorial (art. 20, VI), os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII, e 176) e os depósitos de água decorrentes de obras da União (art. 26, I), a exemplo dos açudes construídos nas regiões atingidas pela seca. Dessa maneira, incumbe à União a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, assim como definir critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XIX) e a competência privativa para legislar sobre as águas (art. 22, IV)⁶².

Assim, o constituinte utilizou-se de critérios para classificar os cursos de água como bens da União, são eles: a extensão – aqueles que banham mais de um Estado - e a segurança nacional – aqueles que servem de limites com outros países, estendem-se a território estrangeiro ou dele provêm e, ainda, os terrenos marginais e as praias fluviais⁶³.

De outra banda, verifica-se que são bens da União os recursos naturais com potencial

⁶⁰ LEITE et al., 2015, p. 450.

⁶¹ CAUBET, 2004, p. 34.

⁶² LEITE et al., 2015, p. 451.

⁶³ LEITE et al., 2015, p. 451-452.

energético, em decorrência de sua relevância econômica para o país. Portanto, independentemente de sua localização, sejam águas da União ou dos Estados, os potenciais de energia hidráulica são sempre bens da União, de acordo com o art. 21, XII, b, da Lei Maior⁶⁴.

Já as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (art. 26, I, da CF/88), incluem-se entre os bens dos Estados.

Importa, ainda, observar que a *competência executiva*, ou seja, material, reforça uma gestão integrada dos elementos hídricos, tendo em vista que ela é comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios quando se trata de execução de diretrizes, políticas, preceitos relativos à proteção do meio ambiente e exploração de elementos hídricos, bem como para exercer o poder de polícia, na forma do art. 23, VI, VII e XI, da CF⁶⁵.

Em relação à *competência legislativa* concernente às águas, em geral, será concorrente, cabendo à União elaborar as normas gerais, cuja especificação poderá ser feita pelos Estados, desde que não viole as premissas gerais, consoante previsto no art. 24, VI, da Carta Magna.

Interessa destacar que é competência material exclusiva da União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso, não podendo ser feita por outro ente federado, nem diante de sua omissão, conforme disposto no art. 21, XIX, da Constituição de 1988.

2.2.2 A Política Nacional de Recursos Hídricos : a Lei n. 9.433/97

A Lei Federal n° 9.433/97 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Em seu texto revelou a preocupação mundial com a necessidade de racionalizar a utilização dos elementos naturais, com intuito de consolidar princípios contemporâneos de gestão de águas. Em síntese, os objetivos e metas da lei são: garantir a quantidade dos recursos hídricos e sua qualidade para as gerações presentes e futuras; promover objetivos de desenvolvimento sustentável; preservar e defender os recursos hídricos, promovendo seus usos racionais; estabelecer que o uso prioritário, em situações de escassez, é o consumo humano e a satisfação das necessidades das populações humanas; e, por fim, promover os usos múltiplos da água, favorecendo sua utilização simultânea para diversas finalidades⁶⁶.

⁶⁴ LEITE et al., 2015, p. 452.

⁶⁵ LEITE et al., 2015, p. 452.

⁶⁶ CAUBET, 2004, p. 140.

2.2.2.1. Fundamentos

A Política Nacional de Recursos Hídricos, conforme seu art. 1º baseia-se em seis fundamentos. O primeiro deles prevê que “a água é um bem de domínio público” (inciso I). Assim, pode-se dizer, reiterando o preceito constitucional (art. 225), que ela é um bem ambiental, de uso comum de todos e de domínio público, mas que não pertence ao Estado nem ao particular. Portanto o poder público tem a atribuição de apenas gerenciar a proteção e utilização das águas⁶⁷.

De acordo com o tema atinente ao art 1º, inciso I, da PNRH, Christian Guy Caubet⁶⁸ afirma que não há mais a propriedade privada em nossa ordem jurídica. Dessa forma, uma pessoa não pode proclamar-se e agir como proprietária da água que se encontra em seu fundo, quer como corpo d’água, cercado por terras do dono do fundo, quer como curso d’água proveniente de outro fundo e com destino para um terceiro. Em seguida ele complementa:

Correlativamente, não existe mais a possibilidade de o proprietário do fundo usar a água ao seu bel-prazer, a não ser nos casos de uso insignificante e enquanto a Administração não fixar modalidades particulares de uso. Vale dizer que o único uso lícito será o uso doméstico, mesmo assim, sujeito a cadastramento. Todos os demais usos estarão sujeitos à outorga.

Trata-se, portanto, de um bem livre que não pode ser apropriado. Nesse enfoque, o segundo fundamento da PNRH dispõe que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (inciso II), o que estabelece a utilização de instrumentos econômicos para a política ambiental, como exemplo do pagamento por serviços ambientais⁶⁹. Dessa forma, como foi constatada a escassez da água, ela passa a ter valor monetário determinado pelas “leis” da oferta e da demanda.

Segundo Caubet⁷⁰, a situação antes e depois da Lei 9.433 são distintas, não devendo, portanto, serem confundidas. Antes desse marco legislativo, pagava-se pela amortização dos investimentos realizados para captar, tratar e distribuir a água, assim como manter as condições de funcionamento na rede. Após a lei, continuam-se as mesmas operações, porém paga-se pelo volume de água consumida ou usada para outra finalidade. Assim, a água se tornou uma mercadoria, com um regime jurídico específico.

Embora o assunto controverso, a ideia de atribuir de valor econômico à água tem o

⁶⁷ LEITE et al., 2015, p. 454.

⁶⁸ CAUBET, 2004, p. 143.

⁶⁹ LEITE et al., 2015, p. 454.

⁷⁰ CAUBET, 2004, p. 146.

condão de racionalizar o seu uso e evitar seu desperdício. A apropriação dos elementos naturais, tanto por parte de um ou de vários indivíduos, públicos ou privados, deve proporcionar à coletividade o direito a uma compensação financeira pela utilização de elementos naturais, à luz do princípio do usuário-pagador que impõe ao poluidor e ao predador recuperar e/ou indenizar os danos causados, bem como ao usuário contribuir pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º da lei “A Política Nacional do Meio Ambiente”)⁷¹.

A cobrança pelo uso da água, dessa forma, objetiva incentivar a racionalização do seu uso e, mesmo que seja impossível sua valoração, visto se tratar de um elemento natural, concebe uma indicação mínima de seu valor⁷².

Nessa toada, atenta-se para o terceiro fundamento da Política, o qual assegura que, “*em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais*”, podendo, inclusive, ocorrer a suspensão total ou parcial da outorga de direito de uso de recursos hídricos, consoante art. 15, da PNRH.

Já o quarto fundamento dispõe que “*a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas*” (inciso IV). Significa que a água pode ser usada para o consumo humano, transporte aquaviário, insumo do setor produtivo/ agrícola ou industrial, ou seja vários tipos de usos para um corpo d`água. Então, após satisfeitas as necessidades prioritárias, é preciso observar o conjunto dos demais aproveitamentos possíveis e distribuir a água em função dos diversos usos. A ordem de prioridades depende dos agentes interessados, reunidos nas estruturas de gestão (Comitês de Bacias). Aliás, a noção de uso múltiplo refere-se também ao que é chamado de otimização do uso, de maneira que possa render o maior benefício possível⁷³.

O legislador ainda prevê como fundamento da PNRH que “*a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*” (inciso V). Usualmente, define-se bacia hidrográfica como área na qual ocorre a captação de água (drenagem) para um rio principal e seus afluentes devido às suas características geográficas e topográficas, como a bacia amazônica, do Rio Paraná, do Rio São Francisco, entre outros rios igualmente importantes⁷⁴. Nesse aspecto, não se trabalha a unidade territorial dos recursos hídricos

⁷¹ LEITE et al., 2015, p. 455.

⁷² LEITE et al., 2015, p. 455.

⁷³ CAUBET, 2004, p. 149.

⁷⁴ LEITE et al., 2015, p. 455.

através do âmbito União, Estados e Distrito Federal, e sim pela(s) bacia(s) hidrográfica(s).

A bacia hidrográfica é a unidade territorial em que a gestão normal das águas deve ocorrer. As águas de uma bacia devem beneficiar prioritariamente os que moram, vivem e trabalham nessa unidade territorial. Não se fecham as portas para a colaboração hídrica com os que estão fora da bacia, tanto que não se vedou que bacias hidrográficas contíguas pudessem unir-se e integrar um mesmo Comitê de Bacia Hidrográfica⁷⁵.

Por fim, o último fundamento traz em seu texto que “*a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades*” (inciso VI). Tal descentralização se dá em nível da bacia hidrográfica, através dos comitês de bacia e materializa o princípio de participação comunitária, o qual é essencial para o processo democrático, sobretudo quando se trata de um direito difuso, como é o caso da água, cuja gestão deve atender aos interesses tanto do ente público, quanto da coletividade e, portanto deve ser aberta e participativa⁷⁶.

