

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E A ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE NA LEGISLAÇÃO DO BRASIL E
DA ESPANHA**

VANESSA BONETTI HAUPENTHAL

Itajaí-SC, agosto de 2017.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE NA LEGISLAÇÃO DO BRASIL E DA ESPANHA

VANESSA BONETTI HAUPENTHAL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Co-orientador: Professor Doutor Andrés Molina Gimenez

Itajaí-SC, agosto de 2017

AGRADECIMENTOS

Não é à toa que as dissertações de Mestrado iniciam com agradecimentos. Se não fossem os incentivos de tantos o presente não seria completado. Na vida tudo tem dois lados. Não há só vitórias, nem só derrotas. Num processo de escolha, que acontece a todo momento, ganhamos e perdemos. A opção pelo mestrado foi minha. Em razão dela beneficiei-me e prejudiquei-me. Mas não fui só eu. Pessoas de minhas relações ganharam e perderam. Algumas mais, outras menos. O certo é que, nesse enlace, alguns fizeram jus a uma homenagem especial.

Meu maior agradecimento é para seu eterno marido Edmundo Haupenthal, o qual foi um incentivador ímpar. Mesmo nos seus últimos instantes de consciência me pediu para que concluísse essa etapa nos estudos. E, com certeza, foi o que me motivou em não desistir de tudo, já que passava pelo período mais tormentoso que tenho ciência.

Aos meus filhos Eric e Amanda. Vocês reforçam, a cada dia o axioma: os fins justificam os meios. Vocês são para mim exemplos de força e coragem. Desculpem as ausências, que um dia espero sejam compreendidas.

À minha família, base de tudo, em especial minha querida irmã Juliane, a qual tem demonstrado que além de uma excelente companheira é uma grande amiga.

A meu orientador, Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, pela dedicação, incentivo e confiança no trabalho que foi sendo construído conjuntamente entre mestre e mestrando. Ser sua orientanda é um presente.

Aos professores Andrés Molina Giménez, Coorientador deste trabalho, e Germán Valencia Martín, Coordenador do Curso de Direito da Universidade de Alicante, que proporcionaram uma feliz estada em Alicante, cidade que proporcionou conhecimento e momentos únicos.

A todos que, de alguma forma, me apoiaram.

“Algo só é impossível até que alguém duvide e acabe provando o contrário.”

Albert Einstein

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao, sem sombra de dúvidas, maior incentivador deste trabalho: ao meu sempre marido Edmundo Haupenthal.

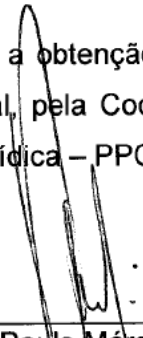
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, agosto de 2017.

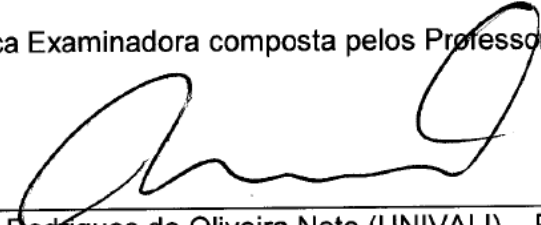
Vanessa Bonetti Haupenthal
Mestrando(a)

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

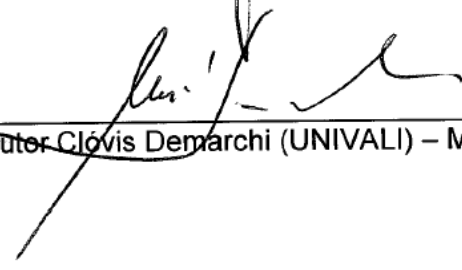
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI) – Presidente



Doutor Pablo Marti Ciriquian (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) – Membro



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Membro

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	Agência Nacional de Águas
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores.
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente
ONU	Organização das Nações Unidas

ROL DE CATEGORIAS

Água Potável

É potável a água “em que as substâncias tóxicas e os fatores e organismos patogênicos têm níveis seguros ou aceitáveis para consumo humano”. Assim, é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que tem determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo humano¹.

Direito Fundamental

“[...] os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo [...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”.²

Meio Ambiente

A definição legal de meio ambiente está prevista no art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. “[...] cuida-se

¹ HOUAISS, Villar. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 2009, p. 1.532.

² SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70/72.

de conceito restritivo, ou seja, que se limita aos recursos naturais. É fato que se explica pela época em que a lei foi editada. [...] No entanto, o conceito de meio ambiente é mais amplo. Inclui urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos ou outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra”.³

Políticas Públicas

“[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁴

³ FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17/18.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

SUMÁRIO

RESUMO	13
RESUMEN	14
ABSTRACT	14
 INTRODUÇÃO	 17
 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	 21
1.1 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, POSITIVAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
1.1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais	21
1.1.2 Positivação dos direitos fundamentais.....	23
1.1.3 As gerações (dimensões) dos direitos fundamentais	27
1.1.4 Da definição do conceito de direitos fundamentais.....	30
1.1.5 A Dignidade da Pessoa Humana: considerações preliminares e a sua positivação na Constituição Federal do Brasil de 1988.....	34
1.2 A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
1.2.1 Considerações preliminares	37
1.2.2 Sentido e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.....	39
1.2.3 Os direitos fundamentais na sua dimensão prestacional.....	41
1.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS LIMITES.....	43
1.3.1 A Teoria da reserva do possível.....	43
1.3.2 A Teoria do Mínimo Existencial	48
 2 ÁGUA: BEM VITAL	 52
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	52
2.2 A ÁGUA DOCE COMO UM RECURSO LIMITADO.....	53
2.2.1 A disponibilidade hídrica brasileira.....	59
2.3 ESTATUTO JURÍDICO DAS ÁGUAS	61
2.3.1 Aspectos constitucionais	61
2.3.2 Regulamentação dos recursos hídricos.....	63
2.3.3 Natureza jurídica da água.....	68

2.4	ÁGUAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL.....	73
2.4.1	Percurso histórico do direito à água	73
2.4.2	Desenvolvimento da normatividade internacional da água como direito humano. 74	
2.4.3	Direito à água no direito espanhol	83

3 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À AGUA.....	87
3.1	POLÍTICAS PÚBLICAS.....87
3.2	O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A JUSTICIABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....91
3.3	O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....93
3.3.1	O controle jurisdicional na Espanha quanto ao abastecimento de água potável.....103
3.4	SÍNTESE DO EXPOSTO E POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	120

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa de Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. O estudo tem por objetivo, além de obter o título de Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e ao Curso de Máster Universitario em Derecho Ambiental y la Sostenibilidad (MADAS)- UA (Espanha), o direito fundamental ao acesso à água potável e a atuação do Poder Judiciário. Para tanto, possui objetivos específicos: a) discorrer sobre os direitos fundamentais e destacar que o acesso à água é um direito humano fundamental; b) destacar questões centrais a respeito da escassez da água; c) mensurar até que ponto e sob quais parâmetros que estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público. A implementação desse direito encontra-se dificultada em razão do contexto fático global de crise da água. Traz-se, ainda, comparações no que tange o direito à água e sua gestão nas Constituições Brasileira e Espanhola, na medida em que ambas estabelecem que cidadão tem direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa. A positividade e a função exercida pelos direitos fundamentais se encontram estreitamente relacionados à sua eficácia e aplicabilidade. Para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado só deve possuir um único limite: a Constituição. Nem a lei e nem sua falta pode impedir que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais, sobretudo as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Afinal, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição representa a referibilidade e a concretude de um ordenamento jurídico harmônico e coeso. Ao Judiciário cabe a função de oferecer respostas engajadas às questões que lhe são postas em situações particulares definidas. Quanto à Metodologia utilizou-se o método indutivo, além das Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direito Fundamental. Água Potável. Poder Judiciário. Políticas públicas.

RESUMEN

Esta Disertación pertenece a la línea de investigación de Derecho Ambiental, Transnacionalidad y Sostenibilidad. El estudio tiene como objetivo, además de obtener el título de Máster de la Universidad del Vale do Itajaí - UNIVALI y Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad (MADAS) de la Universidad de Alicante - UA (España), el derecho fundamental al acceso al agua potable y la actuación del Poder Judicial. Para ello, tiene los siguientes objetivos específicos: a) discurrir sobre los derechos fundamentales y destacar que el acceso al agua es un derecho humano fundamental; b) destacar cuestiones centrales sobre la escasez del agua; c) medir hasta qué punto y bajo qué parámetros estaría abierta la vía judicial a la discusión acerca de la legalidad y constitucionalidad de la acción u omisión del Poder Público. La aplicación de este derecho se encuentra dificultada por el contexto fáctico global de la crisis del agua. Se trazan también comparaciones en lo que se refiere al derecho al agua y su gestión en las Constituciones Brasileña y Española, en la medida en que ambas establecen que el ciudadano tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. La positividad y la función de los derechos fundamentales se encuentran estrechamente relacionadas con su eficacia y su aplicabilidad. Para la protección y efectividad de los derechos fundamentales, el magistrado solo debe tener un único límite: la Constitución. Ni la ley ni la falta de la misma pueden impedir que los jueces hagan cumplir los mandamientos constitucionales, sobre todo las normas constitucionales definitorias de derechos fundamentales. Después de todo, no son los derechos fundamentales los que circulan en el ámbito de la ley, sino la ley que se mueve en el ámbito de los derechos fundamentales. La Constitución representa la referencia y la concreción de un ordenamiento jurídico armónico y coherente. Al Poder Judicial le corresponde la función de ofrecer respuestas comprometidas a las cuestiones que se le plantean en situaciones particulares definidas. En cuanto a la Metodología, se utilizó el método inductivo, además de las Técnicas del Referente, de la Categoría y de la Investigación Bibliográfica.

Palabras clave: Derecho Ambiental. Derecho Fundamental. Agua Potable. Poder Judicial. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Environmental Law, Transnationality and Sustainability. As part of the requirements for the Master's Degree in Legal Science from the University of Itajaí Valley (UNIVALI) and the Master's course in Environmental Law and Sustainability (MADAS) – UA (Spain), the objective of this study is the fundamental right to access drinking water and the actions of the judiciary. Its specific objectives are: a) to discuss fundamental rights and emphasize that access to water is a fundamental human right; b) to highlight key issues regarding water scarcity; c) to measure the extent to which, and the parameters under which the court would be open to discussion of legality and constitutionality of the action or omission of the public authorities. The implementation of this right is hampered by the global factual context of the water crisis. Comparisons are also made regarding the right to water and its management in the Brazilian and Spanish Constitutions, insofar as both establish that the citizen has the right to enjoy an adequate environment for his or her development. Affirmation and the role of fundamental rights are closely related to their effectiveness and applicability. For the protection and enforcements fundamental rights, the magistrate must have only one limit: the Constitution. Neither the law nor its absence can prevent judges from enforcing constitutional orders, especially constitutional norms that define fundamental rights. In short, not only the rights that circulate under the law, but the law that moves in the scope of fundamental rights. The Constitution represents the referability and concreteness of a harmonious and cohesive legal order. The function of the Judiciary is to offer engaged answers to questions put to it in particular situations. In terms of Methodology, the inductive method was used, as well as the techniques of Referent, Category and Bibliographic Research.

Key words: Environmental Law. Fundamental Law. Drinking Water. Judicial Branch. Public Policies.

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Environmental Law, Transnationality and Sustainability. As part of the requirements for the Master's Degree in Legal Science from the University of Itajaí Valley (UNIVALI) and the Master's course in Environmental Law and Sustainability (MADAS) – UA (Spain), the objective of this study is the fundamental right to access drinking water and the actions of the judiciary. Its specific objectives are: a) to discuss fundamental rights and emphasize that access to water is a fundamental human right; b) to highlight key issues regarding water scarcity; c) to measure the extent to which, and the parameters under which the court would be open to discussion of legality and constitutionality of the action or omission of the public authorities. The implementation of this right is hampered by the global factual context of the water crisis. Comparisons are also made regarding the right to water and its management in the Brazilian and Spanish Constitutions, insofar as both establish that the citizen has the right to enjoy an adequate environment for his or her development. Affirmation and the role of fundamental rights are closely related to their effectiveness and applicability. For the protection and enforcements fundamental rights, the magistrate must have only one limit: the Constitution. Neither the law nor its absence can prevent judges from enforcing constitutional orders, especially constitutional norms that define fundamental rights. In short, not only the rights that circulate under the law, but the law that moves in the scope of fundamental rights. The Constitution represents the referability and concreteness of a harmonious and cohesive legal order. The function of the Judiciary is to offer engaged answers to questions put to it in particular situations. In terms of Methodology, the inductive method was used, as well as the techniques of Referent, Category and Bibliographic Research.

Key words: Environmental Law. Fundamental Law. Drinking Water. Judicial Branch. Public Policies.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, bem como pelo Curso “Máster Universitario em Derecho Ambiental y la Sostenibilidad (MADAS) da Universidade de Alicante – UA (Espanha).

O seu objetivo científico é analisar o acesso à água, bem vital, como um direito fundamental e se está o Poder Judiciário preparado para exercer um papel mais expressivo para garantia desse direito.

Para tanto, possui como objetivos específicos: a) discorrer sobre os direitos fundamentais, definindo seu conceito, as gerações, o sentido e alcance do art. 5º, § 1º, da CF; b) mensurar a respeito da água, bem vital, apresentando conceito, classificações e dimensionando que se trata de um recuso limitado, contextualizando com o que nos traz a Constituição da Espanha a respeito; c) estabelecer até que ponto e sob quais parâmetros que estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade da ação ou omissão do Poder Público para garantir o acesso à água potável.

O papel do Judiciário tem sido bastante questionado, em especial diante da crescente demanda por uma atuação mais eficaz no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição, muito em razão de um relativo descrédito na efetividade da atuação parlamentar.

Para a pesquisa, de início, foram levantadas as seguintes hipóteses, as quais, nas considerações finais, serão discutidas.

a) O acesso à água é um direito fundamental? Uma das mais intensas discussões jurídicas atuais liga-se aos direitos fundamentais. Nesse cenário, surgem inúmeras teorias com o propósito de delinear o assunto, que é bastante tormentoso. A Constituição Federal não arrola explicitamente quais são os direitos fundamentais, que se apresentam de forma esparsa. Por isso, a doutrina diverge sobre a inclusão de determinadas questões no âmbito da fundamentalidade;

b) É cabível e necessário para a construção de uma democracia que respeite os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que o Poder Judiciário atue no controle de políticas públicas, assegurando a devida atenção pelo Estado aos direitos fundamentais, inclusive o direito à água?;

c) Até que ponto e sob quais parâmetros estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público no implemento de políticas públicas.

A pesquisa apresentada abrange materiais obtidos durante o período de frequência ao Curso de Máster em Derecho Ambiental na Universidade de Alicante – UA (Espanha), pelo tempo de dois meses, oportunidade em que foi possível obter acesso à bibliografia.

A legislação constitucional e ambiental, incluindo a internacional, serão alvo de análise. A jurisprudência será consultada para permitir a análise de questões concretas.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com os Direitos Fundamentais. Inicialmente, tratar-se-á da evolução histórica dos direitos fundamentais. Procurar-se-á demonstrar as sucessivas etapas de positivação dos direitos fundamentais, passando-se, então, para as suas gerações (dimensões). Ora, os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas.

Seguindo, faz-se uma definição do conceito de direitos fundamentais. Abordar-se-á, também, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, estabelecendo-se o sentido e alcance do art. 5º, §1º, da CF. Em pó, a investigação se direciona para os direitos fundamentais em sua dimensão prestacional. Ao final, tratar-se-á da reserva do possível e seus limites, iniciando-se com a teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial.

O Capítulo 2 trata da água: bem vital. O que se objetiva é a análise de questões centrais que estão diretamente relacionadas à escassez da água. Assim,, traz-se dados sobre a água doce como um recurso limitado, bem como a disponibilidade hídrica brasileira. A seguir, dedica-se ao estatuto jurídico das águas, iniciando pelos seus aspectos constitucionais, passando pela regulamentação dos recursos hídricos para, por fim, estabelecer a natureza jurídica da água. Por fim, cuida-se da água no contexto internacional, com o percurso histórico do direito à água e com o desenvolvimento da normatividade internacional da água como direito humano. Derradeiramente, encerra-se o capítulo com o direito à água no direito espanhol.

Nesse capítulo é possível observar que as origens da crise hídrica se ligam diretamente ao elemento antrópico. O mais importante é constatar que as soluções para o problema igualmente passam pela conduta humana. Toda e qualquer postura ativa depende, antes, da mudança de entendimento sobre a natureza. A visão antropocêntrica tem de ser substituída pela racionalidade ambiental, na qual o homem não comanda o meio ambiente como elemento externo, nele integrando-se. A ética do desenvolvimento sustentável é o caminho para se produzir mudanças substanciais e positivas em benefício de todos os seres vivos do Planeta.

A análise da propriedade da água será feita a partir dos fundamentos do Estado. Embora haja quase unanimidade na doutrina sobre a inexistência de águas privadas atualmente. Os recursos hídricos são, de fato, bens públicos de uso comum do povo. Isso se justifica por competir ao Estado a realização do interesse comum, o que é mais factível se tiver sob seu domínio o recurso atualmente escasso e de relevância pública.

O terceiro capítulo será o espaço de discussão do problema da pesquisa propriamente dito. Dedicar-se a Intervenção Judicial na Garantia da Efetivação do Direito à Água. No primeiro momento, fala-se sobre políticas públicas, a gestão da água no ordenamento espanhol. Após, traz-se o princípio da separação dos poderes e a justiciabilidade de políticas públicas. Posteriormente, trata-se do controle judicial de políticas públicas. Mais à frente, traz-se algumas decisões a respeito do tema.

As execuções das ações governamentais, através de políticas públicas, precisam utilizar o Estado Democrático de Direito como ponto de referência e, então, a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de macular o regime constitucional.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a conclusão de que o direito à água potável é um direito fundamental, limitado, inclusive com o dever constitucional de proteção pelo Poder Público e pelos cidadãos, ainda que suponha restrições e direitos e liberdades individuais, é importante o estudo de atuação do Poder Judiciário nos casos de ação e omissão do Poder Público quanto a implementação desse direito.

Friso que a tradução da bibliografia estrangeira ocorreu de forma livre no corpo do trabalho.

Quanto à Metodologia, foi empregado o método indutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, as técnicas de investigação utilizadas foram as Técnicas do Referente, da Categoria, do Fichamento, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no rol de categorias.

CAPÍTULO 1

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, POSITIVAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Inicialmente, importante frisar que a perspectiva histórica assume relevo não somente como mecanismo hermenêutico, mas principalmente porque a história dos direitos fundamentais desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.⁵

Historicamente os direitos fundamentais marcam etapas ou momentos de conscientização. A criação e a extensão progressiva das instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana contra toda forma de violência, exploração e miséria, às quais, através dos tempos, o homem foi submetido. Aliás, a história da humanidade é recheada de violência, dor física, sofrimento moral a que ficaram sujeitas pessoas humanas sob o jugo de outras, e que a cada surto de violência e atrocidades as comunidades se horrorizavam surgindo nas consciências a exigência de regras sociais mais dignas para todos.

O homem no seu estado de natureza mais puro era essencialmente livre, não havia as mesmas limitações que hoje são impostas à convivência das pessoas, que se originaram em razão de fatores de diversas ordens, notadamente os sociais e políticos, a fim de que se possibilitasse o desenrolar das relações sem interferências indesejáveis de um sujeito sobre a esfera dos outros. O principal fator limitador da liberdade do homem, portanto, eram as condições naturais, advindas das mais

⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36.

variadas manifestações do espaço, seja em razão da geografia, seja em decorrência da competição havida com outros animais em busca de recursos que pudessem suprir as suas demandas, seja por consequência dos agentes que limitam direta e internamente a sua condição física, tais como a doença e a velhice.

Nesse sentido,

À medida que o homem foi se agremiando aos demais de sua espécie, as organizações foram ficando complexas e demandando a assunção de papéis institucionais por membros destas organizações. Estes papéis, pontue-se, antes já eram ocupados pelos integrantes mais fortes e a constituição física era a maior das diferenciações que poderia elevar o ser humano à condição de gestor por dominação, pelo simples fato de que lhe era possível assim proceder.⁶

Assim se formaram os Estados de classe, primeiro, pequenos, em seguida, maiores. O Estado dava poder aos proprietários de escravos que, com esse poder, dominavam os escravos e os obrigavam a permanecer nessa condição. Daí surgiram as primeiras manifestações de religiosidade, que eram destinadas a reverenciar os deuses que constituíam o centro das explicações⁷.

Entretanto, essas explicações fundadas em razões religiosas se mostraram insatisfatórias, na medida em que não havia uma razão de correspondência necessária do que acontecia com aquilo que era dito e previsto. Daí foram formuladas as explicações de natureza filosófica e mais racionais. Essa fase se caracterizou por esses elementos distintivos das demais, sendo nomeada por Fábio Konder Comparato, de período axial (*Achsenzeit*).⁸

Por conta disso, “lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.⁹

⁶ MAGALHÃES, Tadeu Vilasboas. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-evolucao-historica-dosdireitosfundamentais>>. Acesso em: 25 set. 2016.

⁷ MICHULIN, A. V.. **História da Antiguidade**. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, (s/d), p. 15.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 08.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p. 11

Contudo, o fenômeno jurídico da positivação dos direitos fundamentais, enquadrando-os como legítima categoria jurídica especial destinada a tutelar a concretização da dignidade da pessoa humana, somente pode ser notado com maior relevância a partir do final do século XVIII, com a criação do estado constitucional.¹⁰

1.1.2 Positivação dos direitos fundamentais

É na Inglaterra da idade média, mais precisamente no século XIII que se tem o primeiro e principal documento que se trata dos direitos do homem, qual seja, a *Magna Charta Libertatum*, firmado pelo Rei João Sem-Terra em 1215. Veja-se que, muito embora esse documento tenha servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios, tirando da população direitos estabelecidos no pacto, serviu de ponto de referência para outros direitos e liberdades, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade¹¹.