2.2.2.2. Objetivos

São três os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, de acordo com o art. 2º da lei nº 9.433/97:

- I- assegurar à atual e as futuras gerações a necessária disponibilidade de água em padrão de qualidade adequados aos respectivos usos;

Tal inciso faz-se referência ao princípio da solidariedade entre as gerações (ética intergeracional).

- II- a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;

Pode-se pensar que a utilização integrada diz respeito ao conjunto de usos múltiplos e a inclusão do transporte aquaviário é uma menção oportuna, visto que é um dos meios de transportes mais recomendados em termos de desenvolvimento sustentável⁷⁷.

- III- a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Neste inciso, há referências para a prevenção e o controle de eventos naturais, eventualmente catastróficas, tais como enchentes e secas, ou do uso inadequado dos recursos,

⁷⁵ MACHADO, 2013, p. 510.

⁷⁶ LEITE et al., 2015, p. 456.

⁷⁷ CAUBET, 2004, p. 153.

o que abarca todas as formas de desperdícios, poluições e nocividades (atividade ou um acontecimento que representa ou acarreta um prejuízo, direto ou indireto, para os recursos hídricos)⁷⁸.

2.2.2.3. Diretrizes

As diretrizes gerais de ação que devem ser observadas pelos entes públicos e privados responsáveis pela gestão das águas na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos estão dispostas no art. 3º da Lei n. 9433/97, são elas:

- I- a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;
- II- a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País.

Soluções adequadas, portanto, têm de ser encontradas em cada ecossistema. Assim, o que vale para o Cerrado ou na Caatinga não tem validade para Amazônia, por exemplo. As particularidades culturais possuem significativa importância, apesar de não receberem, na maior parte das vezes, a devida atenção⁷⁹.

- III- A integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;

Os problemas dos recursos hídricos, sem dúvida alguma, é também um problema ambiental. Segundo Christian Caubet⁸⁰, há dificuldade, nas condições atuais, em se afirmar que existe integração entre as duas gestões, pois dentre os 103 membros do Conama, apenas um é da ANA e dos 57 membros do CNRH, somente três são indicados pelo Ministério do Meio Ambiente. Esse número de integrantes “cruzados” é insuficiente para garantir a simples formação de ambos os Conselhos em relações ao que está realizado no outro.

- IV- A articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;

Estabelecer ações planejadas é um dos maiores desafios entre todos os que enfrentam os administradores públicos. A noção de planejamento evocada nesse inciso, remete para uma necessária articulação entre os setores usuários e com os planejamentos nas três esferas de poder da Federação⁸¹.

- V- A articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;

⁷⁸ CAUBET, 2004, p. 153

⁷⁹ CAUBET, 2004, p. 154-5.

⁸⁰ CAUBET, 2004, p. 154-5.

⁸¹ CAUBET, 2004.

Essa é outra diretriz derivada do bom senso ecológico. Depredar um elemento, sob o pretexto de aproveitar outro, é exatamente o que deve ser evitado para obter um aproveitamento sustentável do conjunto.

VI- A integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

2.2.2.4 Os instrumentos de gestão

O art. 5º da Lei 9.433/97 enumera os instrumentos de gestão necessários para a concretização dos objetivos da PNRH, no total são seis:

a) Os Planos de Recursos Hídricos.

Em conformidade com o artigo 6º, são planos diretores que objetivam fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos. Tais planos “de longo prazo” não possuem caráter de obrigatoriedade em relação ao cumprimento de seu conteúdo, sendo assim instrumentos flexíveis de intervenção. Entretanto, isso não impede que algumas de suas metas recebam um caráter obrigatório e constituam a responsabilidade jurídica dos autores (art. 7º)⁸².

Cumprir destacar que os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados em três esferas: por bacia hidrográfica, por Estado e para o País (art. 8º). De acordo com o ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado⁸³:

O Plano fundamental é o “Plano por bacia hidrográfica”, porque a bacia hidrográfica é a unidade territorial de atuação e de planejamento do Sistema Nacional e porque a gestão hídrica é descentralizada. Assim, as prioridades de usos das águas, por exemplo, serão primeiramente procuradas a nível da bacia hidrográfica.

Após, ele aborda sobre os planos estaduais, os quais “deverão integrar em seus Planos as prioridades apontadas nos Planos da bacia hidrográfica”. Por fim, acrescenta que ao ser elaborado o Plano do País, integrar-se-ão os Planos estaduais para estabelecerem-se as prioridades nacionais e conclui:

Os Planos estaduais não são cópias somatórias dos Planos de bacias hidrográficas existentes nos Estados. Não poderão deixar de levá-los em conta, mas irão fazer a interação dos dados e das prioridades apontadas. Na mesma linha de atuação posiciona-se o Plano Nacional de Recursos Hídricos. Este, além das necessidades

⁸² CAUBET, 2004, p. 162.

⁸³ MACHADO, 2013, p. 517.

hídricas nacionais das presentes e futuras gerações, irá ponderar os dados e as necessidades transnacionais, em relação aos rios transfronteiriços.

Ainda, os planos terão um conteúdo mínimo, delimitado pelo art. 7º da lei, que correspondem ao caminho a ser percorrido, ou seja, à essência do instrumento e, por isso, sua falta resulta na sua nulidade. Constituem esse teor obrigatório: (I) o diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; (II) a análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo; (III) o balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais; (IV) metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; (V) medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; (VI) prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos; (VII) diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; (VIII) propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

b) O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água.

Conforme art. 9º da lei, o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, visa assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que forem destinadas, bem como diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes. Nas palavras de Christian Guy Caubet:

O enquadramento consiste em definir parâmetros de qualidade para a água, indicando o teor de substâncias que podem, ou não devem, nela ser encontradas, em função dos usos previstos para a água. [...] É uma operação que objetiva estabelecer padrões de qualidade aptos a garantirem a saúde pública, o bem-estar da população e a possibilidade de se praticar todos os usos, em função das necessidades locais e das prioridades definidas nos termos da lei⁸⁴.

Assim, o enquadramento dos corpos de água em classes está previsto na Resolução Conama 20/86 que estabelece a classificação das águas em: doces, salobras e salinas. Ainda, o art. 10 da Política Nacional de Recursos Hídricos prevê que *as classes de corpos de água serão estabelecidas pela legislação ambiental*.

c) a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

Como visto anteriormente, embora a água seja um bem público, de uso comum de todos, ela é passível de regulamentação pelo Poder Público. Assim, a autorização estatal para

⁸⁴ CAUBET, 2004, 164.

a utilização dos recursos hídricos é dada por meio da *outorga de direitos de uso de recursos hídricos*. Esse instrumento de gestão objetiva assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água (art. 11).

Segundo Caubet⁸⁵, “A outorga de direito de uso de recursos hídricos consiste no fato de a administração pública atribuir a disposição de certa quantidade de água bruta, a pedido de um interessado para finalidade especificada no ato de atribuição”. Diga-se bruta a água quando se encontra no seu estado natural e ainda não foi tratada. Os efeitos principais da água serão de possibilitar o seu consumo ou sua poluição, ao passo que ela será utilizada para ser incorporada a um novo insumo (produção de alimentos enlatados, irrigação e etc.) ou receberá corpos estranhos que ela deverá transportar e diluir (disposição final de resíduos de toda ordem, inclusive esgotos domésticos).

O art. 18 da PNRH lembra que a outorga não implica alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito ao seu uso. A outorga será concedida por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal (art. 14). Conforme o art. 4 da Lei Federal n. 9.984/2000, compete à Agência Nacional de Águas-ANA outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, bem como emitir outorga preventiva. No caso do direito de uso de recursos hídricos em corpos d'água de domínio dos Estados, a outorga fica a cargo do órgão ambiental estadual competente⁸⁶.

As atividades de uso dos recursos hídricos sujeitas à outorga estatal estão dispostas no art. 12 da Lei n. 9.433/97, são elas:

- I- derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
- II- extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;
- III- lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
- IV- aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
- V- outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

⁸⁵ CAUBET, 2004, p. 165.

⁸⁶ LEITE et al., 2015, p. 460.

§ 1º Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento:

- I- o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;
- II- as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;
- III- as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

Enfatiza-se que toda outorga de direitos de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a trinta e cinco anos, podendo ser renovável (art. 16). Tal renovação deve ser solicitada antes do término do prazo de validade, sob pena de perda do direito de usos das águas. Há, ainda, possibilidade de suspensão total ou parcial da outorga, nas circunstâncias previstas no art. 15, dentre elas a necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo⁸⁷.

d) a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva reconhecer a água como bem econômico, dar ao usuário uma indicação de seu real valor, incentivar a racionalização do uso da água e, ainda, obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (art. 19 da PNRH).

Cumprir notar a inter-relação entre os instrumentos de cobrança e de outorga para o uso da água. Mediante outorga, ato administrativo, o Sistema de Gestão de Recursos Hídricos pode, além de controlar o uso racional destes e garantir a disponibilidade aos usuários, subsidiar a cobrança pelo uso dos recursos hídricos⁸⁸.

Preconiza o art. 20 da Lei nº 9.433/97 que serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12. Já o artigo 21 sistematizou alguns critérios a serem observados para a fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos, como nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação (inciso I) e nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxidade do afluente (inciso II).

Ainda importa destacar que os valores arrecadados com a cobrança pelo uso das águas serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos e no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos,

⁸⁷ LEITE et al., 2015, p. 461.

⁸⁸ LEITE et al., 2015, p. 463.

com limitações previstas no artigo 22 da PNRH.

e) o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos;

O último instrumento previsto na PNRH é o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH) que é um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão (art. 25). Os dados gerados pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Conselho Nacional dos Recursos Hídricos; Conselhos Estaduais; Comitês de Bacias) serão incorporados ao SNIRH (parágrafo único) e a entidade federal responsável pela coordenação de todo o sistema informacional é a ANA - Agência Nacional de Águas. Tal sistema visa reunir, dar consistência e divulgar os dados e informações sobre a situação qualitativa e quantitativa dos recursos hídricos no Brasil, bem como atualizar permanentemente as informações sobre disponibilidade e demanda de recursos hídricos em todo o território nacional e, por fim, fornecer subsídios para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos (art. 27).

2.2.2.5 Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

Conforme já abordado, o domínio das águas é compartilhado entre a União, os Estados e o Distrito Federal de acordo com a localidade dos corpos hídricos. Desta maneira, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) é composto pelos órgãos atuantes na gestão das águas, tendo como referencia territorial de gerenciamento as bacias hidrográficas e não as fronteiras administrativas e políticas entre os entes federados.

Com esse entendimento é que a Lei n. 9433/99 compreende em seu conteúdo uma gestão descentralizado, integrada e participativa, de maneira que a articulação entre as instituições componentes do SINGREH se torna essencial para garantir essa gestão compartilhada das águas, bem como evitar o conflito rotineiro de competências⁸⁹.

Os objetivos desse sistema estão estabelecidos no art. 32 da Lei n. 9.433/97, quais sejam: I- coordenar a gestão integrada das águas; II- arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; III- implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; IV- planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; V- promover a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

⁸⁹ LEITE et al., 2015, p. 468.

2.2.2.5.1 Estrutura e atribuições por órgão

De acordo com o art. 33 da PNRH, integram o Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos (SINGREH): o Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH (inciso I), a Agência Nacional de Água (ANA) (inciso I-A), os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal (inciso II), os Comitês de Bacias Hidrográficas (inciso III), os órgãos dos poderes públicos Federal, Estaduais, dos Distritos Federais e Municipais, cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos (inciso IV) e as Agências de Água (inciso V).

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) é o órgão superior do SINGREH e é o que contém maior expressão. Ele é formado por ministérios e secretarias da Presidência da República com desempenho no gerenciamento ou no uso das águas, assim como por representantes dos conselhos estaduais de recursos hídricos, dos usuários e da sociedade civil e tem o ministro do Meio Ambiente como presidente e, além disso, sua Secretaria Executiva fica a cargo do Secretário de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente.

Dentre as suas atribuições estão a de promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários (inciso I); arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (inciso II); analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos (inciso V); estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (inciso VI); aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos (inciso VII); acompanhar a execução e aprovar o Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas (inciso IX); e zelar pela implementação da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) (inciso XI).

Então, o CNRH é um órgão colegiado que exerce o papel de agente integrador e articulador das políticas públicas, figurando como o principal fórum de discussão nacional sobre gestão dos recursos hídricos⁹⁰.

Sobre os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e Distrito Federal, segundo disposição do Ministério do Meio Ambiente a respeito do tema, cada ente político-federativo

⁹⁰ LEITE et al., 2015, p. 470.

estadual e o Distrito Federal possuem seu próprio órgão colegiado deliberativo e normativo que trata da política e gestão das águas de seu domínio. Detêm relevante função deliberativa à respeito dos critérios e das normas relativas às diretrizes da Política Estadual de Recursos Hídricos que serão observadas pelos planos estaduais correspondentes e pelos planos de bacia hidrográfica, bem assim sobre os critérios e as normas relativas à outorga e cobrança pelo uso dos recursos hídricos e demais instrumentos de gestão. Compete-lhes, ainda, a aprovação da instituição de comitês em rios de seu domínio.

Os comitês de bacia são órgãos colegiados que exercem funções normativas, consultiva e deliberativa na esfera da bacia hidrográfica, da sub-bacia hidrográfica ou do grupo de bacias e sub-bacias de sua jurisdição (art. 37 da Lei n. 9.433/97). Cabem a eles, conforme o art. 38, promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes (inciso I); arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos (inciso II); aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia (inciso III); acompanhar sua execução e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas (inciso IV). É também de sua atribuição legal propor ao CNRH e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, as derivações, as captações e os lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga (inciso V), como também estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos (inciso VI) e estabelecer critérios de rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo (inciso IX).

No Brasil há atualmente 187 comitês de bacias hidrográficas instaurados pelos Estados, sendo que as unidades federativas que menos possuem estes órgãos são da região do nordeste ao passo que a sudeste lidera em número de comitês constituídos. Entretanto, a criação de um comitê não quer dizer que este esteja em pleno funcionamento ou até mesmo cumprindo seu papel de organismo descentralizador e participativo⁹¹.

No tocante aos órgãos vinculados à Administração Pública, cabe referir a Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Trata-se de uma autarquia com regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e tem por finalidade principal implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, em articulação com os órgãos públicos e privados integrantes do SINGREH (art. 3º), destacando-se, entre suas diversas atribuições, expressas na mesma lei, em seu art. 4º, supervisionar, controlar e avaliar as ações e as atividades decorrentes do

⁹¹ LEITE et al., 2015, p. 472.

cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos, outorgar e fiscalizar os usos de recursos hídricos de domínio da União, implementar, em articulação com os comitês de bacia hidrográfica, a cobrança pelo uso desses recursos. Cabem-lhe, ainda, a definição e a fiscalização das condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, objetivando assegurar o uso múltiplo dos recursos hídricos, em conformidade com os planos das respectivas bacias; organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos; prestar apoio aos estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos.

3. POLÊMICAS EM TORNO DA DEFINIÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA E DA SUA MERCANTILIZAÇÃO

3.1 A ESSENCIALIDADE DA ÁGUA JUSTIFICA SEU STATUS DE DIREITO HUMANO?

Após a aprovação da Resolução 64/292 da Organização das Nações Unidas, que elevou o acesso à água e ao saneamento ao status de direito humano, mostra-se relevante uma reflexão sobre os efeitos práticos da positivação desse direito mais detidamente pela comunidade nacional, porém sem deixar de mencionar alguns exemplos de outros países da América Latina para uma melhor análise do assunto.

Atualmente não há na sociedade uma tendência de se preocupar com problemas que não atingem diretamente a ela. É difícil visualizar e ter um comportamento preventivo para o futuro, principalmente nas questões ligadas ao meio ambiente.

Ainda mais que no Brasil, vive-se com aquela informação de que há abundância de recursos hídricos, considerando que o país detém cerca de 12% da água doce no mundo. Porém essa ideia de que não se tem problemas ligados à água no país é ilusória, tendo em vista que 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada e apenas 48,6% dos domicílios brasileiros contam com coleta de esgoto, segundo dados do Instituto Trata Brasil.

O direito humano à água é uma preocupação antiga, como visto no primeiro capítulo, ela remonta, inclusive, à declaração universal dos direitos do homem. Então não faltam argumentos para que a constituição brasileira incorpore o direito à água como emenda à constituição.

A ONU já vem trabalhando no sentido de cobrar ações dos países para a conservação dos recursos hídricos no planeta e preconiza a ideia de finitude da água com o objetivo de conservar esse bem, não apenas para a população atual, mas também para as futuras gerações.