Releva-se, mencionar, como marco sucessivo, as declarações de direitos inglesas do século XVII, principalmente a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Tais documentos surgem como enunciações dos direitos costumeiros, resultante da progressiva limitação do poder monárquico.

Nada obstante, como vocaciona Ingo Sarlet, tais declarações não podem ser consideradas como marco inicial dos direitos fundamentais. “Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade [...]”.¹²

Tem-se como marco de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais a Declaração de Direitos do povo da

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 552.

¹¹ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 41.

¹² SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 43.

Virgínia, de 1776, muito embora alguns defendam a paternidade dos direitos fundamentais como sendo a Declaração Francesa, de 1789.¹³

Certo, também, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução do antigo regime a instauração da ordem burguesa na França, é de fundamental importância.

Nesse sentido,

Tanto a declaração Francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável.¹⁴

No século XVIII eclodiu um movimento cuja ideia central era impor limites ao poder do Estado a fim de assegurar os direitos do homem. Esse movimento foi denominado de constitucionalismo e para alcançar seu objetivo valeu-se de instrumentos como a Constituição escrita, a separação de poderes e as declarações de direitos depois de mais de um milênio de disputas nos campos do conhecimento no âmbito do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa humana, finalmente, ganharam relevo em normas que alcançaram o topo da pirâmide jurídica dos Estados, cujas constituições escritas revelaram-se como documentos básicos dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais ocupando posição central nas Constituições,

¹³ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 43.

¹⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 44.

conforme esclarece Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁵, trata-se da primeira forma de defesa dos direitos fundamentais de maior relevância, principalmente porque passou a permitir a proteção desses direitos.

Os denominados Direitos Sociais somente foram abrigados nos textos constitucionais após as grandes guerras mundiais, bem como somente ao final do século XX é que denominações como “direitos individuais” ou “liberdades públicas” vão dar lugar à denominação “direitos fundamentais”.¹⁶

No Brasil, a primeira constituição foi a Imperial de 1824, a qual no título 8º, sob a nomenclatura de *Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, reconheceu no art. 179 os direitos à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento e expressão, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, entre outros.

José Afonso da Silva sustenta ser a Constituição Imperial a “[...] primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva [...], anterior, portanto, à da Bélgica, de 1831, a que se tem dado tal primazia”.¹⁷

¹⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 115.

¹⁶ Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigar não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como ‘direitos sociais’, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda ao Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. (...). Já no último quartel do Século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências a o rótulo direitos individuais ou liberdades públicas que dão lugar à utilização da expressão ‘direitos fundamentais’, inseridas nas declarações contemporâneas com o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição.” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 119).

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 170.

Em 24 de fevereiro de 1891, é promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual instituiu, em seu art. 72, uma Declaração de Direitos estabelecendo que “[...] a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Previu, também, que “[...] a República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (§ 2º, Art. 72); garantiu os direitos de associação e reunião (§ 8º); e o direito de petição (§ 9º); aboliu a pena de galés e de banimento (§ 20); limitou a pena de morte para os tempos de guerra (§ 21); garantiu o *Habeas Corpus* para os casos de violência ou coação, mesmo preventivamente (§ 22), dentre outros direitos.

Após o movimento militar de 1930 e sob a influência das Constituição Alemã de Weimar (1919), foi promulgada em 16 de julho de 1934 a Constituição brasileira. Nos arts. 115 a 143, sob o título Da Ordem Econômica e Social, estabeleceu-se que a ordem econômica “[...] deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (art. 115). O novo ordenamento constitucional regeu, também, a proibição de diferença de salário em decorrência de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo condizente com a satisfação das necessidades do trabalhador; limitação da jornada diária de trabalho em oito horas; proibição da exploração do trabalho de menores; garantia do repouso semanal remunerado; férias; indenização por dispensa sem justa causa e assistência médica ao trabalhador e à gestante (art. 121). Consagrou o mandado de segurança como garantia para a “[...] defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113, item 33).

Com forte inspiração nas constituições autoritárias da Polônia (1935) e do Estado Novo português (1933) a Constituição brasileira de 1937, conhecida como Polaca, foi outorgada em 10 de novembro de 1937, restringindo direitos e garantias

individuais, retirando do ordenamento jurídico o Mandado de Segurança, além de instituir a censura prévia e a pena de morte.¹⁸

Promulgada em 18 de setembro de 1946, a nova Carta Constitucional revigorou os direitos fundamentais do homem (arts. 129 a 144). Aboliu-se, novamente, a pena de morte e a prisão perpétua. Foram restaurados os mecanismos de garantia dos direitos fundamentais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança e a Ação Popular).¹⁹

Dando sequência, foi outorgada a Constituição de 1967, que mantinha as previsões de direitos e garantias individuais (art. 150), os direitos sociais dos trabalhadores (art. 158), assim como os direitos de nacionalidade (art. 140) e os direitos políticos (art. 142). Não houve, ao menos do ponto de vista formal, ruptura aos direitos fundamentais; contudo, há uma clara evidência de tolhimento do ideário democrático em decorrência do Regime Militar.

Por fim, a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade.

1.1.3 As gerações (dimensões) dos direitos fundamentais

A Teoria dos Direitos Fundamentais identifica-se em estágios, ou as diversas fases do processo evolutivo desses direitos, resumidas em dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores), baseando-se justamente na ordem histórica em que foram sendo reconhecidas.

Utilizaremos a terminologia mais usual (gerações) sem adentrar na crítica feita pela doutrina sobre o problema terminológico.

¹⁸ GUIMARÃES, Ylves José de M. **Comentários à Constituição (direitos e garantias individuais e coletivas)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 02.

¹⁹ **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.

A primeira geração dos direitos fundamentais são os direitos civis e políticos, reconhecidos nas Revoluções Francesa e Americana. Realçam o princípio da liberdade. Impõem ao Estado um dever de abstenção, de não fazer.²⁰

Já os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais. Acentuam o princípio da igualdade entre os homens. São as liberdades positivas, reais e concretas. São realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais. Em face disso, recebem a nomenclatura de direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados. Todavia, convém mencionar que também existem direitos sociais negativos, como é o caso da liberdade sindical e da liberdade de greve.²¹

Veja-se que os direitos de segunda geração não substituem os de primeira. Ao contrário, apresentam-se como acréscimos àqueles direitos já existentes. Novas necessidades gerando novos direitos.

Na terceira geração dos direitos encontram-se aqueles atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. Consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. Tem-se como exemplo o direito ao meio ambiente, à paz, ao progresso e desenvolvimento, à defesa do consumidor²². Esses últimos, nas palavras de Paulo Bonavides, são direitos:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem por primeiro destinatário o ser humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.²³

De todos os direitos presentes nessa geração o mais elaborado foi o

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 564.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 569.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 569.

direito ao meio ambiente, consagrado na Declaração de Estocolmo de 1972, onde se admite que: “O homem tem o direito fundamental a liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna [...]”.²⁴

A reivindicação por um meio ambiente saudável surgiu nesse momento, já que foi então que se percebeu que os recursos naturais eram finitos, isso porque a exploração predatória em prol de um desenvolvimento econômico estava deteriorando os ecossistemas que ainda se encontravam intactos.

Nesse sentido, escreve Norberto Bobbio:

Os direitos de terceira geração, como o de viver em um ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las.²⁵

Atualmente, já há doutrinadores mencionando uma quarta e uma quinta geração de direitos fundamentais. No entanto, ainda não existe consenso na doutrina sobre quais direitos estariam classificados em cada grupo.

A quarta geração de direitos é relacionada com o patrimônio genético. São relacionados com a biodiversidade, a biopirataria e as inovações decorrentes das pesquisas científicas e estudos. Referem-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. Envolvem o debate sobre a bioética. Agora, a preocupação deixa de ser apenas com a vida e passa a ser qualidade de vida. Vicente Barreto²⁶ doutrina que “esses direitos resultam dos novos conhecimentos e tecnologias resultantes das pesquisas biológicas contemporâneas”.

A quinta geração de direitos é relacionada com a cibernética, no que se

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p.6.

²⁶ BARRETO, Vicente. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 2. Editora Renovar, 1994.

refere a todos os valores do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se citar por via de exemplo, a honra, a imagem, etc. São os bens protegidos pela quinta geração, entretanto com uma especificidade, qual seja, proteger tais valores face ao uso dos meios de comunicação eletrônica em massa.

Paulo Bonavides reconhecendo uma quinta geração dos direitos fundamentais, afirma ser o direito fundamental à paz.²⁷

Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva tem sustentado a existência de uma sexta geração de direitos fundamentais: o acesso à água potável. Explicam que

O acesso à água potável, considerado direito fundamental de sexta dimensão, passa a receber do Estado e também da sociedade o tratamento adequado a fim de que seja preservado em benefício de todas as pessoas, quer das presentes, quer das futuras gerações. A juridicidade do direito fica mais forte, vinculando todos os poderes estatais e também o agir de cada pessoa.²⁸

O acréscimo do direito fundamental à água potável como direito de sexta geração exige mudanças de atitudes do Estado e da sociedade. O Estado legislador fica comprometido em elaborar leis na proteção e promoção desse direito. A sociedade, de outra banda, também passar reconhecer maior importância do bem tutelado, de modo a protegê-lo e preservá-lo.

1.1.4 Da definição do conceito de direitos fundamentais

A opção por utilizar a expressão direitos fundamentais no título do presente trabalho já traduz a opção terminológica, muito embora a doutrina e os documentos internacionais utilizem, até com mais frequência, outras nomenclaturas. Temos “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, entre outros. Nota-se que os documentos internacionais, aparentemente, como se verá mais à frente, utilizam com mais frequência a nomenclatura direitos humanos ou direitos do homem, enquanto a nossa Carta Constitucional se vale de direitos do humanos (art. 4º, II);

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 590.

²⁸ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável**. Direito fundamental de sexta dimensão. 2 ed. São Paulo: Millennium. 2012, p. 81-82.

direitos e garantias fundamentais (art. Epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Não se pretende adentrar no exame do significado específico de cada termo ou mesmo analisar, a fundo, o mais correto. Mas assume relevância distinguir os termos direitos fundamentais e direitos humanos para o estudo.

Com efeito, é certo que direitos fundamentais de certa forma são direitos humanos, “no sentido de que seu titular será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)”.²⁹

Assim, nos termos de Ingo Sarlet,

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).³⁰

Nesse cenário, para fins didáticos utilizar-se-á as expressões “direitos do homem” como direitos naturais, não positivados, “direitos humanos” como positivados no direito internacional e “direitos fundamentais” como aqueles reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Já a partir do exposto, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar uma distinção de que “os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29.

passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista”.³¹

Partindo, então, dessas premissas, direitos fundamentais, por sua vez, devem ser definidos de acordo com a nossa Constituição de 1988 e são, sobretudo, direitos que decorrem das disposições de direitos fundamentais positivadas na Constituição.

Existe um rol de direitos fundamentais positivados na Constituição a começar pelas disposições relacionadas no artigo 5º, classificados como direitos individuais e coletivos e que enunciam os direitos de liberdade, igualdade, segurança, propriedade, entre outros, e refere-se, acima de tudo, aos direitos negativos que protegem a pessoa de intervenções desautorizadas do Estado, com vista à sua liberdade, sua vida e sua propriedade além da proteção contra a ação de outros cidadãos que afrontem esses direitos, assim como asseguram o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Os direitos sociais também integram o rol de direitos fundamentais do cidadão, enunciados no artigo 6º, assim como o direito ao trabalho, nos termos do artigo 7º da Constituição, e se referem àqueles direitos igualmente positivados com os quais o cidadão passa a ter parte, de modo equitativo, na distribuição de bens básicos, de garantia da liberdade de fato (material) necessária ao exercício das demais liberdades públicas.

Os direitos políticos também são direitos fundamentais, dentre os quais aqueles arrolados no artigo 14 da Constituição, cuja categoria diz respeito aos direitos positivos que cabem ao indivíduo com vista à participação em processos de formação pública da vontade, necessários ao desenvolvimento e manutenção do processo político no âmbito de uma democracia.

Por fim, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não se esgotam no rol dos artigos mencionados anteriormente, mas, ao contrário, há outras disposições de direitos fundamentais de forma esparsa na Constituição, inclusive

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 32

como desdobramentos dos princípios de liberdade, de igualdade, de proteção à vida, como, por exemplo, o direito de liberdade de associação (art. 8º); garantia asseguradas aos contribuintes correspondentes às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150); o direito à Seguridade Social, compreendendo ações para assegurar direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social (art. 194, 201 e 203); o direito à saúde (art. 196); à educação (art. 205); à cultura (art. 215); ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), entre outros.

Além disso, no artigo 5º, § 2º, há uma cláusula de abertura para outros direitos fundamentais decorrentes dos próprios princípios constitucionais ou de tratados internacionais em que o Brasil venha a ser parte³², o que, em última análise, leva à conclusão de que direitos fundamentais não são somente os positivados no texto constitucional, outros podem emergir a partir da interpretação dos próprios princípios constitucionais. Intrínseca à noção de direitos fundamentais está a característica da fundamentalidade, que, segundo o doutrinador Lusitano Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.³³

Explicando a fundamentalidade formal e material, trago à colação o seguinte excerto

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da CF, cuidando-se, portanto, (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto de análise da parte final desta obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo

³² § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

³³ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 509.

decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito fundamental positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como há direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição forma, ainda que possamos controverter-se a respeito da extensão a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais [...]³⁴.

Os direitos fundamentais integram, então, um sistema normativo que consistem nas disposições da Constituição Federal de 1988 e apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são injustas.

1.1.5 A Dignidade da Pessoa Humana: considerações preliminares e a sua positivação na Constituição Federal do Brasil de 1988.

A dignidade da pessoa humana é um conceito prático complexo e de difícil definição, porém, é utilizado com muita frequência nos meios jurídicos e não jurídicos sem muitos critérios.

A literatura especializada também vacila quanto ao conceito, seja em relação a autores estrangeiros ou mesmo autores nacionais.

Para Peter Häberle, por exemplo, a dignidade da pessoa humana é um valor jurídico e o mais importante no ordenamento jurídico da Alemanha³⁵. Segundo o autor, a dignidade é um valor tão importante que na própria lei fundamental alemã ele ocupa o artigo inaugural daquele documento, artigo 1º, §1º: “A dignidade humana é inviolável”.³⁶

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 75-76.

³⁵ A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como “valor jurídico mais elevado” dentro do ordenamento jurídico constitucional, figurando como “valor jurídico supremo”. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como “fim supremo de todo o Direito” ou como “determinação de inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais”. (HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: **Dimensão da Dignidade**; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello e Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.99)

Diante da expansão e vitoriosa trajetória da dignidade da pessoa humana, ocorreu uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos “muito embora não exista – precisamente em virtude do relativamente recente reconhecimento da dignidade humana como valor de matriz constitucional!”.³⁷

Calha referir, nessa perspectiva, a lição de Carlos Ayres Britto³⁸, o qual destaca a existência de um vínculo funcional entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como entre eles e a democracia.

Em nossa Constituição Federal de 1988 a dignidade humana aparece como fundamento da República, positivada no art. 1º, inciso III.

Muito embora apareça o princípio da dignidade da pessoa humana no primeiro título da Constituição Federal de 1988, a primeira aparição em um texto constitucional brasileiro ocorreu em 1934. Em virtude da influência exercida pela Constituição Alemã (Constituição de Weimar de 1919), a dignidade da pessoa humana se fez presente nos princípios da ordem econômica e social, dispondo em seu art. 115 “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”.³⁹

Com o artigo acima disposto consagra-se expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de direito (art. 1º, III, da Constituição Federal).

O Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. MLHEIROS: São Paulo, 2011, p. 111.

³⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 256.

³⁸ BRITTO. Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

³⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 255

da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.⁴⁰

A dignidade da pessoa humana é critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal.

Quanto ao cerne da formulação principiológica da dignidade da pessoa humana adotada pela Constituição Federal de 1988 e a inovação que ela representa na ordem jurídica brasileira, leciona com precisão Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

Quando cotejada com as Constituições anteriores não deixa de ser uma ruptura paradigmática a solução adotada pelo constituinte na formulação do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica.⁴¹

Com isso, fica claro que a dignidade da pessoa humana ingressou no sistema jurídico como uma norma que abrange valores e princípios, sendo regra de observação obrigatória, fundamento da República Federativa do Brasil cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva.

Em estudo sobre o direito comparado alemão no tema da dignidade, o jurista Alexandre Cunha⁴² traz o seguinte ensinamento: “a jurisprudência constitucional alemã vem interpretando a dignidade humana como sendo, além de direito fundamental, programa constitucional e princípio de base do Estado de Direito”.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 103.

⁴¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba. Juruá, 2003, p. 50.

⁴² CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil**. In: Martins-Costa, Judith. *A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248.

Essa lição se coaduna com a ordem brasileira. André Ramos Tavares⁴³ ressalta que o princípio da dignidade do homem precede a todos os demais princípios por sê-lo substrato básico de todo e qualquer direito fundamental e, portanto, está incutido nas diversas manifestações dos direitos inerentes à pessoa humana. Por conseguinte, vislumbra-se o indissociável arranjo de direitos fundamentais, como a garantia do direito à vida (consequentemente, à saúde), à liberdade, à igualdade, a fim de se preservar a dignidade humana em seu sentido mais amplo.

Portanto, é possível concluir que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, individuais e sociais, já reconhecidos juridicamente, é imprescindível para que o sujeito adquira o autorespeito perante a coletividade, saia do estado de apatia e passividade no âmbito político e passe a participar efetivamente do processo de formação de uma vontade coletiva.

1.2A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2.1 Considerações preliminares

Primeiramente, necessário, utilizando-se das lições do professor José Afonso da Silva, diferenciar vigência e eficácia, situando-se em planos diversos. Enquanto vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, fazendo-a ser obrigatória, é pressuposto para a eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz⁴⁴.

Para fins de estudo, necessário, ainda, diferenciar as noções de eficácia jurídica e social, identificando-se a última com o conceito de efetividade.

A eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau efeitos jurídicos.

43 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2007, p. 105.

44 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 257.

Tem-se, assim, que a eficácia social se confunde com a efetividade da norma. Luís R. Barroso verbera que “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”.⁴⁵

Pode-se dizer que inexistente norma destituída de eficácia, sendo possível dizer que se tem uma graduação de carga eficaz das normas da Constituição. Contata-se que existem várias teorias a este respeito, pois que a regulação de um Estado não é tarefa fácil, por englobar vários fatores, exigindo do legislador a adoção de diversas posturas ao tratar dos mais diversos temas. A verdade é que ainda não há um consenso doutrinário sobre o que vem a ser a eficácia das normas.

Para tanto, utilizaremos a classificação de José Afonso da Silva⁴⁶, a qual a maioria da doutrina e da jurisprudência pátria adotou no que pertence à forma de encarar as normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade, sendo elas divididas em três espécies: normas de eficácia plena, contida e limitada. Por esta divisão, tal entendimento é conhecido como teoria tricotômica. Normas constitucionais de eficácia plena – não necessitam de legislação integradora pois produzem todos os seus efeitos de plano; possuem aplicabilidade imediata. Todas as normas que atribuem competência (arts. 21, 25 a 29 e 30; 145, 153, 154 e 155). Outros exemplos: arts. 18 § 1º, 13, 19, 20.

Normas constitucionais de eficácia contida – as que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata até o advento de norma infraconstitucional que venha a conter a extensão do mandamento constitucional. Exs: art. 5º, VIII, XIII.

Normas constitucionais de eficácia limitada – são as que necessitam de legislação integradora, pois não produzem seus efeitos de imediato; possuem aplicabilidade mediata. Dividem-se em: Normas const. de princípio institutivo – as que traçam esquemas gerais de órgãos ou entidades. Ex: art. 224 (Conselho) normas const. de princípio programático as que traçam princípios a serem observados pelo legislador comum. Exs: arts. 196 (direito à saúde), 205 (à

⁴⁵ BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

⁴⁶ SILVA. José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 262-270.

educação), 215 (à cultura), 227 (proteção à criança).

No entanto, como defende Norberto Bobbio, o principal desafio relativo aos direitos do homem encontra-se no campo de sua eficácia:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁴⁷

Passa-se, agora, para a classificação, em razão da sua multifuncionalidade, dos direitos fundamentais, o que é relevante para o presente trabalho, pois constituem fatores de eficácia e de aplicabilidade das normas.

Valendo-se, assim, das lições de Ingo Sarlet, ele divide em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos de defesa, incluindo aqui os direitos de liberdade, igualdade, garantias, bem como parte dos direitos sociais; e os direitos a prestações como os direitos à proteção e à participação, bem como os direitos sociais de natureza prestacional. Assim, com sua habitual perspicácia, afirma que

“se os direitos de defesa, como dirigidos em regra a uma abstenção por parte do Estado, assume habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de aplicabilidade e justicialidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata, e em razão disto, plena eficácia.⁴⁸

Dessa feita, não raras vezes o direito a prestações são positivados em forma de normas programáticas, de modo a exigir uma interposição do legislador para que venham a ter eficácia e aplicabilidade.

1.2.2 Sentido e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que “as normas

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24-25.

⁴⁸ SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p.268.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A aplicabilidade imediata é de todos os direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF, bem como de todos os outros constantes de forma esparsa do texto constitucional, a exemplo do direito ao meio ambiente (art. 225 da CF), e nos tratados internacionais. Aliás, “a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional” (p. 271), harmonizando com o contido no art. 5º, § 2º, da CF.