3.1.1 Saneamento e Saúde

A água é um elemento essencial à vida. Não se olvida que sua qualidade e oferta condicionam a saúde e o bem-estar das populações. Esse líquido, quando contaminado, veicula inúmeros agentes infecciosos causadores de enterites e diarreias infantis, principais fatores do elevado índice de mortalidade infantil no país. Um estudo recente realizado pela Fundação Nacional da Saúde (FUNASA) afirma que:

[...] a disponibilidade de recursos hídricos no nosso país é bastante comprometida, do ponto de vista sanitário, em regiões onde o desenvolvimento se processou de forma desordenada, provocando a poluição das águas pelo lançamento indiscriminado de esgotos domésticos, despejos industriais, agrotóxicos e outros poluentes⁹².

De acordo com a lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, em seu artigo 3º, o saneamento não se resume em água e esgoto, o saneamento passa a englobar água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Dessa maneira, o direito humano ao saneamento faz jus a uma concepção ampliada, podendo-se afirmar que as condições de saneamento ambiental determinam em grande medida as condições de saúde da população⁹³.

Devido ao fato de o Brasil possuir uma farta disposição de recursos hídricos, inclusive subterrâneos, já houve um avanço expressivo rumo a universalização do abastecimento de água potável, fundamentalmente nas áreas urbanas (mesmo mantendo negativos índices do nordeste brasileiro). Nas palavras de Haneron Victor Marcos: “É no esgotamento sanitário que reside hoje, o maior passivo do saneamento, e que vem impactando significativamente na saúde, seja diretamente, por intermédio de suas doenças associadas, ou indiretamente, através do desequilíbrio ambiental”⁹⁴.

Os padrões de saúde de uma determinada sociedade sempre foram instrumentos de verificação de seu desenvolvimento. Nesse sentido, o saneamento básico está internamente ligado à garantia de saúde atribuída ao Estado, bem como à responsabilidade da cada indivíduo de atentar para as normas sanitárias⁹⁵. O pleno bem-estar tem sua presença intrinsecamente associada à suficiência dos serviços englobados no conceito de saneamento lido no art. 3º da lei nº 11.445/2007, o qual dispõe que o saneamento básico é o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas 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, infra-estruturas 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, infra-estruturas e

⁹² FUNASA, 2014.

⁹³ MARCOS, 2012, p. 39.

⁹⁴ MARCOS, 2012, p. 39.

⁹⁵ MARCOS, 2012, p. 40.

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; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas 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.

A regionalidade na cobertura dos serviços de saneamento é marcante no enfrentamento de alguns índices. No Nordeste, por exemplo, uma significativa parcela de óbitos infantis é causada ainda pela carência de serviços de saneamento básico nesta região⁹⁶.

Feita essa análise de interdependência entre saúde e saneamento é que se justifica e se exalta a consagração formal, não somente pela ONU, do saneamento como direito humano.

3.1.2 Direitos Humanos *Versus* Direitos Fundamentais

Segundo a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), adotada em 1948, os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano e ainda reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza.

Os direitos humanos são reconhecidos pelo Direito Internacional consuetudinário por meio de tratados, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito que costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos.

No tocante às normas gerais do direito internacional, muitas vezes elas constam em declarações, proclamações, regras, diretrizes, recomendações e princípios. Entretanto, embora não tenham nenhum feito legal sobre os Estados, elas representam um consenso amplo por parte da comunidade internacional e, portanto, exerce uma força moral forte e inegável contra os Estados, em relação a sua conduta diante das relações internacionais. Esse é o caso da Resolução 64/292, que elevou o acesso à água ao status de direito humano e da Resolução n. 15/9.

Já os Direitos fundamentais referem-se àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado

⁹⁶ MARCOS, 2012, p. 41.

Estado (caráter nacional).

J.J. Gomes Canotilho⁹⁷, em sua abordagem conceitual, apresenta uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, elevando o primeiro a um status superior que revelaria a magnitude do reconhecimento formal da ONU. Para esse constitucionalista português, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Em relação aos direitos fundamentais, esses são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

3.2 A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO HUMANO À ÁGUA E A PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Diante da essencialidade representada pelo serviço de distribuição de água potável e de tratamento dos efluentes, torna-se inevitável a conclusão de que tais serviços traduzem um valor econômico extremamente atraente ao segmento privado⁹⁸.

A privatização de serviços públicos essenciais (ou melhor, a privatização de direitos humanos essenciais) amplia o debate sobre o tema. Há décadas que as obras de saneamento foram deixadas para um segundo plano. Isso é simples de entender ao passo que obras como esta, com estruturas que permanecem enterradas e com altíssimo custo não tinham o mesmo retorno eleitoral (votos), quando comparada com as de estrutura aparente. Essa concepção ainda é vigente, mas, ainda assim, o setor privado não deixa de centralizar sua atenção na relevância econômico-financeira do que passa a ser tratado como negócio⁹⁹.

Em meados de 1980, diante do contexto que revelava a crescente crise da água nos países pobres, a privatização da água potável, bem como dos serviços de tratamento dos resíduos foi deliberadamente imposta por instituições internacionais e companhias de águas sobre o hemisfério sul como uma das condições de financiamento¹⁰⁰.

Dessa forma, quem quisesse o financiamento do Banco Mundial para o fornecimento de serviços hídricos para o seu povo, teria que estar aberto para lidar com empresas de

⁹⁷ Apud MARCOS, 2012, p. 45.

⁹⁸ MARCOS, 2012, p. 35.

⁹⁹ MARCOS, 2012, p. 35.

¹⁰⁰ BARLOW, 2015, p. 88-89.

serviços privatizados, maioria delas com sede na Europa.

Cumprir observar que a maior empresa de serviços privatizados no mundo é a Veolia Environment que possui quase 313 mil empregados e receitas brutas em 2012 na faixa de US\$ 46 bilhões. A Suez Environment é a segunda maior empresa e emprega mais de 80 mil pessoas e suas receitas brutas em 2012 foram de US\$ 20 bilhões. Por mais de um século, suas matrizes haviam administrado os sistemas hídricos da França e, portanto, estavam bem posicionadas para adentrarem no hemisfério sul no momento em que o Banco Mundial abrisse a “torneira dos financiamentos para os serviços hídricos”¹⁰¹.

Um óbice a transformação dos serviços hídricos em mercadorias é o fato de as empresas privadas possuírem a necessidade de atingir uma margem significativa de lucro para o mesmo serviço que uma empresa pública fornece sendo que a forma utilizada por essas entidades para conseguir tal intento é reduzir sua força de trabalho, cortar serviços, reduzir investimentos em sistemas de controle de poluição, aumentar as taxas de água ou todas essas medidas juntas. Assim, países pobres da África subsaariana, por exemplo, viram seus recursos hídricos serem transformados em uma mercadoria com fins lucrativos, para o benefício de investidores estrangeiros, sendo que milhões tiveram seus acessos a serviços hídricos negados porque não conseguem pagar as taxas privadas¹⁰².

A comercialização dos serviços hídricos teve diversas fases. De início os projetos previam que as empresas prestadoras de serviços teriam total domínio sobre a propriedade e operacionalidade dos serviços. Hoje em dia, em razão da ocorrência de revoltas contra a perda total do controle sobre a água, a maioria promove “parcerias público-privadas”, que são entendidas como contratos de longo prazo entre autoridades públicas e negócios para projetar, construir, financiar e operar empresas prestadoras públicas de serviços hídricos. Entretanto, apesar das mudanças, essas parcerias público-privadas ainda colocam empresas privadas que precisam obter lucro no controle dos serviços hídricos e das taxas de água¹⁰³.

Como visto no segundo capítulo deste trabalho, o ordenamento brasileiro ao mesmo tempo em que reconhece a água como um bem de domínio público e um recurso natural limitado, a considera como um bem dotado de valor econômico (art. 1º, incisos I e II, da Lei Federal nº 9.433/1997), admitindo a privatização dos serviços relacionados. Embora afirme expressamente que “em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o

¹⁰¹ BARLOW, 2015, p. 89.

¹⁰² BARLOW, 2015, p. 91.

¹⁰³ BARLOW, 2015, p. 89.

consumo humano e a dessedentação de animais”, não se tem a noção exata do seu preço¹⁰⁴. A respeito desse tema, a Lei Federal nº 11.445/2007, em seu art. 21, inciso I e II, proporcionou importante avanço ao dispor que o agente regulador que deverá atender aos princípios da “independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora”; e “da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”.

Para Christian Guy Caubet¹⁰⁵, considerar a água como um bem dotado de valor econômico, choca as convicções da opinião pública nacional, bem como a de muitos países estrangeiros, pelo fato de não prever a garantia de abastecimento para as pessoas que estão fora do mercado da água:

A reivindicação de garantia de acesso à água como direito, na base de 40 litros de água potável gratuita/dia/pessoa, passou a afrontar a lei. Mas a lei afronta a dignidade das pessoas: não se pode prescindir do uso da água para sobrevivência diária, mesmo que o interessado não tenha condição de pagar por ela. [...] José Afonso da Silva também observa que “toda água, em verdade, é um bem de uso comum de todos. Tanto que ninguém pode, licitamente, impedir que o sedente sorva a água tida como de domínio particular”.

Assim, o sistema tarifário brasileiro é orientado para o tratamento da água como mercadoria vendida e comprada de acordo com o poder aquisitivo do consumidor. É nessa perspectiva que Christian Guy Caubet¹⁰⁶ ressalta a necessidade de “deixar livre e, portanto, gratuito, o acesso à água, como um bem que é de uso comum de todos e enquanto estiver indispensável para as necessidades da vida”, esse sim seria um direito humano à água. Se assim não fosse considerado, com uma interpretação analógica, o estado de necessidade passa a justificar a ocorrência de eventuais ilícitos por indivíduos (furto de água) no intuito de ver garantida a sua sobrevivência. Pois se a lei estabelece que exista justificativa para cometer um crime ambiental, como é o caso da Lei 9.605/98, no seu art. 37, quando o motivo é saciar a fome das pessoas, mais justificado está cometer um furto para garantir a sobrevivência em casos em que ela está ainda mais ameaçada, partindo-se do pressuposto de que a carência de alimentos pode levar o ser humano à morte no prazo de até vinte e um dias, ao passo que a carência de água o levaria à morte em até três dias.

Não parece razoável exigir que uma pessoa que passa necessidade deva, para finalidade de dessedentação própria ou alheia, aproveitar uma água não-potável ou

¹⁰⁴ MARCOS, 2012, p. 42.

¹⁰⁵ CAUBET, 2004, p. 147.

¹⁰⁶ CAUBET, 2004, p. 147.

cuja potabilidade esteja incerta, especialmente se ela pode usar uma água de cuja potabilidade está certa. De modo que estará lícito buscar água potável onde quer que esteja, sem cometer crime, quando houver estado de necessidade e com ou sem situações de escassez¹⁰⁷.

Acerca do tema, a militante da água Maude Barlow¹⁰⁸ afirma: “a água é um direito humano e um serviço público, mas não pode haver um direito humano à água se alguns podem apropriar-se da água para o lucro enquanto outros vivem sem acesso a ela”. Para ela, nenhuma pessoa pode ter seu acesso à água negado por causa da sua incapacidade em pagá-la.

Quando se fala sobre a privatização da água, inevitável citar o exemplo da Bolívia, ainda que já tenha sido mencionado no primeiro capítulo. Esse país, ao procurar recursos para seu serviço de água, foi obrigado pelo Banco Mundial a privatizar o seu serviço de abastecimento e seus recursos hídricos. Foi assim que o grupo americano The Bechtel Corporation de San Francisco assumiu o controle sobre a água de Cochabamba. Os contratos proibiam as pessoas de coletar água da chuva, ou seja, inclusive essa fonte de água foi privatizada. Como se não bastasse, as contas de água não pagas davam direito as empresas de se apropriar da casa do devedor, leiloando-a. Chegou-se a um ponto que era preciso comer menos para que fosse possível pagar a conta de água¹⁰⁹.

Irresignado e não convencido de que a água é uma commodity como outra qualquer, o povo saiu às ruas para protestar. Em 8 de abril do ano de 2000, o presidente Hugo Banzer declarou estado de sítio. Os líderes do movimento foram presos e várias estações de rádio foram fechadas. Nessa luta, centenas de jovens de 16 ou 17 anos, perderam braços, pernas, ficaram paralíticos ou sofreram lesões cerebrais. O ciclo de protestos foi concluído em 20 de abril de 2000, quando, cedendo à pressão popular, o governo acabou por desistir da privatização, anulando o contrato de concessão de serviço público, firmado com a Bechtel, que deveria vigorar por quarenta anos. Em consequência, a prefeitura retomou o controle da água, e a lei 2029, que previa a privatização das águas do país, foi revogada.

Para Ricardo Petrella transformar a água em uma mercadoria, assim como ocorreu com o petróleo, é uma aberração ligada ao economista atualmente dominante entre classes no poder contendo “um modo de pensar que reduz tudo a uma mercadoria e todos os valores ao valor de intercâmbio no mercado”¹¹⁰.

¹⁰⁷ CAUBET, 2004. p. 147.

¹⁰⁸ BARLOW, 2015, p. 61.

¹⁰⁹ Documentário “A Corporação”, 2002, disponível em https://youtu.be/Zx0f_8FKMrY Acesso em: 28.mai.2016.

¹¹⁰ PETRELLA, 2004, p. 85.

Ao relatar os problemas da privatização da água, Petrella¹¹¹ ressalta duas experiências importantes sobre a questão: Reino Unido e França.

O gerenciamento de água na França está cada vez mais orientado para o benefício de interesses econômicos e financeiros. Desde meados da década de 80, as empresas privadas tiveram seus lucros aumentados significativamente, devido ao aumento progressivo dos preços.

Na década de 1990, os lucros das atividades de distribuição de água da Lyonnaise des eaux perfizeram 60 por cento de seus lucros totais [...]. Se o preço da água nas comunas onde os serviços de água são delegados a empresa privadas for comparado com o preço daquelas onde a própria comuna fornece esses serviços, fica claro, no relatório parlamentar de Guelle, que as mais caras das 40 cidades com uma população acima de 10.000 pessoas são aquelas com um sistema de distribuição privatizado [...]¹¹².

De acordo com o mesmo relatório parlamentar, o segundo defeito importante no sistema francês corresponde à falta de transparência na outorga de concessões de gerenciamento e os inúmeros escândalos de corrupção que vem ocorrendo com o passar dos anos.

A lógica de fazer lucro em detrimento do Estado e da população está na base daquilo que é questionável no modelo francês. Realmente, a experiência francesa nos deve fazer refletir sobre as aberrações éticas de uma política e de uma economia que permitem que sujeitos privados lucrem com um patrimônio comum, vital e não-substituível da sociedade como um todo¹¹³.

Já na Grã-Bretanha, Petrella¹¹⁴ aponta que os lucros foram tão altos nos anos de 1998 e 1999 que Tony Blair – sem qualquer intenção de questionar a privatização da água – impôs um imposto especial sobre “lucros excessivos”. Então, as companhias de água foram condenadas a pagar 1,6 bilhão de libras esterlinas. Isso já é suficiente para mostrar o quanto os diretores da companhia foram eficientes na obtenção de lucros e na distribuição de dividendos em vez de fazer os investimentos prometidos para melhorar a infraestrutura e a qualidade do abastecimento de água.

Outro dado trazido por Petrella sobre o Reino Unido é que desde a privatização, a quantidade de desperdício devido a canos com vazamentos aumentou em 30 por cento.

¹¹¹ PETRELLA, 2004, p. 106.

¹¹² PETRELLA, 2004, p. 108.

¹¹³ PETRELLA, 2004, p. 109.

¹¹⁴ PETRELLA, 2004, p. 109-110.

Interrupções do abastecimento são uma ocorrência comum, embora os preços tenham aumentado 55 por cento entre 1990 e 1994. Desconexões por falta de pagamento de contas também ficaram mais frequentes, já que o número de pessoas abaixo da linha de pobreza aumentou de 7,4 milhões em 1979 para 13,9 milhões em 1994 durante os quinze anos de governo conservador de Margaret Thatcher¹¹⁵.

Então, uma coisa parece certa: se a mercantilização da água mundial continuar sendo permitida, esse recurso fluirá na direção daqueles com dinheiro e poder e não para aqueles (comunidades e ecossistemas) que precisam da água para sobrevivência. Em síntese, se a água não for declarada como um patrimônio comum e um serviço público, sem protegê-la na lei como um bem público, haverá o dia em que os governos não terão mais a capacidade de prover água para as suas populações ou proteger a água do planeta¹¹⁶.

3.3 PRECEDENTES DO RECONHECIMENTO DA ÁGUA ENQUANTO DIREITO HUMANO NA AMÉRICA LATINA

No âmbito do nosso continente, há importantes precedentes no reconhecimento da água, fundamentalmente enquanto direito humano, bem como no impedimento de privatização dos serviços essenciais que, como visto, permite a consagração prática desse direito. Destaca-se o exemplo do Equador que a partir de 2008 estabeleceu em seu texto constitucional que “el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable” e que “el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público inalienable, imprescritible, inembargable y esencial para la vida” (art. 12). A impossibilidade de privatização é instituída nos artigos 282 e 318, classificando o acesso à água expressamente como um direito humano, antes até do reconhecimento pela ONU. Cuida-se de um dever primordial do Estado (art. 3º 28)¹¹⁷.