Já quanto ao alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, divergências travam na doutrina.

Concordando com Ingo Sarlet a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não impede que normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua eficácia somente após a regulamentação legislativa.⁴⁹

Ainda que rapidamente, teceremos algumas considerações a respeito de outros posicionamentos. Celso Bastos argumenta que os direitos fundamentais possuem, em regra, aplicabilidade imediata, exceto quando a Carta Magna remete expressamente a concretização ao legislador e quando a norma não tiver elementos mínimos indispensáveis que possam dar aplicabilidade⁵⁰.

Eros Grau, a seu turno, defende que a Constituição Federal não possui normas programáticas, pois a Carta Magna expressamente estipulou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Foram criados instrumentos processuais aptos a combater a omissão parte do legislador ordinário, a exemplo do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF) e da Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §, 2º, da CF).⁵¹

Nada obstante as outras teses sustentadas, partilha-se do entendimento

⁴⁹ SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 272.

⁵⁰ BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiv, p. 393.

⁵¹ GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, p. 322.

de que inviável aceitar a ausência de normas programáticas, pois não se tem como duvidar que no ordenamento jurídico pátrio há normas constitucionais que reclamam atuação positiva dos órgãos estatais e do próprio legislador.

Assim,

Tendo em vista que haveremos de nos debruçar sobre a problemática específica da eficácia das normas programáticas, isto é, dos direitos fundamentais que assumem esta forma no que diz com a técnica de sua positivação, basta-nos, por ora, a certeza de sua inexistência, ao que se soma a constatação já feita de que todas as normas constitucionais – inclusive as programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Por outro lado ainda que partilhemos o ponto de vista que aceita (independentemente da eficácia) a existência de normas programáticas, não acreditamos ser possível sustentar a concepção de acordo com a qual desnecessária ou, no mínimo, supérflua, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF considerando esta como uma fórmula destituída de conteúdo, na medida em que não tem o condão de outorgar às normas carentes de concretização sua plena eficácia. Tal constatação, que não parece corresponder à vontade do Constituinte, não reconduz, todavia, ao cerne da problemática posta neste item, ou seja, a de desvendar o significado da aplicabilidade imediata para os direitos fundamentais.⁵²

Nesse sentido, os direitos fundamentais têm aplicação imediata e eficácia plena, de uma forma geral, ressalvadas hipóteses, que dependem de convincente justificação à luz do caso concreto.

Como já explicado alhures, adotou-se dois grandes grupos de direitos fundamentais, de acordo com o critério de sua função preponderante, quais sejam, os direitos de defesa e os direitos a prestações. Considerando, todavia, o teor da investigação não se abordará o significado de aplicabilidade imediata para cada categoria de direitos fundamentais, mas somente o alcance da eficácia dos direitos a prestações.

1.2.3 Os direitos fundamentais na sua dimensão prestacional.

Partindo da análise, como mencionado, de que os direitos fundamentais a prestações são verdadeiros direitos fundamentais, sendo, por corolário, direito imediatamente aplicável, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

⁵² SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 275.

A doutrina diferencia os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização), de regras consistentes em direitos a prestações normativas estatais, e os direitos a prestações em sentido estrito, isto é, de direitos a prestações materiais (os direitos sociais prestacionais).

Feitas essas considerações iniciais, tem-se que os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constituiu seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Neste contexto, pode-se dizer que o objeto dos direitos sociais a prestações não poderá ser decidido de maneira geral e abstrata, necessitando de circunstâncias específicas de cada direito fundamental.

A doutrina tem apontado diversos obstáculos para a plena eficácia de direitos prestacionais, sendo destaque neste estudo apenas dois: a imprecisão das normas e a escassez de recursos, sendo que deste último ocupar-se-á mais detalhadamente posteriormente.

No que concerne a imprecisão das normas definidoras de direitos sociais como um verdadeiro obstáculo à sua plena eficácia, pode-se mencionar que tais direitos estão dispostos de maneira confusa na própria Constituição, propiciando divergências quanto a sua própria definição e fundamentalidade. Outrossim, possuem objetos amplos demais, o que dificulta a sua delimitação. A respeito, José Afonso da Silva faz referência à importância de se buscar soluções que concretizem as normas de direitos sociais:

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.⁵³

O que se pode perceber é que muitas das normas referentes aos direitos

⁵³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.140.

sociais não são observadas como imediatamente aplicáveis, devido a imprecisão com que foram elaboradas e ao objeto de seus comandos, demasiadamente abertos. Surge, então, o problema da eficácia de tais normas. Extrair um núcleo de direitos subjetivos imprescindíveis à obtenção de uma vida digna do imenso catálogo dos direitos sociais prestacionais constitui-se no propósito básico do estudo referente ao mínimo existencial.

Outro ponto que merece destaque é justamente a dificuldade de estabelecer uma adequada delimitação do próprio objeto dos direitos sociais. Como eles estão descritos de forma vaga, imprecisa e demasiadamente aberta, existem, normalmente, uma pluralidade de meios de atingimento desse direito.

Assim, percebe-se que a vagueza do programa normativo impõe-se como um efetivo obstáculo à plena eficácia dos direitos sociais.

1.3A RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS LIMITES

1.3.1 A Teoria da reserva do possível

A reserva do possível tem relação umbilical com os direitos fundamentais de segunda geração que, em regra, são de cunho programático, ou seja, estes direitos se traduzem num verdadeiro programa político a ser alcançado pelo Estado.

A Constituição Federal, de forma expressa, prevê os direitos fundamentais de segunda geração. Com isso, impõe-se ao Estado um dever de agir, na medida do financeira e materialmente possível.

É imprescindível ressaltar que todas as normas constitucionais sempre são capazes de gerar algum tipo de efeito jurídico, pois são também de um mínimo de eficácia. A Constituição não é uma mera Carta de intenções, mas sim, um conjunto de regras a serem seguidas e colocadas em prática.

Contudo, o estudo da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem como contraponto o fato de que esses direitos carecem de recursos econômicos necessários a sua viabilização e isso nem sempre é possível, principalmente em um

país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

É nesse contexto que surge o conceito de reserva do possível, como uma forma de tentar adequar a realização de direitos à realidade fática, observando-se o que é racionalmente esperado pela sociedade do Estado e o que esse pode realizar, levando em consideração os aspectos fáticos e jurídicos que permeiam a implementação de políticas públicas.

Os direitos sociais, denominados direitos de segunda geração, exigem disponibilidade financeira do Estado para que possam ser efetivamente concretizados. Diante disso, estão sujeitos a chamada cláusula de reserva do financeiramente possível, ou, simplesmente, reserva do possível.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha para solucionar a restrição do número de vagas - *Numerus clausus* - em algumas Universidades⁵⁴, num caso onde o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht*, decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível.

Estudantes que não tinham sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha, em meados de 1960 levaram o caso até a análise do Tribunal Alemão, sendo que os argumentos dos estudantes foram baseados no artigo 12 da Lei Fundamental, segundo a qual todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.

No julgamento do caso, o Tribunal Constitucional asseverou que o direito à prestação positiva encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade. Decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade

⁵⁴ MARTINS, Leonardo e SCHWABE, Jürgen (org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656-667.

excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra⁵⁵.

Os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social.⁵⁶

Em outras palavras, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. Nas palavras de Ingo Sarlet, o Tribunal alemão entendeu que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁵⁷

Assim, nota-se que a teoria da reserva do possível não se refere direta e exclusivamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.

O conceito vem se desenvolvendo desde a década de 1970, afirmando que a efetividade dos direitos a prestações estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, passando a traduzir a ideia da dependência da real disponibilidade financeira, localizada no campo de atuação discricionária das decisões dos poderes.⁵⁸

Ana Paula de Barcellos com grande maestria conceitua a reserva do possível da seguinte forma:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno

⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

⁵⁶ KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 265.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.⁵⁹

A cláusula de reserva do possível - originária da doutrina germânica e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão - recebeu essa nomenclatura do aclamado jurista J. J. Canotilho e determina que a satisfação de certos direitos exigíveis do Poder Público é condicionada à disponibilidade de recursos financeiros para a sua satisfação material, isto é, sua execução em casos práticos.⁶⁰

Conforme aduzem Sarlet e Figueiredo⁶¹, a reserva do possível apresenta dimensão tríplice, abrangendo: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e c) a proporcionalidade na prestação.

Nessa concepção, escapa-se da noção inicial conferida ao instituto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, agregando a necessidade da disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, ou seja, da disposição orçamentária específica.

A soma de elementos estranhos à concepção inicial do instituto pela doutrina acaba por classificar a reserva do possível em: a) reserva do possível fática, referente à falta de recursos; e b) reserva do possível jurídica, referente à ausência de disposição orçamentária.⁶²

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Jus Podivm, p. 714.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**, p. 30.

⁶² CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201.

No que diz respeito a essa divisão, menciona Ana Paula de Barcellos:

A reserva do possível fática aproxima-se da exaustão orçamentária, sendo possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância, tendo em vista as formas de arrecadação e a natureza dos ingressos públicos. Quanto à reserva do possível jurídica, não há propriamente um estado de exaustão; há, sim, ausência de autorização para determinado gasto.⁶³

Convém destacar que a doutrina brasileira ao agregar outros elementos ao conceito alarga seu âmbito jurídico, escapando da ideia inicial de ponderação referente a critérios fáticos, contribuindo para a desconsideração da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais. Ademais, chega-se a conferir à faceta econômica do instituto uma feição absoluta, negando a existência da força conformativa dos princípios que consagram os direitos a prestações estatais.

Nesse sentido, refere-se Amaral:

[...] a posição da “máxima eficácia” não dá elementos suficientes para a solução do conflito. Seus seguidores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, como se a instituição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, *per se*, transformar a realidade social naquela desejada e a isso estivessem “os outros” a se opor por má vontade.
64

Outros doutrinadores chegam a retirar a faceta econômica do instituto, negando sua natureza limitativa fática:

[...] o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.⁶⁵

Freire Júnior⁶⁶ afirma a necessidade de alocação prioritária de gastos

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 262-263.

⁶⁴ AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

⁶⁵ KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 54.

⁶⁶ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (coleção Temas Fundamentais de Direito. Volume 1), p. 74.

antes de serem postadas dotações referentes a outras áreas. Em sentido paralelo, Scaff⁶⁷ ensina que a arguição da reserva do possível somente pode se dar mediante comprovação da utilização de recursos públicos proporcional aos problemas sociais.

Ana Carolina Lopes Olsen ao tratar do tema afirma:

A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está a seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã. Mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais.⁶⁸

É indiscutível que os direitos sociais prestacionais são dependentes de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas, e, portanto, a escassez de recursos passa a ser considerada verdadeiro limite fático a sua plena concretização.

1.3.2 A Teoria do Mínimo Existencial

Atribui-se a Otto Bachof⁶⁹ o pioneirismo quanto ao mínimo existencial. Para esse autor alemão, é indispensável que haja um mínimo de segurança social, para que seja respeitado o princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Além disso, considera que há um direito subjetivo à garantia dos recursos mínimos para uma existência digna, já que sem eles não há como manter a dignidade do ser humano.

O referido autor vai além, dizendo que o direito envolve uma prestação, e não apenas uma postura defensiva do Estado, já que a violação dos direitos pode ocorrer por ação ou por omissão, já que a existência é ofendida também quando não se proporcionam condições de vida. Tem-se que “[...] o mínimo existencial está em

⁶⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse Público. Porto Alegre, Ano 7, n. 32. julho/agosto de 2005, p. 226.

⁶⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224.

⁶⁹ BACHOF, Otto. **Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates**. VVDStRL n. 12 (1954). p. 42-43. apud SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**, p.100.

constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverá prevalecer”.⁷⁰

Conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha⁷¹, o conceito do mínimo existencial tem ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é bastante abstrato. Por essa razão, sua previsão constitucional não foi suficiente para que merecesse atenção e efetivação. “Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio dignidade da pessoa humana, tem-se por estabelecido um espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização do Estado.” Logo, o conceito de mínimo existencial “dotou de conteúdo objetivo o quanto compete ao Estado e à sociedade garantir a todos para o cumprimento do princípio da dignidade humana”.

Segundo José Afonso da Silva⁷² para a realização da dignidade, não basta a liberdade formalmente reconhecida; faz-se necessário o atendimento de condições materiais mínimas para a existência humana. Certamente, “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”.

Ingo Sarlet tem posicionamento no sentido de que o indivíduo tem um direito subjetivo frente ao Estado, sendo perfeitamente possível a propositura de ação judicial e a entrega do bem da vida pelo Magistrado. No entanto, quanto às demais necessidades humanas, a via legítima é a alocação via recursos orçamentários, como muito bem assinala o referido autor:

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos

⁷⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151.

⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005. p. 445-446.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149

mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social.⁷³

Ana Paula de Barcellos⁷⁴, inspirada nas lições de John Rawls, postula que para se efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana para todas as pessoas, independente de idade, deve o Estado, primeiro, ofertar um mínimo social existencial, para garantir que todas as pessoas tenham uma existência digna. É necessário um núcleo com um conteúdo básico, conforme dispõe a autora:

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

Demonstrando a importância do tema, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁵, de 1948, ao se referir ao mínimo existencial disciplina:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

O mínimo existencial não está positivado na Carta Magna, mas implícito no artigo 3º, inciso III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e expresso nas normas que

⁷³ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. New York- London: W.W. Norton & Company: 1999 *apud*. Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 349

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 304.

⁷⁵ Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 10 jun. 2017.

prevêem as imunidades tributárias.

A doutrina, inspirada pela Lei Fundamental alemã, têm se preocupado em defender a primazia de um conjunto de direitos necessários a uma existência digna e ao exercício de liberdades básicas. Trata-se, na verdade, de conferir reconhecimento a uma parcela das prestações positivas consideradas indispensáveis para a vida com mínima dignidade e para o exercício dos direitos de liberdade “como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia), a educação básica *et coeterea*”.⁷⁶

Os direitos sociais são essenciais para o bom desenvolvimento social. As necessidades fundamentais são determinadas pela sociedade e está intimamente relacionada à vida e à dignidade da pessoa humana. Em face disso, pela perspectiva objetiva, estes direitos serão caracterizados como núcleo axiológico da Constituição. Deixar de atendê-los pode causar na sociedade um sentimento de injustiça. Assim, compreender o significado de mínimo existencial é essencial para exigir tais prestações do Estado de forma razoável.

É notório o fato de que deve ser assegurado um padrão mínimo de segurança material à população, já que o Estado Social não pode ser compelido a garantir um padrão ótimo de bem-estar, ainda mais quando se trata de prestações estatais obtidas via judicial, mas sim a efetivar as condições para uma existência com dignidade.

⁷⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 195.

CAPÍTULO 2

ÁGUA: BEM VITAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Á água é um elemento essencial para a vida humana, para a saúde básica e para a sobrevivência, bem como para a produção de alimentos e para as atividades econômicas. Possui funções múltiplas, pois serve de insumo à produção, é recurso estratégico para o desenvolvimento econômico, é indispensável para a manutenção dos ciclos biológicos, geológicos e químicos que mantêm em equilíbrio os ecossistemas; além de funcionar como referência cultural. Tanto que, nos dizeres de Paulo Affonso Leme Machado, “negar água ao ser humano é negar-lhe direito à vida; ou em outras palavras, é condená-lo à morte”.⁷⁷

A respeito, Paulo de Bessa Antunes assevera que

Água é um elemento indispensável a toda e qualquer forma de vida. Sem a água é impossível a vida. Essa afirmação, absolutamente óbvia e elementar, por incrível que pareça, é incapaz de sensibilizar muitas pessoas e comunidades, de forma que estas possam proteger e preservar as águas. De fato, o desperdício dos recursos hídricos é um fato que se repete muitas vezes. O valioso estudo Cuidando do Planeta Terra – uma estratégia para o futuro da vida indica que: o nosso uso da água está criando uma crise em grande parte do mundo. Estima-se que as retiradas totais de água tenham aumentado mais de 35 vezes durante os últimos três séculos, e que devem aumentar 30-35% até o ano 2000. Os níveis atuais de uso da água doce não poderão ser mantidos se a população humana atingir 10 bilhões em 2050.⁷⁸

Paulo Afonso de Leme Machado⁷⁹ enfatiza que o direito de usar a água (...) para consumo pessoal faz parte inseparável do direito à vida, importando na concretização do “princípio da satisfação das necessidades vitais básicas”.

⁷⁷ MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13

⁷⁸ ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1159.

⁷⁹ MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171

O termo água é utilizado para definir a forma natural, da maneira em que ela é encontrada na natureza. Mas, no momento em que se utiliza, capta e prioriza para qualquer uso, a água passa a ser considerada como um bem econômico e a partir daí classificada como recurso hídrico.

Segundo Cid Tomanik Pompeu “água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização”, enquanto “recurso hídrico é a água como bem econômico”⁸⁰.

Nesse contexto, por ser fundamental à existência do homem, torna-se um tema atual e político, sendo foco da atenção da sociedade civil organizada, dos governos nos diferentes níveis através de seus programas e projetos, de organismos internacionais, da iniciativa privada em escala global, dentre outros.

2.2A ÁGUA DOCE COMO UM RECURSO LIMITADO

O corpo humano adulto contém 75% do seu peso em água, todas as substâncias que absorvem o seu metabolismo dependem de água.⁸¹

Segundo o programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a água cobre 75% da superfície terrestre, sendo que 97,5% desta água é salgada e, portanto, somente 2,5% é doce. Desses 2,5% de água doce da Terra, 68,9% estão presos em calotas polares e geleiras; 29,9% trata-se de água subterrânea ou encapsulada na Terra em forma de umidade. Assim, somente 0,3% da água doce do mundo se encontra em rios e lagos. Para uso humano, menos de 1% da água doce.⁸²

A quantidade de água no planeta não aumentou, nem diminuiu. Continua a mesma. No entanto, seu ciclo biológico⁸³ tem se alterado pela ação humana,

⁸⁰ POMPEU. Cid Tomanik. **Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. São Paulo: Escrituras, 1999, p. 602

⁸¹ TUNDISI. José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**. São Paulo: RiMa, IIE, 2003, p. 4.

⁸² Disponível em <<https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma>>. Acesso em 07 out. 2016.

acarretando águas poluídas, contaminadas e mal utilizadas.

Em 25 anos é possível que metade da população do mundo tenha dificuldades para encontrar água doce em quantidade suficiente para o consumo e as necessidades básicas. Na atualidade, mais de 80 países já sofrem com escassez de água.

Pode-se elencar alguns fatores dessa crise da água: crescimento populacional e urbanização; poluição; destruição e aquecimento global; barragens; e irrigação.

Faz-se algumas considerações a respeito das causas ensejadoras dessa crise vivenciada.

Inicia-se pela poluição. Viegas destaca que a poluição ambiental é o principal fator da crise. Menciona que ao longo da história de desenvolvimento dos povos e sobretudo a partir da Revolução industrial, a preocupação da humanidade centrou-se fundamentalmente na produção, sem maiores cuidados com a preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, de seus recursos. Tanto assim que, nos dias de hoje, a maioria dos principais rios que banham cidades importantes, independentemente do continente onde se situam, é considerada tecnicamente poluída, o que decorre, além de outros motivos, da falta de saneamento básico, do lançamento de resíduos industriais diretamente nas águas correntes, do despejo nesta também de produtos tóxicos utilizados na agricultura⁸⁴.

O dicionário traz a etimologia da palavra poluição como latina, vindo do *polluere*, que significa estragar, sujar, corromper. Poluição da água é [...] “a contaminação da água em virtude do que se torna impura ou nociva ao uso. E essa poluição se mostra pelo efeito de coisa a ela trazida, pela qual se alterou em sua

⁸³ São componentes do ciclo hidrológico: a precipitação (água que cai na superfície da Terra pela atmosfera); evaporação (transformações da água do estado líquido para o gasoso); transpiração (pela qual perde-se vapor d'água para a atmosfera); infiltração (absorção da água pelo solo); percolação (modo pelo qual a água penetra no solo até o lençol freático); e drenagem (movimento de deslocamento da água na superfície) (TUNDISI. Jose Galizia. **A Água**. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 16-17).

⁸⁴ VIEGAS. Eduardo Coral. **Gestão da Água e princípios ambientais**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 27.

pureza”.⁸⁵

No mesmo sentido, Barlow e Clarke⁸⁶ destacam que atualmente, “a maioria das vias fluviais do mundo está lutando com ampla gama de problemas modernos de poluição tóxica industrial e parece não haver nenhuma luz no fim do túnel”.

De acordo com a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), é plausível que até o ano de 2025 a atividade industrial consuma duas vezes mais água que atualmente, aumentando a poluição industrial em até quatro vezes. O esgoto não tratado está matando as vias fluviais ao redor do mundo. 90% da água com resíduos produzida pelos países em desenvolvimento, ainda é despejada, sem o devido tratamento, em rios, riachos e mananciais.⁸⁷ Ainda há de se destacar que alguns poluentes chegam até a água por meio do ar. Eles ingressam na atmosfera vindos das chaminés das indústrias e dos escapamentos dos veículos.⁸⁸

Quanto ao aquecimento global, gerando o fenômeno chamado “efeito estufa”, tem-se que repercute diretamente sobre as fontes de água doce. A queima de combustíveis fósseis, como carvão, petróleo e gás, em grandes quantidades e por extensos períodos, adicionada a outros fatores, como a eliminação de porção significativa da cobertura vegetal do Planeta, tem feito com que a Terra fique mais quente. Gases de efeito estufa lançados na atmosfera absorvem a radiação térmica, impedindo ou dificultando que ela escape para o espaço, como era natural que acontecesse. Com isso a Terra irradia menos calor para o espaço do que absorve do Sol, culminando com o aquecimento do Planeta.⁸⁹

⁸⁵ SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 389.