Segundo Haneron Victor Marcos¹¹⁸, tal avanço é exemplo que deve ser seguido por países como o Brasil e Argentina:

[...]deveria ser seguido por nações como Brasil e Argentina. A Bolívia, feliz proponente da Resolução junto à Assembleia Geral da ONU, estendeu ao plano internacional um reconhecimento que havia promovido no ano anterior em sua Constituição de 2009.

¹¹⁵ PETRELLA, 2004, p. 110.

¹¹⁶ BARLOW, 2015, p. 115-116.

¹¹⁷ MARCOS, 2012, p. 46.

¹¹⁸ MARCOS, 2012, p. 46.

Na Constituição boliviana de 2009, água e esgoto são expressamente tratados como direitos humanos, e de responsabilidade estatal, posto que assim fixa o art. 20, inciso 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”. Ainda há outros dispositivos constitucionais: artigos 16, 20, 373 e 374 que demonstram o comprometimento constitucional boliviano com a defesa da água e do esgoto para seus cidadãos. Mas essa sua atuação é resultado de décadas, ou mesmo séculos, de prevalência dos interesses estrangeiros sobre a riqueza natural própria da Bolívia. Por isso o tratamento enfatizado de, não somente declarar esses serviços como direitos humanos, mas também vedar a alienação ou privatização¹¹⁹.

No tocante a realidade constitucional brasileira, mesmo que a Constituição de 1988 tenha alterado o domínio das águas no Brasil, que passaram a ser públicas, dos Estados ou da União e a lei federal que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos tenha fixado a prioridade para o abastecimento humano em situações de escassez, não há disposição para o atendimento da população economicamente desfavorecida, ou mesmo “inativa”, tendo em vista que o não pagamento é causa legal de suspensão dos serviços de saneamento (Lei Federal nº 11.445/2007)¹²⁰.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito de forma que o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, conforme depreende-se do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS MORAIS. INADIMPLÊNCIA CONSTATADA. DÉBITO ORIUNDO DO INADIMPLENTO DE FATURA DO MÊS DE JANEIRO DE 2013, VENCIDA EM FEVEREIRO DO MESMO ANO. SUSPENSÃO DO SERVIÇO APENAS EM ABRIL DAQUELE ANO. ATO ILÍCITO. PERMISSÃO DO CORTE APENAS EM RELAÇÃO AO MÊS DA FATURA INADIMPLIDA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CÂMARA DE JUSTIÇA. REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR CONSTATADO.

"Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos" (STJ, AgRg no AREsp n. 53.518/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia, Primeira Turma, j.

¹¹⁹MARCOS, 2012, p. 46.

¹²⁰MARCOS, 2012, p. 48.

14.8.12).

[...]

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2015.018802-5, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 19-05-2015).

Nesse aspecto, Haneron Victor Marcos¹²¹ cita a atuação da Colômbia que, em 2014, diante da nova Lei de Abastecimento de Água colombiana, em conjunto com a decisão judicial proferida pela Corte Constitucional do país que a interpretou, passou a garantir o acesso uma quantidade gratuita mínima de água para a população carente em comparação com o Brasil que apenas institui tarifas sociais:

A Corte Constitucional da Colômbia, recentemente, interpretando nova lei de abastecimento de água, determinou que os administradores do serviço têm o dever de fornecimento mínimo e gratuito de 50 litros diários de água potável por pessoa, considerando que a carência do ser humano não pode ser obstáculo de acesso a esse direito que é dever do Estado. No Brasil, a solução legislativa seguiu no sentido de instituir tarifas sociais, com critérios de concessão estabelecidos pelas empresas.

Ante as observações realizadas, ainda não se visualiza efeitos práticos desse reconhecimento realizado pela ONU no país em relação ao texto constitucional. Todavia, isso não impede que a população se mobilize e busque, através do Poder Judiciário, a satisfação desse direito.

3.4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO AO SANEAMENTO

No Brasil interpreta-se o direito à água e ao saneamento como fundamental. Apesar de não expresso no texto constitucional, esse direito é inferido por meio do direito à saúde, à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à dignidade da pessoa humana.

Estabelece a Carta Constitucional brasileira de 1988 que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa maneira, cabe ao Poder Executivo definir, dentro de seu orçamento e critérios técnicos e administrativos, as obras e serviços prioritários. O passivo do saneamento no Brasil que delata um desrespeito aos direitos humanos consagrados pela ONU, não se dão a princípio por omissão legislativa, uma vez que o país, hoje, é reconhecido por sua ampla cobertura

¹²¹ MARCOS, 2015.

normativa ambiental¹²².

Nessa toada, a Constituição de 1988 estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano” (art. 225, §3º). Inobstante a existência de um emaranhado legislativo que parte de uma responsabilidade objetiva, incluso com a questionada adoção da Teoria do Risco Integral. Ainda assim, não se mostra pacífica que a obrigatoriedade da prestação do serviço público de saneamento, o dever de cuidado com a saúde dos indivíduos, a fundamentalidade e a relevância de seu correlato direito, como pilar do desenvolvimento e da dignidade humana, estão suficientemente conformados pela Lei Maior brasileira, sobretudo quando o subjetivismo da discricionariedade administrativa entra na esfera dessa temática. Cumpre ao legislador traçar diretrizes voltadas a completas satisfação das normas constitucionais ao passo que é atribuído ao administrador fazer valer seus deveres (dever-poder) para realizar no mundo concreto o cumprimento da Lei Maior. Sobre o assunto, ressalta-se o fato de que em 2007, com a edição da lei nº 11.445, houve um grande avanço na vinculação da prestação dos serviços de saneamento a contratos de programa¹²³.

Não se discute sobre o dever de dar efetividade aos direitos humanos relativos à água e ao esgoto. No entanto, quando se trata de políticas públicas e da escolha das prioridades orçamentárias, há uma tendência doutrinária no sentido de defender a não intervenção material do Poder Judiciário, tendo em vista tratar-se de atividade discricionária do administrador. Na jurisprudência a questão é controvertida. Logo a intervenção do judiciário na determinação de prioridades orçamentárias ainda não possui um entendimento consolidado¹²⁴.

3.4.1 Análise do Recurso Especial n. 1.366.337 – RS de Relatoria do Ministro Humberto Martins

Frente à problemática em torno intervenção do Poder Judiciário na determinação de prioridades orçamentárias, primordial analisar o modo como foi delineado a decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins nos autos do Recurso Especial n. 1.366.337 – RS que é considerado um dos importantes marcos na jurisprudência do STJ a assegurar o cumprimento

¹²² MARCOS, 2012, p. 49.

¹²³ MARCOS, 2012, p. 49.

¹²⁴ MARCOS, 2012, p. 50.

da legislação federal e a observância aos direitos fundamentais, entre eles os direitos à vida, a saúde, à dignidade e ao meio ambiente.

A decisão trata de um recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou provimento à apelação interposta, mantendo sentença que acolheu parcialmente o pleito ministerial, para condenar o município a prestar informações relativas a residências que estão conectadas ou não à rede de esgoto pluvial.

Na origem, foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público contra o município de São Jerônimo, a qual tinha como objetivo o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto e, ainda, responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.

Após a instrução probatória, foi comprovada a omissão estatal em implementar sistema de encanamento de esgotos em vários pontos do município, assim como observou-se a presença de diversos esgotos a céu aberto dentro da cidade, causando sérios riscos à saúde dos moradores das áreas.

O juízo de primeiro grau julgou procedente em parte a ação civil pública autuada sob o número 107.0001375-6, contendo na sua parte dispositiva:

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO na Ação Civil Pública no 107.0001375-6, contra MUNICÍPIO DE SÃO JERÔNIMO para CONDENAR o Requerido, no prazo de 30 dias, re/ratificar o levantamento apresentado nas fls. 217/40, informando, a relação de residências existentes no Bairro Princesa Isabel d na Vila Residencial CEEE, bem como identificar as residências dos referidos Bairros que estão diretamente ligada à rede de esgoto pluvial e as que despejam resíduos líquidos provenientes de suas residências a céu aberto, sem qualquer tratamento, tornando subsistente a liminar deferida à fl. 87¹²⁵.

As duas partes interpuseram recurso de apelação, mas o Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento às duas apelações, mantendo incólumes os termos da sentença. Em síntese, consignou o Tribunal a quo, basicamente, que o art. 45 da Lei n. 11.445/2007 não impõe a construção de rede de esgotos, como pleiteia o MPE/RS.

O Ministério Público apresentou manifestação quanto à falta de condenação alegando que o argumento de que a não instalação da rede de tratamento de esgoto é discricionariedade administrativa não se sustentava, dado que além da liberdade concedida ao administrador, a discricionariedade administrativa impõe o dever de que as decisões tomadas tenham

¹²⁵ BRASIL, 2015.

compatibilidade com o interesse público, o que não se vê no caso concreto, uma vez que direitos fundamentais, como o saneamento básico e a proteção ao meio ambiente, estão sendo menosprezados.