⁸⁶ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. São Paulo: M. Books, 2003, p. 35.

⁸⁷ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 35-36.

⁸⁸ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 33.

Nesse sentido, corrobora Barlow e Clarke:

Os oceanos já estão subindo com o derretimento das calotas polares. Os cientistas mostram que o século mais quente do último milênio foi o século XX; a década mais quente do último milênio foi a de 1990; o ano mais quente dessa década foi o de 2000. Não surpreendentemente, os oceanos subiram durante o século XX aproximadamente 10 centímetros (cerca de 4 polegadas), a maior parte disto aconteceu na última metade do século passado. [...] Uma parte importante desse quadro é o impacto do aquecimento global em fontes de água doce. As terras úmidas, já em risco, serão afetadas adversamente pelas crescentes secas. De acordo com o altamente respeitado Centro de Hadley, uma instituição do Reino Unido, a elevação do nível do mar resultará na perda de aproximadamente 40% a 50% das terras úmidas costeiras do mundo até 2080.⁹⁰

Outro aspecto relevante e que não pode ser deixado de lado no estudo dos fatores ensejadores da crise da água doce é o desbaratamento da cobertura vegetal em todas as partes do Brasil e do Mundo. Inúmeros são os interesses econômicos e financeiros que rodeiam o desmatamento e as grandes queimadas, substituindo áreas não aproveitáveis do ponto de vista da produção agrícola, pastoril, por campos cultiváveis e agricultáveis, bem como adequados a criação de animais⁹¹.

A destruição das florestas ameaça a integridade das bacias hidrográficas, já que são essenciais para a preservação e purificação das fontes de água doce.⁹²

No que tange ao aumento da população mundial, necessário também mencionar que faz surgir necessidades infinitas, de recursos que são finitos, e isso não é diferente em relação à água. Isso porque na medida em que um maior número de pessoas passa a consumir água, também ocorre o aumento da 52 poluição dos recursos hídricos, sendo inevitável que a escassez se ampliará.⁹³

Em razão da explosão demográfica, do aumento da produção agrícola necessário para alimentar as pessoas que deixam de viver em comunidades rurais e

⁸⁹ VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

⁹⁰ BARLOW, Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 49-50.

⁹¹ VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da Água e princípios ambientais**, p. 29.

⁹² TUNDISI, Jose Galizia. **A Água**. 2005, p. 59-61

⁹³ VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da Água e princípios ambientais**, p. 32

se aglomeram em centros urbanos, do crescimento populacional, o suprimento da água *per capita* diminuiu a partir de 1970.

Dessa forma, tendo em vista um maior número de pessoas morando em áreas urbanas, efeitos do êxodo rural e da urbanização e, por si só, um maior número de pessoas ocupando o Planeta Terra, a quantidade de consumo de água se ampliando e, em decorrência disso, o aumento da poluição dos recursos hídricos, é por simetria que, por consequência, a escassez de água se amplie. Estima-se que, no atual século (XXI), a água potável terá a mesma importância, dada a ocorrência da lei da oferta e da procura, que o petróleo teve no século passado (XX). Para agravar a situação, os elevados custos do recurso natural, sendo artigo de uso indispensável e elementar, tornar-se-á algo ao alcance de poucos elitizados, os quais, por contradição do sistema, foram os maiores causadores desta problemática, visto que, possuidores do capital e proprietários das grandes indústrias e fábricas, que expõem grandes quantidades de resíduos tóxicos e poluentes no meio ambiente, sendo esta uma das causas que ensejam a crise.⁹⁴

Dando-se sequência, fala-se agora das barragens. Com efeito, os reservatórios contribuem com o aquecimento global, em razão dos gases efeito estufa liberados pela vegetação inundada e colaboram para o processo de bioacumulação de mercúrio. Causam, ainda, a perda de terras férteis e madeira, alterações em habitats de animais, perda de biodiversidade e diminuição do nível de oxigênio no mundo. Como é multiplicada a área exposta ao sol, aumenta a evaporação da água e, conseqüentemente, aumenta o nível de salinidade dos rios.⁹⁵

Pode-se destacar, também, o abastecimento público, a hidroeletricidade, agricultura, indústria, transporte, pesca, recreação e turismo, disposição de resíduos. Como a tecnologia e os serviços de saneamento permitiram às pessoas consumir muito mais água do que precisam, o consumo de água *per capita* está dobrando a cada 20 anos.⁹⁶

⁹⁴ TUNDISI. José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**, 2003, p. 49-52.

⁹⁵ TUNDISI. José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**, 2003, p. 49-52.

Vale mencionar, também, que não bastasse a escassez, a poluição e o desperdício do líquido, o acesso à água é extremamente difícil. Segundo Bouguerra⁹⁷, 2/3 da água do mundo se encontra localizada no território de 23 países. A China, que detém 22% da população global, possui menos de 8% de água, enquanto que os países árabes, representando 10,3% da população do planeta, contam com apenas 0,43% de água.

Veja-se que muito embora países como o Brasil, Estados Unidos e Rússia sejam dotados de grande volume de água não significa que estejam “livres” do problema de escassez.

Quando se menciona escassez de água, todo o planeta está afetado; contudo, o Continente Africano que mais sofre. Dos 25 países cuja população tem menos água, 19 se encontram justamente na África.⁹⁸ Já no continente Asiático, a maior crise está na China⁹⁹, que como já mencionado linhas acima, detém menos 8% de água.

A crise na China é preocupante porque pode afetar à segurança alimentar mundial, na medida em que planejadores chineses estimam que uma determinada quantidade de água na indústria gera mais de 60 vezes o valor em dinheiro do que quando utilizada na agricultura, razão pela qual cada vez mais fontes de água estão sendo desviadas do meio rural para a base industrial, podendo ocasionar um déficit na produção e grãos na china, acarretando uma alta dos preços internacionais e, por corolário, ameaçando a segurança da alimentação global.¹⁰⁰

A Europa, por sua vez, é uma das áreas mais povoada e desenvolvida do

⁹⁶ TUNDISI. José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**, p. 27-34.

⁹⁷ BOUGUERRA. Mohamed Larbi. **As Batalhas da água: por um bem comum da humanidade**, Petrópolis: Vozes, 2004, p. 71-72.

⁹⁸ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 70.

⁹⁹ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 23-27.

¹⁰⁰ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 27.

mundo. Contudo, nos últimos 20 anos, a agricultura, a indústria, a urbanização e a geração de energia mudaram os padrões de drenagem e a qualidade da água dos rios.

Na América Latina, aponta-se para um estresse hídrico, ou seja, a questão não é falta de água, mas, sim, a falta de investimentos no setor de saneamento.

Quanto à América do Sul, representando uma média de 6% da água mundial, a disponibilidade da água é alta, principalmente decorrente da bacia do Amazonas; no entanto, especificamente no Paraguai, 50% da população não tem acesso à água potável¹⁰¹.

A situação hídrica do Brasil será abordada de forma separada.

Verifica-se, também, desigualdade na distribuição da água. 20% da população mundial que habita os países desenvolvidos consomem 40% da água do planeta¹⁰². Tal diferença, em regra, dá-se por conta dos estilos de vida (máquina de lavar roupas, irrigação dos campos de golfe, piscinas e o uso industrial da água, casos típicos de países desenvolvidos).

Tem-se, igualmente, desigualdade ao acesso à água dentro do próprio país. Nota-se que a água chega, primeiramente, as famílias com maior renda. Na África do Sul, por exemplo, 15 milhões de negros não tem acesso à água, mas a irrigação feita por 600 mil fazendeiros brancos consome 60% da água do país; outrossim, 16 milhões de mulheres sul-africanas percorrem a pé pelo menos 1Km por dia para suprir as necessidades de água de suas famílias.¹⁰³

2.2.1 A disponibilidade hídrica brasileira

¹⁰¹ VILLIERS. Marq de. **Água**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002, p. 87-89

¹⁰² BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 67-68

¹⁰³ BARLOW. Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**, p. 71.

O Brasil possui aproximadamente 12% das águas doces disponíveis em todo o planeta Terra, sendo que 73,6% deste volume está concentrado na região da Amazônia, que detém 5% da população brasileira.

Temos 12 bacias hidrográficas no país; três bacias hidrográficas têm um papel relevante do ponto de vista de disponibilidade de recursos hídricos, reserva estratégica de águas e de economia regional e nacional: a bacia Amazônica; a bacia do Rio da Prata; e a bacia do Rio São Francisco. A Lei n. 9.433/1997 instituiu a bacia hidrográfica como a unidade territorial de gestão, a fim de implementação da Política Nacional de Recursos Hídrico e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que dividiu o território em 12 grandes regiões hídricas (Resolução n. 32 CNRH, de 15-10-2003), sendo elas: Região Hidrográfica Amazônica, do Tocantins/Araguaia, Atlântico Nordeste Continental, do Parnaíba, Atlântico Nordeste Oriental, do São Francisco, Atlântico Leste, do Paraná, do Uruguai, Atlântico Sul e Região Hidrográfica do Paraguai.

A distribuição dos recursos hídricos subterrâneos no Brasil também não é uniforme. Existem regiões com grande disponibilidade, como o aquífero Guarani no Sul do Brasil, e regiões com baixa disponibilidade, como os aquíferos das rochas cristalinas no Nordeste. Os aquíferos sedimentares ocupam 48% do território brasileiro.

Conforme destaca o relatório da Agência Nacional de Águas (2013)¹⁰⁴, apesar de o Brasil possuir grande oferta de água em termos globais, existe uma distribuição desigual dos recursos hídricos. Destaca-se, a grande disponibilidade hídrica na Amazônia e a escassez de água na região Nordeste do Brasil.

No Brasil os usos múltiplos dos recursos hídricos são diversificados e a sua intensidade está relacionada com o desenvolvimento social, agrícola e industrial das 12 regiões hidrográficas. Também está relacionada com a densidade populacional e o grau de urbanização. Os usos múltiplos de recursos hídricos dependem de águas superficiais e subterrâneas. Atualmente, a população urbana do

¹⁰⁴ Disponível em <http://www3.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2013_rel.pdf>. Acesso em 07 nov.2016.

Brasil representa 84% do total (IBGE 2010), o que gera grandes pressões sobre as águas superficiais e subterrâneas¹⁰⁵.

Por outro viés, os dados mais recentes da ANA (2013)¹⁰⁶, indicam que somente 35% das águas de esgoto no Brasil são tratadas.

2.3 ESTATUTO JURÍDICO DAS ÁGUAS

2.3.1 Aspectos constitucionais

De início faz-se um pequeno esboço histórico a respeito das constituições anteriores a 1988, tendo como parâmetro o que foi apontado por Cid Tomanik Pompeu, em seu curso Direito de Águas no Brasil.¹⁰⁷

A Constituição do Império de 1824 nada trata especificamente a respeito das águas. A Constituição de 1981, anterior ao Código de Águas, não disciplina o recurso hídrico. Atribui, a seu turno, nos termos do art. 34, § 6º, a competência do Congresso Nacional para legislar sobre navegação dos rios que banhem mais de um Estado ou se estendam a territórios estrangeiros.

A Constituição Federal de 1934 estabelece ser de domínio público os lagos, e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro (arts. 20, I e II). Já aos Estados são conferidos os bens de sua propriedade, com exceção dos da União, assim como as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não sejam do domínio federal, municipal ou particular (art. 21, I e II).

A Carta Magna de 1937 repete a Constituição de 1934, nos seus arts. 36

¹⁰⁵Disponível em <http://www3.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2013_rel.pdf>. Acesso em 07 nov.2016.

¹⁰⁶Disponível em http://www3.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2013_rel.pdf. Acesso em 07 nov. 2016.

¹⁰⁷ Pompeu. CID Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. p. 3-11. Disponível em <http://www.comitepcj.sp.gov.br/download/EA_Direito-Aguas-Brasil.pdf>. Acesso em 03 out. 2016.

e 37.

A Constituição Federal de 1946 altera o domínio hídrico. Retira a categoria de rios municipais e atribui à União, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite para outros países ou se estendam a território estrangeiro (art. 34, I e II). No art. 35 define aos Estados os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que tem nascente e foz no território estadual.

A Carta Constitucional de 1967 repete os termos da Constituição anterior (arts. 4º e 5º).

A Constituição Federal de 1988 trata sobre os recursos hídricos em vários artigos, basicamente sobre competência e domínio público sobre as águas.

O art. 20, III, estabelece ser bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

O art. 21, XII, alínea *b* estabelece competir a União a exploração, direta ou por meio de concessão, autorização ou permissão, de serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de águas, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; alíneas *d* e *f* atribuem a competência sobre a exploração dos portos e do transporte aquaviário.

O art. 22, IV, cuidou da competência legislativa. Determinou que a União tem a competência privativa para legislar águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

No que se refere à competência administrativa, o art. 23 disciplinou sobre o problema da poluição, em todas as suas formas, e também sobre a defesa do meio ambiente, que integram a competência comum da União, Estados e

Municípios¹⁰⁸.

Mas adiante, ao enumerar no art. 24 as competências concorrentes da União, Estados e o Distrito Federal, o legislador atribuiu-lhes, no inciso VI, competência para legislar sobre meio ambiente.

Já no art. 26, I, estabelece que se incluem entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Necessário frisar que essa competência material deverá ser verificada ainda que o ente federado não tenha exercido sua contribuição legislativa. Ademais, deverá ser verificado se o bem a ser tutelado é de gerência da União (art. 20, III) ou do Estado (art. 26, I) para que se possa determinar qual ente responsável pela aplicação das sanções aplicáveis ao caso.

A mais importante contribuição da Constituição de 1988 foi a mudança de concepção, pois esta, diferentemente das anteriores, passou a tratar o assunto com mais objetividade. A água foi caracterizada como um recurso econômico e um sistema único, ou seja, implantou-se a ideia de Bacias Hidrográficas, deixando o antigo tratamento de forma isolada, o que foi fundamental para a implantação da gestão integrada destes recursos, possibilitando uma proteção e uma gestão racional.

2.3.2 Regulamentação dos recursos hídricos

De uma forma geral, a regulamentação dos recursos hídricos é realizada por inúmeras normas. Menciona-se os principais regimentos legais.

¹⁰⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Com efeito, o Código de Águas (Decreto-lei n. 24.643, de 10 de julho de 1934), consubstancia a legislação básica brasileira de águas a tratar do assunto, o qual não foi recepcionado na sua integralidade pela Carta Magna de 1988, como se verá mais à frente.

“Estruturalmente o Código de Águas é dividido em duas partes. A primeira trata das águas em geral e de seu domínio. A segunda trata do aproveitamento dos potenciais hidráulicos” [...] ¹⁰⁹.

O Código prevê o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água para as primeiras necessidades da vida, bem como permite a todos usar as águas públicas. De outro lado, obsta a derivação das águas públicas, sem a existência de concessão, para utilização na agricultura e indústria.

Estabelece, também, que a concessão ou a autorização deve ser feita sem prejuízo da navegação e que a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo a terceiros.

A Lei n. 4.771/1965, que trata do Código Florestal, também tutela as águas de forma indireta. Aqui o legislador ao criar a área de preservação permanente (APP) busca preservar os recursos hídricos dentre outras funções ambientais (art. 1º, § 2º, II do Código Florestal) ¹¹⁰.

Outro diploma legal relativo às águas é a Lei nº 6.938/1981, a qual instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), que apesar de não cuidar especificamente da água, mas ao cuidar dos recursos ambientais, implicitamente trata dos recursos hídricos ¹¹¹.

A PNMA, em seu art 2º, estabelece como objetivo a preservação, a

¹⁰⁹ MILARÉ. Édis. **Direito do Ambiente**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 57.

¹¹⁰ Art. 1º. § 2º - Para efeitos deste Código, entende-se por: [...] II – área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, [...].

¹¹¹ Art. 3º. Para fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] V – recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos alguns princípios dentre os quais: racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; proteção dos ecossistemas; controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; acompanhamento do estado da qualidade ambiental; recuperação de áreas degradadas; proteção de áreas ameaçadas de degradação; educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive à educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Somente com a Lei n. 9.433 de 08 de janeiro de 1997, veio a Política Nacional de Recursos Hídricos, composta por 57 artigos, sendo a norma legal mais importante relativa à proteção dos recursos hídricos. Nos arts. 1º e 2º, define os seus fundamentos e objetivos, *verbis*:

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

- I – a água é um bem de domínio público;
- II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
- III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
- V – a bacia hidrográfica e a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Art. 2º. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

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

Ressalte-se, assim, que um dos objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos é justamente assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.

Com a análise desses princípios é possível concluir que a intenção da Lei é acabar com a apropriação privada gratuita dos recursos hídricos, logo o que se pretende é que, aquele usuário, indústria ou agricultor, por exemplo, que utiliza a água como meio de produção, obtendo com isso vantagens e lucros, passe a pagar por ela. Alterando a situação, injusta, estabelecida até o momento, sendo que quem paga, através de impostos, é a sociedade, com isso subsidiando a recuperação e a manutenção das condições sanitárias e ambientais mínimas da água.

A Lei veio dar execução ao disposto no art. 21, XIX¹¹², da Constituição, que incumbe à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos - SNGRH e ainda definir critérios de outorga de seu uso, tornando norma federal o que muitos Estados já haviam regulamentado sobre as águas de seu domínio, em Leis estaduais, dando alcance nacional à norma.

A Lei demarca concretamente a sustentabilidade dos recursos hídricos em três aspectos: de início, a questão da disponibilidade da água, entendida esta como de boa qualidade, para as gerações presentes e futuras, através da utilização racional e integrada, mas, possibilitada a todos, mesmo que em quantidades diferentes, aqui, a atuação jurídica será de fundamental importância no intuito de garantir a distribuição e evitar o monopólio da água; outro aspecto, é a racionalidade desta utilização sendo feita através do instrumento da outorga do direito de uso e dos planos; e, ainda, a utilização integrada.

Destaca-se que a ética da sustentabilidade das águas foi implantada pela Lei, portanto, o desrespeito vai significar a invocação do Poder Judiciário quando as outorgas, planos e ações dificultarem a disponibilidade dos recursos hídricos para as presentes e futuras gerações como prescreve a Lei.

As diretrizes estão traçadas no art. 3º da Lei, a serem seguidas pelos entes públicos e privados que irão administrar ou gerir as águas. A Lei indicou estratégias de ação e preconizou parceria com outros órgãos. As diretrizes devem ser inseridas no procedimento de outorga de direito de uso da água, na elaboração

¹¹² Art. 21. Compete à União: [...]XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

do Plano de Recursos Hídricos, bem como na efetivação do sistema de cobrança pelo seu uso.

Como citado anteriormente a gestão deverá considerar as diferenças físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País, o que na prática constitui a diferenciação através de Bacias hidrográficas.

É importante enfatizar que os recursos hídricos não podem ser geridos de forma isolada, pois este faz parte do conjunto meio ambiente, ou seja, o planejamento ambiental envolve recursos hídricos, fauna, flora, o uso do solo e de agrotóxicos, a instalação de indústrias, entre outros, todo este contexto deve ser levado em conta. Este novo modelo se dá através das Bacias Hidrográficas, nas quais a gestão se dá de forma conjunta com a participação dos diferentes segmentos envolvidos com os recursos hídricos.

Ainda, a Lei enfatiza a comunhão entre os planejamentos regionais, estaduais e nacional, e mais, o art. 4º dispõe sobre a interferência direta da União no gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum, isso significa que a União participa do processo de outorga, bem como do de suspensão, dos organismos que vão implementar a política dos recursos hídricos, recebendo, inclusive, percentuais previstos no art. 54, possibilitando a continuidade dos processos.

Posteriormente, foi editado o Decreto n. 2.612, de 12 de fevereiro de 1998, que regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Por fim, foi editada a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, que instituiu a Agência Nacional de Águas, entidade federal responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e pela coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento desses recursos.

A Agência Nacional de Águas (ANA) foi criada na forma de autarquia especial em 17 de julho de 2000, com a promulgação da Lei 9.984, passando a integrar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, criado com a Lei 9.433/1997 (art. 33).

Assim, o Sistema Nacional precede a criação da Agência Nacional de Águas. Fato que merece algumas ponderações.

A mensagem presidencial que encaminhou o projeto esclarecia que a ANA “terá função de promover o desenvolvimento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”. De acordo com a Exposição de Motivos EMI/095 MMA/MME/MF/MP, de 25 de agosto de 1999, a ANA coordenaria e apoiaria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos e funcionaria como órgão gestor dos recursos hídricos de domínio da União, tendo uma atuação subsidiária relativamente aos órgãos integrantes do sistema. A criação da ANA, segundo o Governo, iria solucionar todos os problemas enfrentados na gestão dos recursos hídricos na medida em que conseguiria implementar o sistema de gerenciamento.

Os argumentos utilizados como fundamentos para adoção do sistema de agência são: a eficiência, que acaba sendo incorporado como princípio norteador da Administração Pública (Emenda Constitucional nº 19/1998); a neutralidade política; a especialização técnica, de forma que “os antigos e frouxos controles burocráticos existentes sobre os serviços públicos, nos quais os argumentos político-partidários sempre prevaleciam sobre os argumentos técnicos”¹¹³ cedeu lugar para agência reguladoras; e, a participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, como expressão do pluralismo político.¹¹⁴

2.3.3 Natureza jurídica da água

De início, já que vivemos em um Estado de Direito, não é demais lembrar que tanto administrados como administração estão sujeitos às normas legais estabelecidas, devendo o Poder Público ter sempre presente que existem direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente protegidos, dentre os quais se destaca aquele contido no art. 5º, II, da CF, qual seja, o de ninguém ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal comando deve estar

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p.437.

¹¹⁴ MASTRANGELO, Cláudio. **Agência reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.45.

presente, então, quando são propostas normas relativas às águas públicas.

Pois bem. Feita essa ponderação inicial, tem-se que o primeiro diploma a dispor sobre o tema foi o Código Civil de 1916, o qual estabeleceu que a água poderia ser pública ou privada, dependendo de quem fosse o proprietário do solo. Em sequência, o Código de Águas (Decreto n. 24.643/1934), na mesma direção, manteve o domínio privado das águas. Em seu art. 8º dispôs claramente que são particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns.

Paulo de Bessa Antunes faz referência às palavras de Afrânio de Carvalho:

O Código Civil de 1916 dedicou uma das seções à água e fê-lo com inegável acerto, mantendo a tradição de nosso direito (Ordenações do Reino; Resolução de 17/8/1975; Alvará de 27/11/1804; Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas). Após o Código Civil, quando este já vigorava há muitos anos, veio o Código de Águas de 1934 (Dec. nº 24.643, de 17/1/1934).¹¹⁵

A partir da Constituição Federal de 1934, passou-se a estabelecer o domínio público das entidades que compõem a federação. Atualmente, as águas públicas pertencem à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Na trilha da Constituição Federal de 1988, instituiu-se a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/1997), dispondo já em seu primeiro artigo que “água é um bem de domínio público”.

A respeito, Paulo Afonso Leme Machado disserta que “a dominialidade pública da água, afirmada pela Lei n. 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos”.¹¹⁶

De acordo com os artigos 99 a 103 do Código Civil brasileiro, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público

¹¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa . **Direito Ambiental**, p. 579

¹¹⁶ MACHADO. Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 9º ed. 2001, p. 414.

interno, como é o caso das águas. Os bens públicos, incluindo as águas, podem ter três diferentes tipos de uso, conforme a sua finalidade e relevância pública: I - de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Diante desse cenário, dúvidas ainda persistem a respeito do regime jurídico de propriedade das águas.

Com efeito, o art. 2º do Código de Águas¹¹⁷, disciplina que as águas públicas de uso comum compreendem aquelas que, em toda a sua extensão, os lagos, tal como os cursos d'água naturais que, em algum trecho, sejam fluviáveis ou navegáveis por uma espécie de embarcação. Estão albergados pela categoria em destaque os mares territoriais, alcançando, via de consequência, os golfos, baías, enseadas e portos; as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis; as fontes e reservatórios públicos. Noutro giro, conforme pondera Carvalho Filho, "são águas públicas dominicais todas as situadas em terrenos também dominicais, quando não se configurarem como águas públicas de uso comum ou não se

¹¹⁷ BRASIL. **Decreto-lei n. 24.643, de 10 de Julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: Acesso em 21.08.2015. "Art. 2º São águas públicas de uso comum: a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos; b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis; c) as correntes de que se façam estas águas; d) as fontes e reservatórios públicos; e) as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o "caput fluminis"; f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou fluviabilidade"

qualificarem como águas comuns”.¹¹⁸

Os civilistas seguem a linha do Código Civil de 1916 e do Código de Águas de 1934, em que é permitida a propriedade de águas no ordenamento jurídico nacional. Igualmente, administrativistas, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assinala que “águas particulares se definem por exclusão: são as situadas em terrenos particulares, desde que não estejam classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as comuns, art. 8º do Código de Águas”.¹¹⁹

Todavia, atualmente, a doutrina prevalente é no sentido de águas como bem de uso comum do povo e, por corolário, a Constituição Federal de 1988 revogou tacitamente o Código de Águas na parte que admite a existência de águas particulares.

A respeito, trago à colação ensinamento do doutrinador Eduardo Coral Viegas:

Há ainda, como já se grifou, pequena parcela de autores que mantém a posição de que continua existindo a classe de águas particulares no Brasil, o que fazem baseados no Código de Águas, revogado no tópico segunda melhor tendência (...) Conjugando-se, portanto, o art. 225, caput, da Constituição Federal com o art. 95, I, do Código Civil, conclui-se que a água é um bem de uso comum do povo, como já se assentou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça em recente julgado.

Ao se esmiuçar, então, o regime jurídico adotado no Ordenamento Pátrio, é possível salientar que, com a promulgação da Lei nº. 9.433/1997, houve uma robusta transformação, já que a água passou a ser considerada como bem de domínio público, recurso natural limitado e dotado de aspecto econômico. Antes do advento do diploma legal supramencionado, “a água era considerada como uma dádiva da natureza, disponível a qualquer um. As tarifas pagas pelos usuários (indústria, comércio, serviços e residências) cobriam apenas os custos de captação, tratamento, distribuição e disposição da água que, a rigor, era gratuita”.¹²⁰

¹¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 1.116

¹¹⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.

Assim, embora a natureza jurídica das águas no Brasil seja a de bem público, o uso desse bem pode ser classificado conforme a finalidade e o modelo de gestão estatal que se dê. Em qualquer caso, no entanto, a proteção da água para consumo humano e animal, bem como o acesso à água potável para subsistência são determinantes sobre a gestão dos recursos hídricos no Brasil e condicionantes do uso da água no país.

Volvendo-se ao ordenamento espanhol, tem-se que os redatores da Lei de água de 1866 consideram a água de domínio público "cuyo uso es común por sua propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas."¹²¹

O uso comum é a liberdade de acesso à água corrente enquanto corre através de seus canais naturais (também por artificial) para as necessidades de beber.¹²²

Trazendo a lição de Andrés Molina Giménez¹²³, tem-se os seguintes tipos de água: a) aguas continentais de titularidade privada: "los particulares pueden ser titulares de derechos de propiedad sobre las aguas, declarados subsistentes por la disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas"; b) águas continentais de titularidade pública: estas águas são aproveitáveis no volume que requer o fornecimento urbano, em virtude de concessão administrativa; e c) água marinha: as técnicas atuais de dessalinização permitem utilizar para consumo humano.

Sob o ponto de vista econômico, o serviço de abastecimento na Espanha é um monopólio natural. "Um monopólio natural existe cuando una empresa puede abastecer integramente al mercado a um precio inferior al resultante de la

618.

¹²¹ REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p. 341

¹²² Así, pues, los aprovechamientos comunes de las aguas se han considerado inherentes a la naturaleza (pública) de éstas y consisten en la facultad de utilizar las aguas corrientes para uso y consumo próprio (doméstico, agrícola y fabril). REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p. 63.

¹²³ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 37.

intervención de dos o más empresas”.¹²⁴

Assim, a consideração da água como domínio público se fez desnecessária a configuração de um direito subjetivo de usar, justamente porque o uso público deste recurso está incluído a satisfação de necessidades domésticas em uma época muito menos exigente que a atual quanto as condições de acesso.

2.4 ÁGUAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL

2.4.1 Percurso histórico do direito à água

Com frequência nos debates internacionais se tem mencionado que o reconhecimento ao direito à água como direito humano constitui o passo mais importante para brindar à população o elemento mais básico da vida. Cuida-se de uma precondição indispensável para alcançar todos os demais direitos humanos, pois sem acesso a um requerimento mínimo de água potável, seriam inalcançáveis outros direitos estabelecidos, como o direito a um nível de vida adequado para a saúde e para o bem-estar, assim como os direitos civis e políticos.

Historicamente, é possível observar que algumas conferências internacionais marcaram as discussões sobre a adoção de estratégias para equacionar questões ambientais, dentre eles o acesso à água potável.

Dentre essas conferências no seio da ONU destacam-se: a) a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972; b) a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992; c) e a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo (Rio+10), em 2002.

Já quanto às conferências internacionais que abordaram questões específicas das águas e recursos hídricos, tem-se a Conferência das Nações Unidas sobre Água em Mar del Plata, realizada na Argentina em 1977, bem como a

¹²⁴ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 47.

Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em Dublin, Holanda, em 1992.

Em novembro de 2002, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) das Nações Unidas¹²⁵ marca a história dos direitos humanos ao reconhecer, especificamente na observação geral n. 15 (sobre os cumprimentos dos artigos 11 e 12 de PIDESC), de maneira explícita o acesso à água como um direito humano fundamental, dispondo: “que o direito humano à água é indispensável para levar uma vida em dignidade humana” e que este é “um pré-requisito para a realização de outros direitos humanos”. Na observação, verifica-se que 146 países ratificaram o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), devendo eles velar para que a população tenha progressivamente acesso à água potável segura e a instalações de saneamento, de forma equitativa e sem discriminação, adotando estratégias e planos e ações nacionais que permitam “aproximar-se de forma rápida e eficaz a realização total do direito a ter água”.¹²⁶

O comentário geral n. 15 do Comitê de Direitos Humanos, Sociais e Culturais (CDESC), sustenta que o direito à água implica nos seguintes componentes: disponibilidade, qualidade e acessibilidade.

2.4.2 Desenvolvimento da normatividade internacional da água como direito humano.

2.4.2.1 Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente. Estocolmo, Suécia, de 5-16 de junho de 1972.

Em 1972 as Nações Unidas organizaram a primeira Conferência

¹²⁵ O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas a fim de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Para este efeito os Estados Partes apresentam relatórios ao Comitê onde identificam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições do Pacto. Os relatórios são analisados pelo Comitê e discutidos com os representantes do Estado Parte em causa, após o que o Comitê emite as suas observações finais sobre cada relatório. O Comitê dispõe ainda de competência para formular comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições do Pacto e organizar debates temáticos sobre matérias cobertas pelo mesmo

¹²⁶ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n°15. O Direito à Água, E/C.12/2002/11 (2002)

Internacional sobre Meio Ambiente em Estocolmo, na Suécia. Foi a primeira vez que representantes de governos se uniram para tomar medidas efetivas contra a degradação ambiental. No evento, participaram 113 representantes dos mais diversos países do mundo e as mais variadas agências internacionais: UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Ciência, Educação e Cultura), UNEP (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), FAO (Organização para a Alimentação e Agricultura) e UNDP (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), além de várias outras organizações como a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a OMS (Organização Mundial da Saúde), o FMI (Fundo Monetário Internacional), assim como Organizações intergovernamentais e ONGs (Organizações não-governamentais).

De acordo com o posicionamento de Philippe Le Prestre¹²⁷, foram quatro os principais fatores que motivaram, à época, a decisão de realizar uma conferência mundial sobre a proteção do meio ambiente: a) o aumento da cooperação científica nos anos 60, da qual decorreram inúmeras preocupações, como as mudanças climáticas e os problemas da quantidade e da qualidade das águas disponíveis; b) o aumento da publicidade dos problemas ambientais, causado especialmente pela ocorrência de certas catástrofes, eis que seus efeitos foram visíveis (o desaparecimento de territórios selvagens, a modificação das paisagens e acidentes como as marés negras são exemplos de eventos que mobilizaram o público); c) o crescimento econômico acelerado, gerador de uma profunda transformação das sociedades e de seus modos de vida, especialmente pelo êxodo rural, e de regulamentações criadas e introduzidas sem preocupação suficiente com suas consequências em longo prazo; d) inúmeros outros problemas, identificados no fim dos anos 1960 por cientistas e pelo governo sueco, considerados de maior importância, afinal, não podiam ser resolvidos de outra forma que não a cooperação internacional. São exemplos destes problemas as chuvas ácidas, a poluição do Mar Báltico, a acumulação de metais pesados e de pesticidas que impregnavam peixes e aves.

¹²⁷ LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional**. Tradução Jacob Gorender. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2005, p. 174-175

Salientando a extrema dificuldade da unificação da política de água no mundo Ribeiro, expõe:

O aparato institucional em formação para a regulamentação do uso dos recursos hídricos em escala internacional propõe o compartilhamento destes, chocando-se com a soberania dos países e a prevalência de legislação nacional na exploração da água. Esses princípios constam da Declaração de Estocolmo, resultante da conferência sobre Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972¹²⁸.

A importância desse encontro foi enorme, pois simbolizou um primeiro esforço no sentido de tentar preservar o meio ambiente, em nível planetário. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada nessa conferência, estabeleceu que o homem tem o direito fundamental ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (princípio 1) e preconizou que os recursos naturais da terra, dentre os quais a água, devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento (princípio 2).¹²⁹

2.4.2.2 Conferência Internacional sobre água e meio ambiente. Mar Del Plata, Argentina, de 7 a 18 de Março de 1977.

Em março de 1977, a ONU organizou, na cidade argentina de Mar Del Plata, a primeira conferência internacional sobre a Água, com o intuito de encontrar soluções para o surgimento de uma crise de água em escala mundial a médio prazo, em decorrência do crescente consumo de água e por conta da pressão de algumas

¹²⁸ RIBEIRO, W. C. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume. 2008, p. 76

¹²⁹ **Princípio 1**

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2

Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento. Disponível em <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em 03 nov.2016.

instituições oficiais. Na oportunidade foram estabelecidos acordos que resultaram no Plano de Ação e na Década Internacional da Água.

O Plano de Ação de Mar Del Plata foi reconhecido como o mais completo documento referencial sobre recursos hídricos.

A Década Internacional da Água foi implementada pela ONU em 10 de novembro de 1980, e teve seu foco voltado as questões referentes ao Saneamento Básico. Um dos procedimentos estabelecidos durante o encontro na Argentina foi o PHI – Programa Hidrológico Internacional, com o objetivo de padronizar a coleta de dados sobre a água em nível mundial. Importante mencionar que dezenove anos depois foi concretizada a proposta de criação do conselho mundial da água.

Passados mais de 30 anos do encontro em Mar Del Plata, onde se discutiram políticas de combate a visível crise de água, em consequência do crescente consumo de água no planeta e diante das pressões exercidas sobre as nações relativas aos recursos hídricos, o quadro que se observa é de descaso, onde as metas de acesso à água continuam sendo adiadas. Tal situação ocorre diante da negligência por parte de líderes mundiais que fecham os olhos para cerca de 1,4 bilhões de pessoas que são privadas ao acesso à água tratada e de 2,6 bilhões de pessoas privadas ao acesso às redes sanitárias, em nome do modo de vida soberano existente em seus países.

Descrevendo os problemas relacionados a água no mundo e a consciência das lideranças mundiais, principalmente após a metade da década de 70, Petrella confirma:

Com efeito, pelo menos desde a segunda metade da década de 70 e principalmente desde a primeira conferência mundial significativa sobre a água (organizada em 1977 pelas nações unidas em Mar Del Plata, Argentina) os líderes mundiais estão cientes dos problemas relacionados com o acesso à água em quantidade suficiente e de qualidade adequada, e dos riscos associados às faltas crescentes e à degradação do abastecimento. A conferência de Mar Del Plata Expôs os fatos básicos e estabeleceu que a água seria uma das questões mais importantes da agenda política internacional¹³⁰.

¹³⁰ PETRELLA, R. **O Manifesto das Águas: argumento para um contrato mundial**. Tradução de Vera Lúcia Melo Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 45.

Foi, também, na Conferência de Mar Del Plata (1977), oportunidade onde se discutiu especificamente o assunto água, que se consagrou como princípio fundamental a cooperação na valorização dos recursos compartilhados, com o objetivo de avaliar as consequências da utilização da água do modo como estava acontecendo e as medidas de combate as doenças de origem hídricas, protegendo, ainda, o ecossistema. Afirmou-se na ocasião, “que todos os povos, quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, tem direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade à altura de suas necessidades básicas”. Naquela ocasião foram debatidas, ainda, maneiras de assegurar o fornecimento sustentável de água, de uma forma que atendesse as necessidades socioeconômicas no planeta; e principalmente encontrar meios de evitar a crise de água no âmbito nacional e internacional, antes do século XX.

Aprovado o Plano de Ação de Mar Del Plata, foram discutidos vários aspectos sobre o assunto principal, com a análise específica por país e região. Dividido em duas partes, o Plano trazia um conjunto de recomendações sobre a gestão da água e soluções sobre o controle da poluição, riscos naturais, meio ambiente; política, planejamento e gestão; informação pública e educação; e a cooperação de todos em nível regional e internacional.

Em resumo, é reconhecido que a Conferência de Mar Del Plata foi um grande avanço nas questões relacionadas a água e a gestão de recursos hídricos, ficando a década de 1981-1990 conhecida, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como a Década Internacional da água potável e do saneamento.

2.4.2.3 Conferência de Dublin – Irlanda, de 26 a 31 de janeiro de 1992.

Em janeiro de 1992 foi realizada em Dublin, na Irlanda, a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente (CIAMA), tratando-se de uma reunião técnica anterior à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), que foi realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992.

Na ocasião foi reconhecido que o aprimoramento dos recursos hídricos somente alcançará sucesso com o compromisso político e a participação da

sociedade civil, diante da gravidade em que se encontra a situação.

Ainda, foi formulado um Plano de ações para as próximas décadas baseando-se em 4 princípios, são eles: 1º - A água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para a manutenção da vida, para o desenvolvimento e para o meio ambiente; 2º - O envolvimento e o gerenciamento da água deve ser baseado em uma abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e encarregados de elaboração de políticas, em todos os níveis; 3º - As Mulheres desempenham um papel essencial na provisão, no gerenciamento e na salvaguarda da água; 4º - A água tem um valor econômico em todos os seus usos e deve ser reconhecida como um bem econômico.¹³¹

O Plano de ações promulgado durante a Conferência de Dublin foi mais abrangente, em comparação aos encontros realizados até aquele momento, pois tratou de vários pontos no que diz respeito aos recursos hídricos na terra. O encontro discutiu sobre a preocupação com o saneamento básico, a indústria, a agricultura, considerando a água como elemento essencial para funcionamento da vida.

Foram esclarecidas, ainda, questões como a diminuição da pobreza e das doenças e como isso tem relação com a questão da crise da água, as medidas cabíveis para a proteção contra os desastres naturais; a conservação e o reaproveitamento da água; a criação de um sistema urbano sustentável; a proteção dos sistemas aquáticos e as questões transfronteiriças e se reconheceu a existência de conflitos geopolíticos derivados da posse das bacias hidrográficas.

Inúmeras foram as medidas homologadas na ocasião, mas a de maior repercussão internacional, sem dúvidas, foi a condição de elevar a água como um bem econômico, com a proposta de criar uma gestão na escala das bacias hidrográficas, como uma unidade de planejamento.

2.4.2.4 Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente, de 3 a 14

¹³¹Disponível em http://www.abcmac.org.br/files/downloads/declaracao_de_dublin_sobre_agua_e_desenvolvimento_sustentavel.pdf Acesso em 04 nov.2016.

de junho de 1992

Na reunião — que ficou conhecida como Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra —, que aconteceu 20 anos depois da primeira conferência do tipo em Estocolmo, Suécia, os países reconheceram o conceito de desenvolvimento sustentável e começaram a moldar ações com o objetivo de proteger o meio ambiente. Desde então, estão sendo discutidas propostas para que o progresso se dê em harmonia com a natureza, garantindo a qualidade de vida tanto para a geração atual quanto para as futuras no planeta.

Na Conferência do Rio, em junho de 1992, os temas principais foram os relacionados as mudanças climáticas e o acesso a diversidade biológica. Foram consagrados princípios como o desenvolvimento sustentável, o direito das futuras gerações, o princípio de precaução, os princípios de participação e informação, além da cooperação internacional e, a Agenda 21¹³², uma agenda de trabalho para enfrentar os problemas ambientais no século XXI, cujo capítulo 18 trata da proteção dos recursos hídricos destacando as seguintes áreas de programas a serem desenvolvidos: a) desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; b) avaliação dos recursos hídricos; c) a proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; d) abastecimento de água potável e saneamento; e) água e o desenvolvimento urbano sustentável; f) água para a produção de alimentos e desenvolvimento rural sustentáveis; g) impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos¹³³.

A Agenda 21 propôs como alternativa a proteção dos sistemas aquáticos a redução dos lançamentos de dejetos sanitários urbanos e industriais em todos os corpos d'água do planeta, sendo estes devidamente tratados para tal fim.

O relatório destacou o evidente crescimento acelerado da urbanização,

¹³² Agenda 21 é um programa de ação, baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais ousada e abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, conciliando métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. Disponível em <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>. Acesso em 29 mai.2017.

¹³³ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3. ed., Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

como um dos principais fatores de agravamento da crise da água, relacionando o desenvolvimento sustentável aos recursos hídricos. Fatos como o desenvolvimento rural e a produção agrícola também foram refletidos no documento, nesse caso foi proposto à busca de técnicas de irrigação que mais se adaptem ao quadro da escassez hídrica, sobretudo em regiões áridas e semiáridas. Além disso, foi acrescentada a necessidade de revisão da pesca comercial tendo em vista o crescente desaparecimento de espécies aquáticas.

2.4.2.5 Conferência Mundial para o Desenvolvimento Sustentável realizada na cidade de Johannesburgo, na África do Sul, entre 26 de agosto e 4 de setembro de 2002, tendo como objetivo principal a avaliação das metas propostas na ECO-92.

O mais recente fórum mundial foi realizado em setembro de 2002, em Johannesburgo, na África do Sul, e contou com a presença de governos, agências da ONU e ONGs.

O encontro tinha como objetivo avaliar a busca de um desenvolvimento sustentável do planeta. Durante o encontro foi incluído o tema água, com o planejamento focado na erradicação da metade da população mundial sem acesso à água potável e saneamento básico até o ano de 2015.

No entanto, mesmo com milhares de pessoas de diversos meios da sociedade, trabalhando na busca por soluções eficazes às problemáticas da água no mundo, o que se observa é que pouco se tem alcançado na expansão do acesso à água potável e ao saneamento básico no mundo, principalmente no que diz respeito à população mais pobre.

A Declaração de Johannesburgo serviu para se estabelecer metas, prazos e parcerias para ampliar o acesso a requisitos básicos, tais como saneamento e água potável, reafirmando, assim, o compromisso da comunidade internacional com o desenvolvimento sustentável.