Ao considerar as circunstâncias do caso, o Ministro Humberto Martins firmou que o preceito de lei federal não pode ser interpretado como mera faculdade da administração pública, tendo em conta que as evidências nos autos apontavam para a completa falta de sistema de saneamento básico em diversos locais descritos na petição inicial. Arguiu que a interpretação mais razoável da norma federal faz referência ao dever de o município implementar sistema completo de abastecimento de água e de captação de esgoto sanitário e ressaltou a exceção contida no § 1º para o caso de o município não possuir receita suficiente para a construção de rede completa de abastecimento de água e/ou tratamento de esgoto, o que não se encaixava no caso ora analisado.

Em sua linha de argumentação, o ministro refere que a interpretação do art. 45 da Lei n. 11.445/2007 deve necessariamente passar pelos direitos sociais, pela "reserva do possível" e pela tutela do "mínimo existencial".

Sobre sua análise da reserva do possível, descreve que o problema central está entabulado no encontro entre as limitações orçamentárias e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, em especial aqueles que, via de regra, realizam-se com implementações de ações positivas do Estado.

O relator ainda recorre ao direito germânico, o qual para desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

[...] a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias e; c) por fim, na perspectiva de eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade¹²⁶.

Para discorrer sobre a prioridade dos direitos fundamentais, lançou a seguinte pergunta: "o administrador público possui, em todos os casos, discricionariedade para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos?".

De acordo com o texto constitucional, cumpre ao Poder Executivo definir os

¹²⁶ BRASIL, 2015.

programas de governo que serão tratados com prioridade. No entanto, existe um núcleo de direitos que constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito e, portanto, não pode, em hipótese alguma, ser deixado para trás.

O ministro relator do recurso Humberto Martins observa, com isso, que:

[...] a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Não priorizar os direitos essenciais implica o detrato da vida humana como um fim em si mesmo; ofende, às claras, o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁷.

Então, defende que a Constituição Federal reforça esse entendimento quando declara, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e, assim, “aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana – liberdades civis, direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde etc. – não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador”.

Verifica-se que, em sua linha de argumentação, o ministro expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas: o problema da ausência de recursos orçamentários e a necessidade de realização dos direitos fundamentais. Nesse contexto, reflete sobre o mínimo existencial:

Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado, devendo, portanto, ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido, abre-se a possibilidade para a efetivação de outros gastos não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais¹²⁸.

Nesse momento do jugado, constata-se, pelo menos a priori, que a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial.

Feitas essas considerações, o Ministro Humberto Martins passa a analisar se o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna e é mais precisamente nessa análise que ele expõe com maestria sobre o direito ao saneamento básico, saúde e meio ambiente equilibrado.

O Estado possui o dever constitucional de zelar pela saúde, segurança, bem-estar, saneamento básico e demais direitos sociais que assegurem a existência digna do indivíduo.[...] Nota-se, destarte, que o saneamento básico possui intrínseca relação com os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto

¹²⁷ BRASIL, 2015.

¹²⁸ BRASIL, 2015.

essencial para que o indivíduo não viva em contato direto com material orgânico prejudicial à saúde¹²⁹.

Além de apresentar o conceito de saneamento, conclui, assentado em estudo sobre a inter-relação entre o saneamento básico e o direito à saúde, contido na obra de Damasceno (2010, "Saneamento Básico, Dignidade da Pessoa Humana e Realização dos Valores Fundamentais"), que a falta de saneamento básico pode obstar o gozo do direito à saúde, estando até mesmo relacionado a casos de mortalidade infantil e que, por isso, o saneamento básico é pressuposto para o pleno gozo dos direitos à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana – fundamento da República, consoante preceituado no art. 1º, III, da Carta Maior.

Não há dúvida de que é do Poder Executivo a atribuição de tomar a decisão sobre a implementação de políticas públicas. Entretanto, as garantias dos direitos concernentes ao “mínimo existencial” devem ser respeitadas. Não havendo, portanto que se falar em discricionariedade do gestor público quando a lesão ofende direitos inerentes à existência do indivíduo. No caso, o entendimento do Ministro é de que a violação da norma infraconstitucional afeta os direitos à saúde, ao saneamento básico e a viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – corolário dos arts. 6º, 23, IX, e 225 da Constituição Federal.

Conquanto a implementação de políticas públicas seja atribuição típica e privativa do Poder Executivo, o Judiciário, com base na garantia do “mínimo existencial”, garante a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, como bem estabeleceu a Suprema Corte, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45¹³⁰.

Por fim, o relator Humberto Martins, em seu voto, deduziu no presente caso, que a tutela do mínimo existencial prevaleceu sobre a reserva do possível e, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao recurso especial para condenar o município a elaborar o projeto técnico de encanamento de esgotos no prazo de 60 dias, incluindo, por conseguinte, os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente.

Além de uma síntese perfeita acerca das questões que enfrenta, o julgado da Segunda Turma do STJ é uma decisão que aborda uma reflexão dos principais pontos trabalhados nesse capítulo. Não poderia, dessa forma, deixar de ser analisado minuciosamente, pois ele oferece mais um argumento para se buscar a satisfação do direito fundamental à água e ao

¹²⁹ BRASIL, 2015.

¹³⁰ BRASIL, 2015.

saneamento na esfera judicial, haja vista a essencialidade desses recursos para a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Constatou-se com o presente trabalho que as águas doces do planeta estão ameaçadas e as principais razões para o agravamento da crise hídrica estão intimamente ligadas a distribuição desigual de recursos hídricos, a qual envolve a escassez local séria em determinadas regiões; ao desperdício e o mau gerenciamento dos recursos disponíveis, nesse ponto destaca-se os sistemas de irrigação agrícola que perdem em torno de quarenta por cento da água que consomem e, ainda, cinquenta por cento da água potável tratada que é perdida devido aos vazamentos dos canos de água; a fatores que causam poluição, quais sejam os principais: uso maciço de produtos químicos e metais pesados; incapacidade de tratar os resíduos domésticos e industriais, exploração intensa de água subterrânea; falta de saneamento básico; degradação do solo causado pelo desflorestamento e desertificação e, também, o crescimento populacional.

Os dados são alarmantes. O prognóstico da ONU é de que, no ano de 2025, um terço da população mundial não terá acesso à água potável para satisfazer suas necessidades básicas.

Verificou-se que as pessoas mais atingidas por esse cenário são aquelas que vivem em favelas ou comunidades carentes, rurais e empobrecidas na América Latina, Ásia e África. Nesses locais, devido a falta de investimento em saneamento, o risco de degradação do meio ambiente é muito grande porque o esgoto acaba sendo jogado às margens dos rios, lagos ou nascentes. Esse esgoto, somado ao acúmulo de lixo, retornam para as residências quando ocorre as enchentes e tornam o ambiente insalubre, propício para a proliferação de insetos e roedores que funcionam como vetores de doenças infecto-parasitárias. Isso sem falar na contaminação das cadeias alimentares.

O reconhecimento das Nações Unidas para a necessidade de consagrar o acesso à água como um direito humano demandou cerca de duas décadas de luta. As grandes conferências internacionais dedicadas aos problemas dos recursos hídricos e, junto a elas, diversas declarações e proclamações, pelas quais se tentava chamar a atenção de todos para a urgência da questão se deu num contexto em que cada vez mais gente no planeta, passava a dispor de cada vez menos água.

Em 1996, o Banco Mundial, juntamente com agências das Nações Unidas, governos de alguns países e corporações privadas fundaram o Conselho Mundial da Água. Foi nesse momento que a água começou a ter sua concepção voltada para a sua mercantilização, pois o Conselho Mundial da Água e o Banco Mundial promovem sistemas de fornecimento de água

privados e com fins lucrativos, encorajando, desse modo, o conceito da água como uma necessidade que pode ser provida por operadores privados, assim como públicos.

O direito à água, entretanto, supõe que a água é um direito básico, independentemente da capacidade das pessoas de pagarem por isso, há uma ênfase nos argumentos de que ela deve ser fornecida como um serviço público. Como bem se sabe, não existe vida sem água. Assim, infere-se nesse estudo que o controle da água não pode ser entregue à lógica das finanças e do mercado, pois esses garantem o direito à vida somente àqueles que dispõem de recursos financeiros para pagá-la.

O Comentário Geral n.º 15 foi um marco importantíssimo para o reconhecimento do direito humano à água, pois ele a define como um direito humano de todos de dispor de água suficiente, segura, aceitável e fisicamente acessível para uso pessoal e doméstico e, ainda, reconhece a conexão desse direito com outros, tais como o direito à vida e à dignidade humana

No dia 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma resolução histórica, reconhecendo o direito humano à água potável, segura e limpa e ao saneamento como algo “essencial para a fruição integral do direito à vida”.

O acesso à água limpa deixou de ser uma caridade ou mercadoria, pois passa a ser considerado um direito humano. Agora os indivíduos e os grupos podem cobrar isso de seus governos, tendo em vista que todos os países-membros das Nações Unidas são obrigados a aceitar e a reconhecer os direitos humanos à água e ao saneamento e, por conseguinte, agir no sentido de tornar possível que todos tenham acesso a esses direitos.

No tocante ao cenário brasileiro, a crise hídrica do estado de São Paulo, entre 2014 e 2015, abriu espaço para discussões importantes. O país tem um enorme potencial hídrico, porém esses recursos não são inesgotáveis nem bem distribuídos em seu território. Mesmo com riqueza de recursos – o Brasil detém em seu território 12 por cento da água doce do planeta – os dados são alarmantes 19 milhões de pessoas que vivem em áreas urbanas não têm acesso à água potável. Outras 21 milhões, moradoras da zona rural, também não têm acesso à água tratada e apenas 46% dos domicílios brasileiros contam com coleta de esgoto.

A Lei n. 9.433, de 1997 (Lei das Águas) surgiu em um contexto em que a água se torna cada vez mais escassa, com a preocupação de que a sua distribuição seja equitativa. A Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída por essa lei, estabelece que o uso prioritário, em situações de escassez, é o consumo humano e a satisfação das necessidades das populações humanas e que a água é um bem de uso comum de todos e de domínio público. Porém ela define também que a água é um recurso natural limitado, dotado de valor

econômico, admitindo a privatização dos serviços relacionados.

No entanto, constata-se que considerar a água como um bem-dotado de valor econômico, sem prever a garantia de abastecimento para as pessoas que estão fora do mercado da água é uma afronta aos direitos fundamentais concernentes à vida, à dignidade do ser humano, da saúde e do meio ambiente sadio. Nesse sentido, o direito humano à água impõe que nenhuma pessoa pode ter seu acesso à água negado por causa da sua incapacidade em pagá-la.

Há vários bons exemplos na América Latina de países que incluíram expressamente em seu texto constitucional o direito humano à água. Um deles é o Equador, que proibiu a privatização da água e classificou o seu acesso expressamente como um direito humano na sua carta maior.

Na Constituição boliviana de 2009, água e esgoto são expressamente tratados como direitos humanos, e de responsabilidade estatal. Outro exemplo é a Corte Constitucional da Colômbia que, recentemente, determinou que os administradores do serviço têm o dever de fornecimento mínimo e gratuito de 50 litros diários de água potável por pessoa, considerando que a carência do ser humano não pode ser obstáculo de acesso a esse direito que é dever do Estado.

No Brasil não há disposição para o atendimento da população economicamente desfavorecida, ou mesmo “inativa”, tendo em conta que o não pagamento é causa legal de suspensão dos serviços de saneamento (Lei Federal nº 11.445/2007), a solução legislativa seguiu no sentido de instituir tarifas sociais, com critérios de concessão estabelecidos pelas empresas e, conforme depreendeu-se da jurisprudência citada neste trabalho, não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito de forma que o corte de água pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo.

Interpreta-se o direito à água e ao saneamento como fundamental no ordenamento. Apesar de não expresso no texto constitucional, esse direito é inferido por meio do direito à saúde, à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à dignidade da pessoa humana.

Na análise quanto ao papel do poder judiciário na efetivação desse direito, viu-se que quando se trata de políticas públicas e da escolha das prioridades orçamentárias, há uma tendência doutrinária no sentido de defender a não intervenção material do Poder Judiciário, por tratar-se de atividade discricionária do administrador. Na jurisprudência a questão é controvertida.

A decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins traduz uma excelente análise acerca das questões que envolvem o papel do poder judiciário na efetivação do direito

humano ao saneamento, pois referiu que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nesse sentido, o Judiciário, com base na garantia do “mínimo existencial”, pode garantir a eficácia e a integridade desses direitos.

Por certo que esse direito implica responsabilidade não apenas dos governos, mas de todas as pessoas: de não desperdiçar, de pagar a conta – se houver dinheiro ao final do mês – e etc. Porém, o Estado tem a incumbência de tornar esse direito uma realidade. Não se trata de uma benesse que é concedida hoje e amanhã poderá ser negada. Absolutamente, todos os governos no mundo, têm a obrigação de tomar providências no sentido de, progressivamente, assegurar o direito ao acesso à água para todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A CORPORACÃO. Direção de Mark Achbar e Jennifer Abbott. Roteiro: Joel Bakan. Canadá: Zeitgeist Films, 2003. P&B. Legendado. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=Zx0f_8FKMrY>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BARLOW, Maude. **Água-Futuro Azul: Como Proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta para sempre**. São Paulo: M. Books, 2015. 312 p. Tradução Jorge Ritter.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. **Diretrizes Nacionais Para O Saneamento Básico**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 9433, de 08 de janeiro de 1997. **Política Nacional de Recursos Hídricos**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.366.337. RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO JERÔNIMO. Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2015. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=1366337.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASILIA. REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. (Ed.). **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASÍLIA. Secretaria de Recursos Hídricos. Ministério do Meio Ambiente. **Plano Nacional de Recursos Hídricos: Síntese Executiva**. 2006. Disponível em: <http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=c37feae3-8169-4049-900b-e8160661f541&groupId=6>. Acesso em: 28 maio 2016.

CASTRO, Regina. **Água como direito humano: ferramenta de mobilização e redução das desigualdades**. 2015. Disponível em: <<http://dssbr.org/site/2015/05/agua-como-direito-humano-ferramenta-de-mobilizacao-e-reducao-das-desigualdades/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

CAUBET, Christian G.. **A Água Doce nas Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2006. 223 p.

CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Política...E o Meio Ambiente?** Curitiba: Juruá, 2004. 306 p. 3ª reimpressão (ano 2011).

CORTE, Thaís dalla. **A (RE)DEFINIÇÃO DO DIREITO À ÁGUA NO SÉCULO XXI: PERSPECTIVA SOB OS ENFOQUES DA JUSTIÇA E DA GOVERNA.** 2015. 604 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133225/333891.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mar. 2016.

FUNASA, Fundação Nacional de Saúde -. **Manual de Controle da Qualidade da Água para Técnicos que Trabalham em ETAS.** 2014. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/manualcont_quali_agua_tecnicos_trab_emetas.pdf. Acesso em: 05 jun. 2016.

IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Brasil). **Em Foco:** Relatório denuncia violação de direitos humanos na crise hídrica em SP. 2015. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/relatorio-denuncia-violacao-de-direitos-humanos-na-crise-hidri>. Acesso em: 26 mar. 2016.

LEITE, José Rubens Morato et al (Org.). **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARCOS, Haneron Victor. **Água S.A: gestões e indigestões.** 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/24/agua-s-a-gestoes-e-indigestoes/>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MARCOS, Haneron Victor. Direito Humano ao Saneamento: Retórica ou Realidade na Sociedade Brasileira. In: PASOLD, Cesar et al (Org.). **Ensaio Sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental.** Florianópolis: Insular, 2012. p. 33-56.

OLIVEIRA, Sonia Maria M.c. de. **Mortalidade infantil e saneamento básico – ainda uma velha questão.** 2008. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_959.pdf. Acesso em: 08 jun. 2016.

ONU (Ed.). **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/definicao/>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ONU. **Década Internacional para "Água para a Vida" Acção 2005-2015**. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/background.shtml>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ONU. **Direitos à água e ao saneamento**. Disponível em: <<http://www.righttowater.info/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

PETRELLA, Ricardo. **O Manifesto da Água**: Argumentos para um contrato mundial. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 159 p. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne.

PROGRAMA DA DÉCADA DA ÁGUA DA ONU-ÁGUA SOBRE ADVOCACIA E COMUNICAÇÃO (UNW-DPAC). **O Direito Humano à Água e Saneamento**. Tradução ao Português realizada pelo Programa Conjunto de Água e Saneamento em Angola. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2015.018802-5. apelante Altevir Schmidt. apelada Companhia Águas de Joinville. Desembargador Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, SC, 28 de janeiro de 2015. **Diário Oficial de Justiça**. Florianópolis, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000U9AV0000&nuSeqProcessoMv;=>>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

TREVIZAN, Deborah. **Direito à água enfrenta desafios**. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3172&catid=28&Itemid=39>. Acesso em: 02 maio 2016.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. O "Novo" Direito Humano à Água. In: WOLKMAR, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os " Novos" Direitos no Brasil: naturezas e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 7. p. 185-218.