Sendo, com certeza, um dos maiores desafios enfrentados atualmente,

tendo em vista que uma parcela mínima da população mundial continua se considerando soberana em relação à maioria restante. O que deixa claro que a crise mundial da água se aproxima, mesmo após anos de discussões e tentativas de reverter tal realidade.

Outro evento que merece destaque, nesse caminhar histórico, é o Fórum Mundial da Água que é realizado a cada três anos. A ideia deste encontro internacional surgiu em 1996 no âmbito do Conselho Mundial de Água, para discutir os principais assuntos relacionados com a gestão de recursos hídricos. O I Fórum realizou-se em 1997, em Marraquech, Marrocos, o II Fórum em Haia, Holanda, em 2000, e, o III Fórum Mundial da Água, concomitantemente, em Kyoto, Shiga e Osaka, Japão, em 2003.

O Fórum discute as ações tomadas pelos diferentes países para implementar o manejo integrado dos recursos hídricos e busca soluções que permitam à comunidade internacional atingir os objetivos da Declaração do Milênio realizada em Setembro de 2000, em Nova Iorque, durante a 55ª Sessão das Nações Unidas e os da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em Johannesburgo, em Setembro de 2002, que buscam reduzir pela metade, até 2015, o número de pessoas sem acesso à água potável e ao saneamento básico.

Em Kyoto, foi criado um mecanismo de debate na Internet denominado Water Media Network.

A Resolução, de 20 de dezembro de 2000, expedida pela Assembleia Geral da ONU, declarou que o ano de 2003 seria o Ano Internacional da Água Doce. Buscou-se a sensibilização da opinião pública sobre a importância do uso e da gestão dos recursos hídricos.

Em ritmo de conclusão desse item, especialmente a partir da década de 90, realizam-se grandes eventos internacionais, como visto acima, em que a água volta a figurar como tema prioritário. Afirma Viriato Marques: “Passados 20 anos sobre a Conferência de Mar del Plata, não viria, porém, a ocorrer uma nova conferência dedicada ao tema da água, o que é um indício de que ele deixara, de

certo modo, de ser um tema prioritário”.¹³⁴ A partir de Dublin a água passa a ser considerada um bem estratégico, o que se reflete na legislação brasileira. Percebe-se mundialmente que são recursos finitos, apesar de a perpetuação da vida na terra depender infinitamente deles. Uma viragem de paradigmas começa a ocorrer.

2.4.3 Direito à água no direito espanhol

Na legislação espanhola não há um reconhecimento explícito do direito humano à água potável.

Nesse sentido, “hay quien se señala que resulta *sorprendente, no tanto el que comience a hablarse de un «derecho humano al agua»*”¹³⁵.

Nada obstante a falta de previsão expressa que reconheça este direito, existem determinados artigos na Constituição Espanhola¹³⁶ que podem entender como incluídos para reconhecimento do direito à água potável.

Vejamos. O art. 15¹³⁷ reconhece o direito fundamental à vida e a integridade à vida, física e moral. No artigo 43¹³⁸ tem-se a proteção à saúde. O art. 45¹³⁹ explicita, a seu turno, que todo o cidadão tem direito a desfrutar de um meio

¹³⁴ CUNHA, Luís Veiga da. **Meio século de percepções sobre a água na política internacional**. In: SOROMENHO-MARQUES, Viriato. O Desafio da Água no século XXI: entre o conflito e a cooperação. Lisboa: Notícia Editorial: 2003, p. 38.

¹³⁵ sino el que no exista perfectamente positivizado en todos los ordenamiento Aniza Fernanda García Morales y Antonio de Cabo de la Vega, Principio de solidaridad y gestión del agua en **España**: hacia el derecho humano al agua en “El estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad”, Volumen II, Colex, Madrid, 2005, p. 487.

¹³⁶ Disponível em < <http://www.congreso.es/consti/constitucion> >. Acesso em 04 nov.2016.

¹³⁷ **Artículo 15** Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

¹³⁸ **Artículo 43** 1.Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2.Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3.Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

¹³⁹ **Artículo 45** 1.Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2.Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad

ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo.

Quanto a proteção da água como elemento de destino – água potável – o ordenamento jurídico espanhol é completo. "La legislación sectorial contempla la obligación de los Ayutamientos de cumplir las normas y planes sanitarios en relación con el abastecimiento de aguas y saneamiento".¹⁴⁰

Uma das fórmulas recentemente a ser promovidas para garantir o direito humano à água é reconhecer a todos os cidadãos o direito de ter o mínimo vital de água, isto é, a quantidade mínima de água a ser consumida por pessoa para satisfazer as suas necessidades mais básicas.

Através desta medida pretende-se que o abastecimento de água não seja interrompido (mesmo que o fornecido não tenha recursos para pagar a conta de água), deve ser assegurada uma quantidade mínima para satisfazer as suas necessidades mais vitais. A este respeito, pode-se notar a decisão tomada pela Global Medina, empresa municipal da cidade de Medina Sidonia (Cádiz), pelo qual se aprovou a criação de uma oferta mínima vital de 3 m³ de água por pessoa por mês para todos os usuários do serviço de águas que se encontram em situação de exclusão social ou insolvência econômica, sem nenhum custo para o usuário, desde que tal situação pessoal ou familiar está devidamente justificada pelos serviços sociais da comunidade.¹⁴¹

Segundo Andrés Molina Gimenez, o serviço de abastecimento de água passa por fases distintas, quais sejam,

a) Fase de alta aducción: consta la captación o derivación del recurso, su transporte, tratamiento y depósito en cabecera de distribución municipal. b) Fase de baja o distribución: gestión del agua desde su entrada en los

colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

¹⁴⁰ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**. p. 65.

¹⁴¹ ALONSO. Fernando Lopez. Disponível em <<http://www.iagua.es/blogs/fernando-lopez-alonso/derecho-humano-al-agua-minimo-vital-y-desarrollo-sostenible>> Acesso em 20 out. 2016.

depósitos de cabecera, hasta sua definitiva entrega al usuario em lo domicilio o actividad. Integra basicamente la gestión de las redes de suministro, gestión de usuários, facturación y calidad sanitaria del produto. C) Fase de saneamento y depuración: queda em principio extramuros del servicio, aunque está relacionda com aquél desde uma la consideración integral de todo solos servicios de agua. Se inicia em el punto de evacuación de las intalaciones interiores a la red de saneamento, finalizando em la Estación depuradora de aguas residuales o em um punto de vertido¹⁴².

A Lei da Água 1985, não indica uma alocação mínima per capita para o abastecimento, “seguramente porque consisderó que ésa era funcioón de los Planes Hidrológicos de Cuenca (PHC), uno de cuyos contenidos obligatorios es la asignacionón y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros (art. 40.d)”¹⁴³

As dotações para o abastecimento da população (incluindo as indústrias ligadas a rede municipal) são definidas de acordo com o tamanho do município com uma evolução crescente. Ele também faz a distinção entre população permanente e sazonal. Na bacia Tejo, por exemplo, figuras para 2012 são entre 200 e 410 litros por habitante, dependendo da intensidade (alta, média ou baixa) industrial e comercial¹⁴⁴.

Até porque

El abastecimento de agua em poblaciones cubre uns necesidad pública essencial, diretamente vinculada con la salud y la dignidade de la persona. Por ello, el Estado la sujeta al más amplio grado de intervención, incorporándola al reducido ámbito de las atividades reservadas. El suministro se transforma entonces em um servicio público essencial, tipicamente monopolístico, y de prestación obligatoria por la Administración, encargándose ésta a la más cercana al ciudadano, el Municipio. Finalmente,

¹⁴² Fase alta adução:o serviço começa no ponto de captação ou derivação do recurso em seu torno natural. Se realiza en um momento de apresentação física do recurso, com a finalidade de aplicar sobre uma atividade de transformação física do recurso, com a finalidade de aplicar sobre uma atividade industrial de transformação.b) distribuição municipal: Efetuada a conversão da água bruta em potável, e depositada esta nos receptores de distribuição municipal. c) saneamento e fase de depuração: é em princípio de serviço extramuros, embora relacionada com uma consideração integral de todos os serviços de água Começa no ponto em evacuação interna para a rede de saneamento, terminando na estação de tratamento em águas residuais GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 35.

¹⁴³ REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p, 66. Disponível em

¹⁴⁴ REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p, 66.

el servicio de desarrolla sobre uno de los elementos esenciales que integran el ambiente, a saber, el agua. El recurso, su ordenación, aprovechamiento y gestión, condicionará em todo momento las obligaciones de los operadores públicos y privados em el sector¹⁴⁵.

A Lei da Água afirma categoricamente que esses planos por si só não criam direitos subjetivos (art. 40.4), pois

La dotaciones previstas em ellos son referencias para el cálculo de las demandas de agua, por lo que se pueden y deben invocar em los informes de los Organismos de cuenca sobre la disponibilidad de recursos para nuevos desarrollos urbanos (art. 25.4 de la Ley de Aguas), pero no constituyen el contenido de un derecho subjetivo.¹⁴⁶

Para incentivar o uso eficiente da água, deve-se conter uma lista de medidas sobre abastecimento urbano levando a uma gestão racional e sustentável da água, incluindo campanhas de sensibilização da sociedade, o uso de dispositivos a poupança interna, eliminação de vazamentos em redes de abastecimento de água, a reutilização da água tratada para irrigar parques e jardins, e outros que se encaixam dentro dos princípios básicos da conservação da água e gestão da procura (art. 47.4).¹⁴⁷ A preocupação é salvar, na base de que pode consumir mais de o que não a indicação de um equipamento mínimo necessário

¹⁴⁵ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**. Valencia: Tirant Lo Blanchi. 2001, p. 29.

¹⁴⁶ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**. Valencia: Tirant Lo Blanchi. 2001, p. 29.

¹⁴⁷ REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p. 66. Disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10385/Ad%2015%202011%20art%.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 jun. 2017

CAPÍTULO 3

A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À AGUA

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

O art. 1º da Constituição Federal é enfático ao afirmar ser a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. Assim, além de organizar juridicamente como Estado de Direito o Brasil adotou no regime político o princípio democrático, que, nos termos da Constituição, tem a obrigação de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Leciona José Afonso da Silva sobre a caracterização do Estado Democrático de Direito:

A democracia que o Estado Democrático de direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e de ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.¹⁴⁸

No que se pretende desenvolver, a acepção democracia vai além do seu conceito político e estático, consagrando-se em um processo de formação popular e de garantia dos direitos fundamentais em que os cidadãos vão conquistando ao longo dos tempos.¹⁴⁹

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 119-120.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 126.

A Constituição Federal resguarda em seu dispositivo, como já mencionado, um Estado Democrático, que tem como finalidade o interesse público. A definição clássica entre democracia formal e substancial, é feita da seguinte forma:

[...] é necessário reconhecer que nas duas expressões Democracia formal e Democracia substancial, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar.¹⁵⁰

Nessa perspectiva, as exigências teóricas para a implementação da real vivência democrática não impedem que o Estado, através das funções Executiva, Legislativa ou Judiciária, opere em favor do povo, detentor do poder constituinte originário.

Definidas as linhas que se baseiam o pensamento de Estado Democrático, define-se, agora, políticas públicas. Políticas Públicas possui diversos conceitos, dependendo do sujeito que analisa. Há quem entenda o fenômeno como programa de ação governamental, outros como atividade administrativa ou como processos juridicamente regulados.

Fábio Konder Comparato menciona “que política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. O autor segue a posição doutrinária de Dworkin, para quem a política (*policy*)¹⁵¹, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, no mais das vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, por implicarem na proteção de determinada

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 329.

¹⁵¹ [...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma recíproca em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

característica da comunidade contra uma mudança hostil.¹⁵²

Maria Paula Dallari Bucci, traz o seguinte conceito de Políticas Públicas:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹⁵³

Ainda, Américo Bedê Freire Júnior ressalta que “a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.¹⁵⁴

Como expressa Andréas Krell,

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁵⁵ (KRELL, 2002. p. 19-20).

Com essas lições, nota-se que os serviços públicos estão contidos nas políticas públicas, que se perfazem mediante a atuação estatal no sentido positivo, de elaborar leis, atos administrativos e criação de instalações de serviços, com o fim de alçar o gozo dos direitos fundamentais.

As políticas públicas, assim, demandam o gerenciamento pelo Estado de

¹⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre Dworkin e o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. *Revista dos Tribunais*, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997, p. 18.

¹⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹⁵⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹⁵⁵ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio fabris, 2002, p. 19-20.

serviços essenciais para a população, baseado em “ações estatais voltadas a consecução de determinados fins, setoriais ou gerais” e que tornem “real a dignidade da pessoa humana, promovendo o bem-comum”.¹⁵⁶

Observa-se, contudo, que as políticas públicas não se restringem somente a regular os serviços públicos. Ao contrário, são um conjunto heterogêneo de medidas, pois envolvem a discussão de diversos ramos do direito, tal como as “finanças públicas, os serviços públicos, o zoneamento, etc”.¹⁵⁷

Importante diferenciar políticas públicas de decisão política. Enquanto a primeira envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estratégicas para implementar as decisões tomadas, a segunda, corresponde à escolha entre uma série de alternativas, de acordo com a hierarquia de preferência dos valores envolvidos.¹⁵⁸

Tendo em mente as lições acima trazidas, podemos conceituar políticas públicas como instrumentos de ação dos governos. O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público.

A intervenção dos juízes na formulação e execução de políticas públicas no Brasil não garante o seu sucesso, nada obstante se possa afirmar que o número de pessoas responsáveis por sua formulação corresponda a uma concepção contemporânea sobre a democracia. Nesse caso, ingerência judicial se dá com o intuito de garantir o direito de participação da comunidade, bem como a proteção das minorias. O controle judicial das políticas públicas se dá, por conseguinte, em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos.

¹⁵⁶ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2007, p. 133.

¹⁵⁷ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**, p. 133.

¹⁵⁸ MATIAS-PEREIRA, **Manual de gestão pública contemporânea**, p. 120

O processo de políticas públicas dá-se em três fases, como menciona José Matias-Pereira, quais sejam: formulação; implementação e avaliação. A primeira é a fase inicial referente ao processo de elaboração de políticas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo e em outras instituições públicas. Já a implementação trata-se da fase de execução das políticas públicas, a quem compete, em regra, ao Poder Legislativo criar as normas e as metas a serem alcançadas. Posteriormente, cumpre ao Executivo cumprir o que foi determinado, adotando as medidas cabíveis. Por fim, a avaliação é etapa na qual são considerados os padrões distributivos das políticas resultantes e que diferença resultaram na realidade anterior, sendo analisados os efeitos pretendidos, as consequências indesejáveis, bem como os impactos gerais na sociedade, na economia e na política.¹⁵⁹ Quanto à avaliação judicial das políticas públicas, podemos citar o controle de legalidade e legitimidade atos administrativos, especialmente através da aplicação da Lei de Improbidade administrativa (Lei 8.429/92), bem como através dos instrumentos de repressão penal.

As políticas públicas traduzem, assim, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo.¹⁶⁰

Quando do estudo da implementação das políticas públicas, um dos problemas que se coloca é possibilidade do controle pelo Poder Judiciário. Qual o limite dessa intervenção, quando da ação ou omissão do Poder Público, sem que ocorra ingerência dos demais poderes?

3.20 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A JUSTICIABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A doutrina da separação de poderes¹⁶¹ foi capitaneada por Montesquieu,

¹⁵⁹ MATIAS-PEREIRA, **Manual de gestão pública contemporânea**, p.127.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 36.

o qual disse se tratar "de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites (...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limita o poder".¹⁶²

Para o autor, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Os juízes seriam apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor"¹⁶³, podendo apenas trazer as respostas aos litígios existentes, aplicando a lei ao caso concreto.

Para delinear sua doutrina, Montesquieu, com base na experiência inglesa da época, observou que em cada Estado existem três funções principais, que devem ser separadas em diferentes centros de poder, quais sejam: a de fazer as leis, a de aplicar as leis, e a de fazer a guerra e celebrar a paz.

Com base nessa ideia, a Constituição Federal, em seu art. 2º, dispôs que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si e exercem influência e controle recíprocos (doutrina dos freios e contrapesos). Desse modo, cada um desses Poderes atua dentro de uma parcela de competência constitucionalmente estabelecida, repartindo, portanto, as funções estatais.

A divisão dos poderes, com fundamento das lições de José Afonso da Silva, fundamenta-se em duas vertentes: a especialização funcional e a independência orgânica. A primeira, refere que cada órgão é especializado no exercício prioritário de cada uma das funções. Já no que toca a segunda, cada órgão é independente, sem meios de subordinação. Contudo, o princípio da separação dos poderes, atualmente, não configura a divisão imutável de outrora. É

¹⁶¹ Segundo José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 110), o princípio da separação dos poderes já se encontra sugerido Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação dos poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida ao final por Montesquieu.

¹⁶² MONTEQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

¹⁶³ MONTEQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito da lei**, p. 78.

que as ampliações das atividades do Estado Contemporâneo impuseram uma nova visão da teoria da separação dos poderes e, por corolário, novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e entre estes e o Judiciário, tanto que hoje se fala em colaboração de poderes.¹⁶⁴

Assim, com os atuais contornos traçados pelo Estado constitucional não mais parece adequado falar em diferentes poderes. Em verdade, o que existem são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento da Constituição.

A controvérsia atual reside na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, cuja formulação, implementação e avaliação envolvem uma série de decisões políticas e uma gama de atos administrativos complexos.

A supremacia da Constituição é o traço marcante do Estado constitucional. O Estado somente alcança legitimidade, na medida em que garante as liberdades fundamentais e implementa os direitos fundamentais sociais. Soberana é a Constituição; o Estado é apenas um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais.

3.30 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar, citando Andreas J. Krell, questiona: “estará o Poder Judiciário preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas?”.¹⁶⁵

Não apenas isso. Importante estabelecer sobre os limites para que essa intervenção aconteça com o respaldo da Constituição Federal de 1988.

A respeito, oportuno o esclarecimento de Paulo Marcio Cruz e Zenildo

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 110.

¹⁶⁵ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, p. 81-89, jan/jun 2012, p. 86.

Bodnar,

O Poder Judiciário, enquanto guardião das promessas democráticas e da ordem constitucional, deve atuar na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da Justiça Social e Ambiental. Esse ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a Constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem necessariamente passar por um “banho de imersão” ou por uma “filtragem constitucional”.

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário, enquanto Poder Político, desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.¹⁶⁶

A jurisdição clássica é, por excelência, a forma pela qual se pronuncia o direito e não o mecanismo pelo qual se impõe a satisfação de deveres fundamentais, em prol de toda a sociedade, única forma de se consolidar uma cultura mais solidária e promissora para as gerações vindouras numa perspectiva transformadora e emancipatória. Esta função transformadora da jurisdição ambiental, baseada na necessidade de imputação de deveres fundamentais e na solidariedade, deve nortear a implementação das normas ambientais e constitui fundamento basilar para o controle jurisdicional das políticas públicas ambientais.

Neste sentido, mostra-se necessária uma ampliação do juízo de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público para alcançar as políticas públicas. Em um Estado constitucional como o brasileiro, marcado por uma Constituição de inegável feição dirigente, os objetivos e direitos fundamentais inscritos, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, são juridicamente vinculantes para todos os poderes estatais.

Há, pelo menos, três correntes distintas acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, conforme menciona Tiago Lima Breus, citando Gastaldi¹⁶⁷: a) compete ao Poder Judiciário a intervenção em políticas

¹⁶⁶ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, p. 87

públicas sempre que estiver em jogo a efetividade dos direitos fundamentais, a teor do que dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal; b) inadmissibilidade da intervenção do Poder Judiciário, já que se trata de questão a ser resolvida pelo Poder Executivo e ao Poder Legislativo, cujos agentes estão legitimados pelo voto popular a realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, em respeito a princípio da separação dos Poderes – artigo 2º da Constituição Federal; e c) possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a integridade e a intangibilidade do núcleo de condições mínimas necessárias para a própria sobrevivência do indivíduo, em observância aos direitos fundamentais prestacionais e ao princípio da vedação ao retrocesso social, condicionada à reserva do possível, ou seja, à capacidade econômico-financeira do Estado.

É certo que as consequências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, traria consequências políticas importantes.

Conforme esclarece Eduardo Appio, a substituição da figura do Administrador Público pela figura do Juiz não é legítima, na medida em que o Executivo e o legislador foram eleitos, através do voto direto e secreto, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas públicas; o Judiciário não tem como identificar as reais prioridades sociais, necessitando de informações fornecidas pela própria Administração Pública; a função primordial do Judiciário é a revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, tendo a Administração o seu dever principal de estabelecer as prioridades na execução de sua política social, gozando de discricionariedade; a eventual substituição das atividades, em regra, desempenhadas pelos poderes causaria um grande desgaste do Poder Judiciário, enquanto Poder Político, pois teria que arcar com as críticas pelas medidas tomadas; por fim, as decisões tomadas

¹⁶⁷ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática brasileira da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

estariam imunes a fiscalização de qualquer outro Poder.¹⁶⁸

Nessa perspectiva, falar-se em controle judicial de políticas públicas significa ter o Judiciário opinando diretamente sobre uma atuação ou omissão estatal. Contudo, necessário ter em mente que o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregadia execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial.

Os argumentos contrários à concretização judicial das políticas públicas normalmente enfrentados são o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas, a discricionariedade da Administração, a natureza meramente programática dos direitos sociais e a impossibilidade do controle judicial das questões políticas.

Tocante aos argumentos jurídicos contrários a uma intervenção do Poder Judiciário, Eduardo Appio menciona:

A Constituição Federal de 1988 prevê a existência dos Poderes da República tendo em vista a necessidade de especialização das funções a serem desempenhadas na complexa estrutura do Estado contemporâneo brasileiro. A intervenção indevida do Poder Judiciário na atividade legislativa ocorreria nos casos em que o constituinte previu a incidência da cláusula de reserva legal, no tocante a determinados direitos sociais. Também ocorreria nos casos em que a lei que outorga um direito social defere ao Executivo, em determinado prazo legal, a regulamentação do direito previsto, não se podendo conceber a ingerência do Executivo durante este lapso temporal [...] A proposição de transferência ao Poder Judiciário das funções destinadas aos demais Poderes da República é sintomática de uma crise de confiança no atual sistema. O ceticismo quanto ao sistema representativo não raro decorre de uma crença desmedida em suas virtualidades, olvidando-se as naturais limitações de um sistema forjado na desigualdade social. O discurso de atribuição de uma atividade executiva ao Poder Judiciário pode muito bem culminar num processo de intensa erosão constitucional, quando se consideram as limitações inerentes a esta atividade⁴²³. A pura e simples normatização se revela insuficiente para alterar um quadro no qual as limitações econômicas do Estado brasileiro são o resultado de sua inserção em uma economia globalizada sem um projeto concreto de aumento da renda nacional. A substituição da pauta de prioridades do Executivo pela do Judiciário retira do legislador os meios indispensáveis para a consecução de suas finalidades, além de tornar o ato imune à revisão dos demais Poderes, numa perigosa concentração de funções.

¹⁶⁸ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**, p. 236

Contudo, os empecilhos, não são impeditivos, conforme Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Lorena Rocha:¹⁶⁹

Quanto ao primeiro, sustenta o autor que o simples fato de o constituinte ter-se utilizado em certos momentos de conceitos vagos não significa dizer que o judiciário não deverá exercer o seu papel de guarda da Constituição, observando o cumprimento ou não das normas consagradoras dos direitos fundamentais, ao invés de simplesmente dedicar-se a declarar que tal norma não é auto-aplicável.

O segundo argumento, frequentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, está fortemente relacionado com a separação dos poderes, supondo que a possibilidade de concretização de normas constitucionais pelo Judiciário implicaria na usurpação pelo mesmo de tarefa exclusiva do Legislativo. Entretanto não se pode impedir que o juiz constitucional aja no sentido de sanar inconstitucionalidades, em razão do supracitado papel de guarda da constituição. Frise-se, por outro lado, que tal dogma está vinculado aos casos em que predomine a reserva legal, não se aplicando aos direitos sociais previsto no art. 6º e ao direito à saúde do art. 196, da CF/88, que são submetidos nos termos da própria Constituição.

O terceiro obstáculo também não deve prevalecer, afinal, a necessidade de previsão orçamentária é requisito direcionado ao administrador, e não ao juiz. Além disso, colocados na balança tal necessidade e os direitos fundamentais, percebe-se que são normas que estão no mesmo nível hierárquico e que, submetendo-as à um processo de ponderação, as normas de direitos fundamentais devem prevalecer por sua superioridade axiológica.

O quarto elemento limitador é bastante utilizado, principalmente na área da saúde, para proteger o poder de escolha da administração na adoção de suas políticas. Ocorre que hoje o conceito de discricionariedade alargou-se para considerar que além do dever de adotar políticas públicas, com vistas a alcançar a isonomia, o Estado deve adotar as melhores políticas públicas possíveis. Destarte, cumprirá aos legitimados que impetrarem ação contra determinada atuação estatal comprovar que haveria uma política melhor a ser implementada, ou seja, provar ou demonstrar que o administrador não agiu da melhor forma possível. Se, por outro lado, não se apresentarem argumentos fortes de que a escolha da administração foi inadequada, o judiciário não poderá intervir neste caso, sob pena de ferir a “reserva de consistência”.

A quinta limitação, referente à natureza meramente programática dos direitos sociais, trata-se de tese já ultrapassada. Muitos afirmam que as normas emanadas dos direitos sociais não são normas programáticas, pois é inconcebível deixar tais direitos à mercê da vontade do Legislativo e do Executivo, sem que caiba a ninguém fiscalizar a prorrogação indefinida da efetivação dos mesmos. Além disso, hoje é cediço que tais normas, mesmo que consideradas como de cunho programático, têm uma força jurídica que no mínimo permite a atuação judicial para seu controle.

Ressalte-se, por oportuno, trazer uma distinção entre os casos em que o

¹⁶⁹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. ROCHA, Lorena. **Gripe suína, Tamiflu e Efetivação Judicial de Políticas públicas: uma análise comparada BrasilXÁfrica do Sul**. Aracaju: Evocati Revista n. 45, set. 2009 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=358>. Acesso em: 8 jun. 2017.

direito subjetivo público está previsto de forma vaga, demandando, portanto, um verdadeiro ato de vontade da administração e os casos nos quais a norma que outorga um direito subjetivo público possui um elevado grau de concretização, de molde a permitir a tutela jurisdicional direta deste direito, como por exemplo o art. 208, I, da Constituição Federal que estabelece que “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.

É verdade que a prática de atos administrativos incumbe ao Poder Executivo, pois a Constituição Federal em seu art. 84, II, disse “competir privativamente ao Presidente da República: (...) II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. Assim, incumbe ao Poder Judiciário apenas fiscalizar a atividade administrativa e não substituí-la, razão porque a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela como excepcional, tendo pressupostos:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa).¹⁷⁰

Nesse sentido, nos casos em que o constituinte definiu com clareza a forma de adimplemento de determinados direitos sociais previstos na Constituição Federal determinando ao Poder Executivo o dever de implementar políticas sociais específicas, cumpre ao Poder Judiciário exercer um controle através de medidas judiciais, como ações civis públicas.

A Constituição da República de 1934 trazia, em seu artigo 68, disposição que expressamente vedava “ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Ainda que a Constituição de 1988 não albergue

¹⁷⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**, p. 257

dispositivo semelhante, impende reconhecer que, mesmo no seio daquela Constituição, não estava vedado o juízo acerca da constitucionalidade de políticas públicas. A vedação se limitava às questões exclusivamente políticas, não aos programas de ação governamental.

Por questões exclusivamente políticas há que se entender, por exemplo, a declaração de guerra, a celebração da paz, a decretação de estado de defesa e de estado de sítio, nomeação e exoneração de Ministros de Estado, etc. São questões dessa natureza que podem ser caracterizadas como exclusivamente políticas, refugindo ao controle jurisdicional.

Do ponto de vista doutrinário, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes: a procedimentalista e a substancialista. A primeira delineada pelas ideias de Harbermas, enquanto a segunda encontra amparo no pensamento jurídico e político de Dworkin.¹⁷¹

Com a corrente procedimentalista, pressupõe-se que a Constituição não é uma ordem prévia de valores a serem desvendados pelos juristas, mas sim é um espaço que deve instrumentalizar os meios de participação dos cidadãos, a fim de estes elaborem o destino da comunidade.

O fortalecimento da cidadania se dá com a conquista de canais de comunicação, que veiculam o poder democrático do centro para a periferia. Deste modo, o papel da Constituição é o de assegurar a existência desses canais ou procedimentos de ação comunicativa dos cidadãos, para que os mesmos criem seu próprio direito, uma vez que a lei não pode ser vista como a vontade direta do povo. A Constituição não deve expressar conteúdos substantivos, mas apenas instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática (democracia deliberativa)¹⁷².

Uma das mais lúcidas críticas ao modelo de democracia procedimental

¹⁷¹ VIANNA, Luiz Verneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 09 e ss.

defendido por Habermas é a exigência de uma prévia cultura política da liberdade, de base social estável, capaz de produzir consenso democraticamente. Outra exigência da democracia procedimental é a existência de partidos políticos fortes e distantes das ingerências econômicas, o que acaba por distanciar o modelo da atual conjuntura social, principalmente de países como o Brasil, onde a cultura da democracia ativa e da cidadania participativa está apenas engatinhando¹⁷³

A corrente substancialista, por seu turno, compreende que a Constituição traz os valores e as políticas que irão reger a convivência da sociedade, destarte, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos dispositivos constitucionais. .

Percebe-se, pois, que, pela via substancialista, há uma maior aceitação da atividade judiciária no controle de políticas públicas. Ao realizar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por garantir a prevalência da Constituição.

Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja, garantir a prevalência da Constituição

Embora o Poder Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, como se verá mais adiante, tenha avançado no controle judicial de políticas públicas quando presente a possibilidade de desrespeito a direitos fundamentais, a atuação ainda se mostra com reservas.

Para Zenildo Bodnar:

A incumbência constitucional atribuída aos Estados para a defesa e proteção do meio ambiente, já há mais vinte anos, ainda não foi atendida sequer minimamente. São inúmeras as omissões do Poder Público que acontecem nas mais diversas políticas públicas, políticas estas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, p. 09

ambiente. Ainda falta saneamento básico, educação ambiental, estrutura para os órgãos de fiscalização e licenciamento, dentre outras carências. Este quadro contribui decisivamente com a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais enérgica e eficaz por parte do Poder Judiciário.¹⁷⁴

Trazendo, agora, a problemática envolvendo à água, direito fundamental, urge ser necessário uma superação do paradigma econômico-científico vigente e a adoção de uma racionalidade complexa, que perceba a questão ambiental como um problema eminentemente social, gerado por um conjunto de processos econômicos, políticos, jurídicos, sociais e culturais, e que internalize a necessidade de se analisar os conflitos sociais e as relações de poder que se plasam e se manifestam em torno de estratégias de apropriação social da natureza. A degradação entrópica, a concentração de poder e a desigualdade social geradas pela racionalidade econômica somente podem ser superadas através de uma nova racionalidade, capaz de integrar os valores da diversidade cultural, os potenciais da natureza, a equidade e a democracia como valores que sustentam a convivência social e como princípios de uma nova racionalidade produtiva, em sintonia com os propósitos da sustentabilidade.

Para Zenildo Bodnar

Nos termos em que o meio ambiente foi positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o atendimento pleno deste dever fundamental incumbe principalmente ao Poder Público e deve ser materializado por intermédio de um conjunto de políticas públicas, previstas principalmente no artigo 225, § 1º. Dentre as principais políticas públicas ambientais merecem especial destaque: a educação ambiental; a prevenção a danos, inclusive futuros; a criação e gestão de espaços territoriais especialmente protegidos, dentre outras.¹⁷⁵

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possuem densidade normativa suficiente para a sua concretização independentemente da superveniência de interposição legislativa. No artigo 225, § 1º, da Constituição Federal há uma extensa lista de

¹⁷⁴ BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**. In Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2009, São Paulo. Anais eletrônicos. São Paulo: Conpedi, p. 2282. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2791.pdf. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁷⁵ BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**, p. 2283

tarefas que devem ser cumpridas pelo Estado. Trata-se de norma de eficácia plena que estabelece um enorme catálogo de políticas públicas que devem ser implementadas em prol da defesa e proteção do meio ambiente. Assim, há um mínimo exigível do administrador público em termos de implementação de políticas públicas ambientais.¹⁷⁶

Dentro deste contexto, afirma-se que, no Brasil, a Constituição Federal, e a própria legislação infraconstitucional, já estabelecem as diretrizes e os deveres que devem ser observados pelo Estado, não havendo justificativa para que sejam postergadas as ações sob o fundamento da oportunidade e conveniência ou até mesmo de restrições orçamentárias, especialmente nos casos em que esta atuação for indispensável para cessar ou impedir o agravamento de danos ao meio ambiente. Assim, a intervenção judicial na execução e na avaliação das políticas públicas ambientais é possível e legítima em função da forma de positivação constitucional deste direito/dever fundamental e da importância deste em viabilizar e garantir a vida em toda a plenitude.¹⁷⁷

Não é de outra forma em relação ao direito fundamental à água. Cabe ao Poder Judiciário atuar no controle das políticas públicas relacionadas ao direito à água de forma a concretizar esse direito, tanto em sua dimensão de defesa e preservação de seu equilíbrio ecológico, quanto em sua dimensão de promoção a todos do acesso à água em quantidade e qualidade suficientes para uma vida digna.

A submissão de políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à água ao controle do Poder Judiciário deve levar em conta as múltiplas dimensões deste direito, adotando como paradigmas o conteúdo axiológico da dignidade da pessoa humana, do respeito ao direito à vida, da promoção da saúde, da defesa e preservação do meio ambiente. Direitos fundamentais que encontram integração na legislação infraconstitucional, como já visto, a exemplo da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/1997), da Política Nacional do Meio Ambiente,

¹⁷⁶ BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**, p. 2283

¹⁷⁷ BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**, p. 2283

dentre outros diplomas legais.

A concretização do direito fundamental à água exige um enfoque interdisciplinar do gestor de políticas públicas relativas à água e também uma visão holística do órgão do Poder Judiciário ao qual será submetido o controle das políticas públicas relacionadas ao direito à água.

No controle jurisdicional das políticas é fundamental uma visão holística e sistemática da ordem jurídica e do contexto fático da demanda. Essa cautela é relevante para que os objetivos preconizados pela Constituição não sejam entendidos apenas como direitos subjetivos contra o Estado, mas principalmente como uma estratégia coletiva para o alcance da justiça social e ambiental.¹⁷⁸

3.3.1 O controle jurisdicional na Espanha quanto ao abastecimento de água potável.

No início do municipalismo espanhol, a legislação fixava as funções municipais, mas dada a desconfiança na capacidade de desenvolvimento econômico ou prestacional local, não se criou obrigações mínimas para os municípios. O abastecimento domiciliar não se tratava de uma obrigação mínima para os municípios, incluindo a água potável. A Lei de bases do Sistema Local, de 17 de julho 1955, traz uma lista de serviços que devem ser implementadas pelos diversos municípios, em função da sua dimensão populacional, inclusive a água potável. A partir deste momento, falar sobre direitos subjetivos para o estabelecimento parecia mais viável; contudo, a realidade demonstrou que em numerosas localidades faltava o serviço.

Nesse sentido, as lições de Andrés Molina Giménez:

Em los inicios del municipalismo español, la legislación fijaba listados de funciones municipales pero, dada la desconfianza en la capacidad local para el desarrollo de actividades económicas o prestacionales, no creaba obligaciones mínimas para los Ayuntamientos. El abastecimiento domiciliario

¹⁷⁸ BODNAR, Zenildo. Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário. In Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2009, São Paulo. Anais eletrônicos. São Paulo: Conpedi. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2791.pdf, p. 2283.

no constituía, por tanto, uma obrigação mínima para los Municipios. En la Ly de bases del Régimen Local de 17 de julio de 1955 aparece un listado de servicios que deben ser ejecutados por los distintos Ayuntamientos, en función de su volumen poblacional – entre ellas el suministro de agua potable – . a partir de este momento, hablar de derechos subjetivos al establecimiento parecía más factible, pero la realidad demuestra que numerosas localidades carecían del servicio a pesar de las generosas previsiones legales, sin que el acceso a la tutela jurisdiccional fuera excesivamente operativo para hacerlas cumplir¹⁷⁹.

Nem a doutrina reconheceu a existência de um direito de totalmente necessário ou oferecer um serviço acolhedor. A decisão sobre se deve ou não criar serviço público entrou no campo difuso de apreciação política. Além disso, mesmo que esta decisão foi tomada, não poderia falar da existência de uma situação jurídica plenamente exigível através dos meios comuns de proteção aos direitos individuais, reconduzindo a questão ao cunho ressarcitório.

A centenária Lei da Água de 13 de Junho de 1879, no seu artigo 160, previa que o fornecimento de água à população é preferência sobre qualquer outra utilização (industrial, de lazer, etc.), a qual se manteve no artigo 60 da Lei 29/1985, de 2 de Agosto. Nesta Lei destaca-se a declaração de todas as águas continentais, incorporando as águas subterrâneas ao patrimônio hidráulico tradicional; a maior atenção à qualidade de água; a planificação hidrológica; e as competências atribuídas às respectivas comunidades autónomas por seus respectivos Estatutos¹⁸⁰.

Segundo Andrés Molina Giménez “estas normas crean potentes instrumentos administrativos de control, um complejo aparato de gestión, articulan soluciones de financiación-sanción, y en general, diseñan un sistema que pone las bases de una eficaz y respostuosa gestión del recurso”.¹⁸¹

Dada a impossibilidade prática de superação de inatividade

¹⁷⁹ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 385.

¹⁸⁰ ALONSO. Fernando Lopez. Disponível em <<http://www.iagua.es/blogs/fernando-lopez-alonso/derecho-humano-al-agua-minimo-vital-y-desarrollo-sostenible>> Acesso em 20 out. 2016.

¹⁸¹ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**. p. 65.

administrativa, a questão foi discutida do ponto de vista orçamental. O indivíduo poderia reclamar contra o orçamento da Corporação, quando ele não tinha sido incluindo os créditos relativos ao cumprimento das obrigações criadas por lei. O sistema não foi, contudo, o mais adequado para a realização do direito ao estabelecimento. Os trâmites dos tribunais administrativos eram longos e, finalmente, conseguido decisão favorável, incluindo crédito no orçamento não correspondia, necessariamente, a aplicação efectiva do serviço.

Ainda, nas lições de Andrés Molina Giménez

Tampoco la doctrina científica del período, influenciada por la crisis del servicio público em su concepción tradicional, reconocía la existencia de un derecho ao establecimiento del servicio plenamente exigible. Así ALBI indicaba que la lista de obligaciones incluidas em la entonces vigente Ley de bases del 55 no daba lugar a verdaderos derechos subjetivos, ya que la finalidad de aquellas normas radicaba em la salvaguardia de los intereses generales de toda la colectividad, y no de los intereses meramente particulares. La decisión sobre la conveniencia de crear o no um servicio público entraba en lo difuso campo de la discrecionalidad política. Además, aun cuando esta decisión fuera tomada, no podría hablarse de la existencia de una situación jurídica plenamente exigible a través de las vías ordinarias de protección de los derechos subjetivos, reconduciéndose la cuestión al instituto resarcitorio. Ante la práctica imposibilidad de superación de la inactividad administrativa por esta vía, el tema se trató desde la perspectiva presupuestaria. El particular podía reclamar contra el presupuesto de la Corporación cuando em él no hubieran sido incluidos los créditos correspondientes al cumplimiento de las obligaciones que le fueran exigibles según ley. El sistema no era, sin embargo, el más idóneo para hacer efectivo el derecho del cecino al establecimiento del asunto a la jurisdicción contencioso administrativa eran excesivamente penosos; finalmente, conseguida Sentencia favorable, la inclusión del crédito em el presupuesto no equivalía, necesariamente, a la implantación efectiva del servicio. Todavía em la actualidad se considera esta vía como uma de las fundamentales para hacer valer el derecho, lo querecibe apoyo normativo através del artículo 151.2.b. L.H.L.¹⁸²

Nos últimos anos, tem-se dado um passo a mais para reconhecer esse direito individual. O artigo 18 da Lei 7/85, de 2 de abril, não fala de simples obrigações dos municípios, mas sim direitos de todos os cidadãos.¹⁸³

Assim, dispõe que

¹⁸² GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 386.

¹⁸³ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 386.

todo asentamiento humano debe ser suministrado mediante el correspondiente sistema de abastecimiento de aguas potables de consumo público, com una dotación de agua suficiente para el desarrollo de su actividad. Esta dotación, em condiciones de normalidade, no deberá ser inferior a 100 por habitante ya y día – art. 6°.

Em 1998 foram aprovados pelo Real Decreto 1664 de 24 de Julho, os Planos de Bacias Hidrográficas. No ano seguinte, a Lei 46/1999 de 13 de Dezembro, produz pela primeira vez uma regulação legal da atividade de dessalinização, mudando também algumas premissas jurídicas da reutilização, assim como a criação do mercado de água que tem como finalidade tentar incrementar a oferta do recurso.

Posteriormente, a norma hoje em vigor, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julho, no art. 60 estabelece que o abastecimento de água goza de preferência absoluta, tendo a gestão da bacia hidrográfica Planos de sempre respeitar a supremacia dessa utilização.¹⁸⁴

O projeto de reforma da Lei da Água elaborado em 2006 pelo Ministério do Ambiente incluía entre os princípios orientadores da gestão da água garantia o direito dos cidadãos, independentemente da sua capacidade económica, abastecimento de água, beber quantidade e qualidade adequadas, acrescentando que as autoridades competentes devem promover as condições necessárias para proporcionar, pelo menos, 60 litros per capita por dia. Esta garantia não constitui um direito real subjetivo, mas um mandato para o governo de gerir a água.¹⁸⁵

O atual regulamento de Planeamento Hidrológico estabelece os critérios para o cálculo da demanda de abastecimento da população, mas não define de pessoal mínimo ou máxima. Ele incorpora o princípio de serviços relacionados de recuperação de custos com a gestão da água, incluindo os custos ambientais e recurso, com base nas projeções a longo prazo de oferta e a procura, nos termos do

¹⁸⁴ ALONSO. Fernando Lopez. Disponível em <<http://www.iagua.es/blogs/fernando-lopez-alonso/derecho-humano-al-agua-minimo-vital-y-desarrollo-sostenible>> Acesso em 20 out. 2016.

¹⁸⁵ REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p. 66. Disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10385/Ad%2015%202011%20art%.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 jun. 2017.

art. 42.1 da Lei de Águas.

Veja-se, como traz Andrés Molina Giménez, citando García de Enterría e T.R Fernandez, cuida-se de um grupo de “medidas ampliamente discrecionales adaptadas em base a normas que, toda frecuencia, no aportan otros criterios que sua genérica invocación al interés público”¹⁸⁶.

Como pondera Andrés Molina Giménez a doutrina nega que os usuários tenham um autêntico direito subjetivo ao abastecimento de água potável. A administração não tem uma obrigação em sentido técnico, mas sim um dever jurídico quanto ao seu estabelecimento. A decisão efetiva será discricionária “y lo que el usuario podrá ventilar ante los Tribunales es la legitimidade de la motivación aducida por la Administración para denegar el establecimiento del servicio”¹⁸⁷.

Assim, o instituto ressarcitório tem como a via possível para articular as compensações. O interessado pode intentar uma efetiva indenização pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, sempre que a prestação tenha sido a determinante de um dano na esfera patrimonial. Contudo, essa não é a via plenamente eficaz, uma vez que se tem somente a reparação econômica, mas não uma prestação do serviço efetivamente.¹⁸⁸

La legislación general de regime local não reconhece expressamente o direito a admissão do serviço. Este direito não está incluído no citado art. 18 da Lei 7/85, de 2 abril, mas sim no art. 128.1.2.del RSCL (Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales de 15 de junio de 1955) onde se estabelece a obrigação da concessionária de “admitir a goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente”.

A jurisprudência, todavia, não tem dado cobertura a este direito em

¹⁸⁶ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 387.

¹⁸⁷ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 387.

¹⁸⁸ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 387.

diversas ocasiões. Andrés Molina Giménez traz, como exemplo, a sentença de 21 de novembro de 1996, "que"enjuicia la denegación del suministro a ciertas viviendas radicadas em uma Entidad local menor, calificando el derecho al abastecimiento de agua como um auténtico derecho subjetivo del ciudadano"¹⁸⁹.

Concordando com a opinião de Andrés Molina Giménez, o acesso al serviço se marca em um contexto de normas regradas, sem que a Administração deva admitir o serviço a todas aquelas pessoas que se encontram nas condições determinadas. Trata-se de uma emanación do princípio da igualdade, reconhecido sem reservas pelo artigo 14 da Constitución da Espanha.¹⁹⁰

3.4 SÍNTESE DO EXPOSTO E POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, aos Poderes Legislativo e Executivo incumbe, precipuamente, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas. Diante da omissão desses Poderes, tem-se entendido que o Poder Judiciário poderá determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que sejam estas implementadas, visto que a omissão, por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

É notório o fato de que deve ser assegurado um padrão mínimo de segurança material à população, já que o Estado Social não pode ser compelido a garantir um padrão ótimo de bem-estar, ainda mais quando se trata de prestações estatais obtidas via judicial, mas sim a efetivar as condições para uma existência com dignidade. Contudo, tal afirmação não significa que a otimização do bem-estar

¹⁸⁹ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 388.

¹⁹⁰ GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador**, p. 388.

social não possa ser uma meta a ser alcançada.

Cabe ainda referir, que além do enfoque na necessidade, ou essencialidade da prestação, a excepcionalidade da situação concreta deve ser analisada, visto que pode sofrer mudanças com o passar do tempo. O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e, em consequência, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser o motivo para que ela não seja acolhida. Dessa forma, haverá uma ponderação dessas duas variáveis. Se o grau de essencialidade superar o de excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a recusa estatal será legítima¹⁹¹.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, firmou posição sobre a participação do Judiciário na formulação de políticas públicas. Destacou que a intervenção só é cabível de forma acessória na concreção do mínimo existencial. Nos demais casos, a atribuição cabe aos Poderes Executivo e Legislativo. Segue a seguir trechos da decisão:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em

191 AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 214.

favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.[...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado¹⁹².

Ainda sobre a possibilidade de controle judicial de políticas públicas como maneira de efetivar os direitos sociais, assevera o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

O Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais, culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso De Mello – RTJ 199/1219/1220, Rel. Min. Celso de Mello, vg.). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria constituição, por efeito da violação negativo do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no

192 STF. ADPF 45. Relator (a) Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Data do Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em 02.jun. 2017.

adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público [...].¹⁹³

O Poder Judiciário, por mais que tenha como objetivo conferir a devida aplicabilidade às normas inseridas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante a expedição de ordens judiciais, pois estas não obterão a efetividade pretendida, haja vista que faltam condições materiais suficientes para a sua concretização.

Além disso, cumpre salientar que diante do princípio da separação dos poderes, mesmo havendo a possibilidade do Poder Judiciário intervir quando da omissão dos demais, tal intervenção deverá ser moderada e somente poderá ocorrer nos casos em que a omissão atinja diretamente direitos fundamentais.

É importante ressaltar que o estabelecimento de políticas públicas se trata de discricionariedade dos Poderes Executivos e Legislativo, sendo que em regra, é vedada a interferência do Poder Judiciário na análise de tais questões.

Não obstante, o dever de efetivação dos direitos é de responsabilidade do Estado como um todo, e não apenas de órgãos isolados. Por essa razão, diante da omissão dos órgãos estatais competentes para a concretização dessas regras constitucionais, excepcionalmente, tem-se admitido que o Poder Judiciário intervenha para a efetivação dos direitos fundamentais.

Conforme Eros Roberto Grau¹⁹⁴ o Poder Judiciário tem a função reproduzir e produzir o direito, baseado nos princípios jurídicos. Esta produção do direito, não quer dizer que o Judiciário assuma a função Legislativa, mas tem por objetivo assegurar a pronta execução do direito. Reitera-se, que a referida norma do §1º, do artigo 5º, da Constituição é dotada de vigência e eficácia jurídica. Sua aplicabilidade é imediata, o Poder Judiciário, em última instância, está compelido a conferir-lhe efetividade jurídica ou formal.

193 STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745, de Minas Gerais. Relator(a): Ministro Celso de Mello; Órgão Especial; Data do julgamento: 02.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 18 nov. 2016.

194 GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores.. 2005, p. 35.

Especificamente no que tange o direito à água tratada, colhe-se decisão do TRF4^a Região:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA À COMUNIDADE INDÍGENA. DIREITO FUNDAMENTAL. Sendo o fornecimento de água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano¹⁹⁵.

Do corpo do aresto:

A Constituição Federal Brasileira não traz o direito de acesso à água tratada expressamente disposto em seu texto, sendo necessária uma reflexão dos fundamentos e princípios que norteiam os direitos fundamentais. Num primeiro momento, sobre a concepção de direito Norberto Bobbio leciona que “[...] se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” (BOBBIO, 1997, p. 21).

No mais, há princípios e regras que norteiam a Constituição Federal, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e da cláusula aberta dos direitos fundamentais.

A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais nos termos da atual Constituição brasileira admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não enumerados). Assim, com a adoção da “cláusula aberta”, também denominada de “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais”, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos, bastando estar consagrados em leis ou regras (inclusive de costume), nacionais ou internacionais, reconhecidas pelo Estado brasileiro. Nesse viés, a Constituição brasileira admite outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. “Esses direitos não são aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam e, sim, aqueles que são, ou podem ser também, direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material” (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 617).

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. A presença da cláusula de “abertura material” na Constituição brasileira até recentemente foi pouco observada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A sua concretude, ou observância prática, muito deixou a desejar porque sempre predominou o entendimento de que os direitos fundamentais o são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas Constituições formais.

¹⁹⁵ TRF 4 – Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.014410-0, Relator(a): Márcio Antônio Rocha, Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 27-08-2008, Data do Registro: 15-09-2008. Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1312943/agravo-de-instrumento-ag-14410/inteiro-teor-14077034?ref=juris-tabs>. Acesso 02 jun. 2017.

Assim, é por meio da cláusula aberta que podemos justificar, também, a caracterização de direito fundamental ao direito de acesso à água tratada. Cabe, pois, ressaltar que esse Comitê da ONU, desenvolvendo uma atividade interpretativa do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elaborou a Observação Geral nº 15, no ano de 2002, que reconheceu o direito de acesso à água como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e à alimentação, dispondo que: “o acesso a quantidades suficientes de água limpa para uso pessoal e doméstico é um direito fundamental de todos os seres humanos” (ONU, 2002).

Desse modo, a partir da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, é possível inferir a força normativa que devem conter as disposições trazidas pelos Tratados ratificados pelo Estado brasileiro, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (PES, 2010). No mesmo sentido, ainda é preciso enfatizar que a Organização das Nações Unidas – ONU – aprovou em 2010 uma resolução que garante a Água e o Saneamento como direitos humanos fundamentais. Em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral reconheceu que a água e o saneamento são direitos humanos, com a justificativa de que o direito à água e ao saneamento é derivado do direito a um padrão de vida adequado e indispensável para a realização de outros direitos humanos. Essa resolução foi um avanço e demonstra a vontade política da comunidade internacional para enfrentar a dura realidade de quase um bilhão de pessoas que ainda não têm acesso a uma fonte de água tratada.

Portanto, a vinculação do Estado brasileiro a essa resolução vai além do compromisso moral por tê-la aprovado, com o registro do voto pela aprovação da representação brasileira junto à Assembleia Geral da ONU, pois, como Estado integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), tem o dever jurídico de cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Direito Internacional. Assim, tanto a base principiológica do Direito Constitucional brasileiro, quanto o direito internacional assumido com a ratificação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos sociais, como os compromissos assumidos em nível internacional, nos quais se incluem o acesso à água, são alguns dos institutos que apontamos como legitimadores, no Brasil, do direito de acesso à água tratada.

A timidez do Poder Judiciário no controle de políticas públicas ambientais é bem representada no voto do ministro Menezes Direito em julgamento de ação cível originária, no Supremo Tribunal Federal, que discutia a viabilidade ambiental da transposição do rio São Francisco. Afirmou-se que ultrapassaria a competência do Poder Judiciário perquirir sobre a necessidade e a eficácia do projeto em discussão e que caberia, naquele caso, ao Poder Executivo a responsabilidade pela avaliação, definição e execução da política pública questionada:

Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema

Corte. Dizer sim ou não a transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente.¹⁹⁶

Já em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal sinaliza o entendimento de que na ausência do Estado na garantia das políticas públicas, o Poder Judiciário deverá concretizá-los, sem que isso seja considerado uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Demonstra ainda, que os entes políticos não poderão se escusar de seus deveres constitucionais com argumentos da impossibilidade de superar os limites orçamentários.

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVOS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, ainda que em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Importa, ainda, acentuar, quanto aos alegados limites orçamentários aos quais estão vinculados os recorrentes, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravos regimentais a que se nega provimento.¹⁹⁷

Destarte, em face do todo exposto, conclui-se que tem sido admitida a intervenção do Poder Judiciário para viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, atendidos alguns requisitos, sempre que os Poderes deste agirem ou deixarem de agir de modo a comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo..

¹⁹⁶ STF. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cível n. 876-0, da Bahia. Relator(a) Ministro Menezes de Direito. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 19-12-2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁹⁷ STF. Recurso Extraordinário. n. 595129, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 03-06-2014

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As hipóteses levantadas por este estudo foram abordadas em cada capítulo, nos quais foi possível discutir sua incidência e conceitos, apresentando uma síntese final de cada um como forma de melhor visualizar a problemática enfrentada.

De plano, ressalte-se que o período vivenciado em Alicante/Espanha, quando das aulas do Curso de Máster em Derecho Ambiental na Universidade de Alicante, foi fundamental o modo de ver e sentir do direito ambiental.

Além de estabelecer a situação mundial da natureza de modo que se deve introduzir uma mudança na visão de mundo, devendo-se preservar o meio ambiente, direito fundamental, para as presentes e futuras gerações.

E é exatamente isso que trata do primeiro capítulo: análise dos direitos fundamentais. Os Direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos dos cidadãos, os quais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, com as concepções das constituições escritas.

Falar de direitos fundamentais é falar de progressos, de cidadania, de respeito de uns indivíduos pelos demais. É longo o percurso que a sociedade terá que percorrer para cumprir seu objetivo de assegurar a todos os homens, mulheres, crianças e idosos de todas as partes do mundo, de todas as raças e crenças.

E, então, surge o questionamento se o acesso a água se trata de um direito fundamental. Essa resposta restou positivada.

A água é um recurso essencial à vida em todas as suas formas, e para os seres humanos é imprescindível para a satisfação de todas as suas necessidades, o que vai incluir, desde a sobrevivência, até à manutenção do equilíbrio econômico mundial, devido à sua importância para os processos produtivos.

Contudo, atualmente se enfrenta um quadro de escassez global de água,

pois muito embora seja a substância mais abundante do planeta, o percentual de água potável é por demais reduzido, o que a atribui um caráter finito, o qual é agravado pela sua má distribuição geográfica e econômica, de forma a gerar situações díspares em diversas regiões do planeta.

Com a escassez quanti-qualitativa a água, passou a ocupar novo espaço no cenário social, agora, sobre o rótulo de bem público, pois, necessária à intervenção do Estado. A crise da água decorreu do rápido crescimento populacional e do uso irracional dos recursos naturais; assim, incumbindo ao Estado a gestão das águas, no intuito de diminuir os conflitos de acesso e utilização das mesmas.

Viu-se que a dominialidade pública da água, não se confunde com propriedade, configurando mera gestão de bem público.

De tal sorte, nem a gestão pública da água, nem seu valor econômico são suficientes para classificá-la como mercadoria. Isso porque a água é essencial à sobrevivência dos seres bióticos, portanto, direto fundamental universal.

Nada obstante a falta de previsão expressa que reconheça este direito, existem determinados artigos na Constituição Federal de 1988 que podem entender como incluídos para reconhecimento do direito à água potável, dentre eles o art. 1º, III, da CF, o qual estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes.

O direito ao acesso à água é um direito fundamental multidimensional, relacionado à própria dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com densidade normativa suficiente para ser concretizado pelo Poder Judiciário, que deve se valer de uma visão holística do caso concreto e estar imbuído de uma racionalidade ambiental.

Igualmente, viu-se que a Constituição Espanhola não estabelece explicitamente o acesso à água como direito fundamental, mas se encontram vários

artigos ao longo da Constituição Espanhola estabelecendo implicitamente esse direito, como o art. 15 que reconhece o direito fundamental à vida e a integridade à vida, física e moral. No artigo 43 tem-se a proteção à saúde. O art. 45 explicita, a seu turno, que todo o cidadão tem direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo.

Nessa órbita, reconhecer o acesso a água como direito fundamental consiste em atribuir ao Estado, numa atuação conjunta com a sociedade, a tutela efetiva da água. De modo que ente estatal deverá garantir um mínimo de água potável aos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive exigi-lo por meio de processos judiciais.

Já se anotou alhures a forma a positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais se encontram estreitamente relacionados à sua eficácia e aplicabilidade. Assim, para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, cabe saber mensurar até que ponto e sob quais parâmetros que estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade da ação ou omissão do Poder Público para a proteção desses direitos, sem que ocorra ingerência nos demais poderes. Esse assunto foi tratado no terceiro capítulo.

Na definição clássica de separação dos poderes elaborada por Montesquieu, em o *Espírito das Leis*, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Através da divisão proposta pelo autor iluminista, acreditava-se que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer autonomia e limites para cada poder.

Com os atuais contornos traçados pelo Estado constitucional não mais parece adequado falar em diferentes poderes. Em verdade, o que existem são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento da Constituição.

Partindo desses parâmetros, não parece que o controle jurisdicional de políticas públicas afronta o princípio constitucional da separação de poderes. Antes o torna efetivo, vez que por meio da justiciabilidade de políticas públicas se busca

garantir a implementação de direitos fundamentais positivos.

Os argumentos contrários à concretização judicial das políticas públicas normalmente enfrentados são, também, o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas, a discricionariedade da Administração, a natureza meramente programática dos direitos sociais e a impossibilidade do controle judicial das questões políticas.

É certo que a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela como excepcional, tendo alguns pressupostos, sob pena de ilegítima e inconstitucional. Assim, necessário que a política social já se encontre abstratamente prevista na lei ou na Constituição; o Poder Executivo ainda não tenha implementado a política social prevista na Constituição ou tenha rompido com um dos direitos fundamentais; e analisar a lei orçamentária anual.

Não se pode esquecer que o chamado Estado Democrático de Direito nasce na busca de uma maior participação de sua população nas decisões e direções que o Estado deveria seguir, dando um sentido concreto aos direitos humanos a serem alcançados. A imagem que se estruturou nesse modelo, portanto, está umbilicalmente ligada à noção de conservação dos direitos fundamentais que se construiu ao longo dos anos, dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente equilibrado.

Analisando o direito ao abastecimento de água no direito espanhol, notou-se que, tendo por base do livro de Andrés Molina Giménez que a doutrina nega que os usuários tenham um autêntico direito subjetivo ao abastecimento de água potável. A administração não tem uma obrigação em sentido técnico, mas sim um dever jurídico quanto ao seu estabelecimento. A decisão efetiva será discricionária e os usuários somente poderão ventilar ante os Tribunais a legitimidade da motivação por ter a Administração negado o estabelecimento do serviço.

Assim, o instituto ressarcitório tem como a via possível para articular as compensações. O interessado pode intentar uma efetiva indenização pelo

funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, sempre que a prestação tenha sido a determinante de um dano na esfera patrimonial. Contudo, essa não é a via plenamente eficaz, uma vez que se tem somente a reparação econômica, mas não uma prestação do serviço efetivamente.

Ao que se nota, concordando com a opinião de Andrés Molina Giménez, o acesso ao serviço se marca em um contexto de normas regradadas, sem que a Administração deva admitir o serviço a todas aquelas pessoas que se encontram nas condições determinadas. Trata-se de uma emanção do princípio da igualdade, reconhecido sem reservas pelo artigo 14 da Constituição da Espanha.

Destarte, nem a lei e nem sua falta pode impedir que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais, sobretudo as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Afinal, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição representa a referibilidade e a concretude de um ordenamento jurídico harmônico e coeso.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ALONSO, Fernando Lopez. Disponível em <<http://www.iagua.es/blogs/fernando-lopez-alonso/derecho-humano-al-agua-minimo-vital-y-desarrollo-sostenible>> Acesso em 20 out. 2016.

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARLOW, Maude; CLARKE Tony. **Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta**. São Paulo: M. Books, 2003.

BARRETO, Vicente. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 2. Editora Renovar, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BACHOF, Otto. **Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates**. VVDStRL n. 12 (1954). Pag. 42-43. apud SARLET, **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. TRF 4 – Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.014410-0, Relator(a): Márcio Antônio Rocha, Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 27-08-2008, Data do Registro: 15-09-2008. Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1312943/agravo-de-instrumento-ag-14410/inteiro-teor> 14077034?ref=juris-tabs. Acesso 02 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745, de Minas Gerais. Relator(a): Ministro Celso de Mello; Órgão Especial; Data do julgamento: 02.12.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator (a) Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Data do Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em 02.jun. 2017. STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cível n. 876-0, da Bahia. Relator(a) Ministro Menezes de Direito. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 19-12-2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>. Acesso em 17 jun. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática brasileira da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**. In Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2009, São Paulo. Anais eletrônicos. São Paulo:

Conpedi. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2791.pdf. Acesso em 16 jun.2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **As Batalhas da água: por um bem comum da humanidade**, Petrópolis: Vozes, 2004.

BUCCI. Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

BUCCI. Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 13, 1999.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO. J.J. Gomes, **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989 e o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997, p. 18.

_____, Fábio Konder. **o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana:**

conceito fundamental do Direito Civil. In: Martins-Costa, Judith. A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Luís Veiga da. **Meio século de percepções sobre a água na política internacional.** In: SOROMENHO-MARQUES, Viriato. O Desafio da Água no século XXI: entre o conflito e a cooperação. Lisboa: Notícia Editorial: 2003, p. 38.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de estudos constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, p. 81-89, jan/jun 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável.** Direito fundamental de sexta dimensão. 2 ed. São Paulo: Millennium, 2012.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GIMÉNEZ. Andrés Molina. **El Servicio Público de Abastecimiento de Agua em Poblaciones el Contexto Liberalizador.** Valencia: Tirant Lo Blanchi, 2001.

GUIMARÃES, Ylves José de M. **Comentários à Constituição (direitos e garantias individuais e coletivas).** Rio de Janeiro: Forense, 1989

GRAUS, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros.

_____, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 10 Set 2010.

http://www3.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2013_rel.pdf. Acesso em 07.11.2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 09 e ss.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. New York- London: W.W. Norton & Company: 1999 *apud* . Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 349

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional**. Tradução Jacob Gorender. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2005.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAGALHÃES, Tadeu Vilasboas. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-evolucao-historica-dosdireitosfundamentais>>. Acesso em 25.09.2016.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agência reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba. Juruá, 2003.

MARTINS, Leonardo e SCHWABE, Jürgen (org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Paulo: Malheiros, 1998.

MATIAS-PEREIRA, **Manual de gestão pública contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 618.

MICHULIN, A. V.. **História da Antiguidade**. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, (s/d).

MILARÉ. Édis. **Direito do Ambiente**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. ROCHA, Lorena. **Gripe suína, Tamiflu e Efetivação Judicial de Políticas públicas: uma análise comparada BrasilXAfrica do Sul**. Aracaju: Evocati Revista n. 45, set. 2009 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=358 >. Acesso em: 8 jun. 2017.

PETRELLA, R. **O Manifesto das Águas: argumento para um contrato mundial**. Tradução de Vera Lúcia Melo Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

POMPEU. Cid Tomanik. **Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. São Paulo: Escrituras, 1999.

_____. **Direito de Águas no Brasil**. p. 3-11. Disponível em < http://www.comitepcj.sp.gov.br/download/EA_Direito-Aguas-Brasil.pdf >. Acesso

em 03-10.2016.

REXACH. Angel Menendez. **El Derecho de Aguas em España**. Madrid: MOPU. 1986, tomo I, p. 341

RIBEIRO, W. C. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume. 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005. p. 445-446. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse Público. Ano 7. nº 32. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto de 2005.

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TUNDISI. José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**. São Paulo: RiMa, IIE, 2003.

TUNDISI. Jose Galizia. **A Água**. 2005. p. 59-61

VIANNA, Luiz Verneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

VIEGAS. Eduardo Coral. **Gestão da Água e princípios ambientais**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008. p. 27.