

REPENSANDO A TEORIA E A PRÁTICA DO DIREITO À ÁGUA

RETHINKING THE THEORY AND PRACTICE OF THE RIGHT TO WATER

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI*
SERGIO URQUHART CADERMATORI**

RESUMO: Este artigo parte do pressuposto de que a atual crise civilizatória atinge o meio ambiente de forma avassaladora, em especial no que concerne à gestão da água, o que pode ser percebido através do que se convencionou chamar de “crise hidrológica”. O objetivo reside na elaboração de uma reflexão que considere o papel estratégico da água na vida das pessoas e da natureza e conduz a uma teoria que reivindica de forma imperativa sua condição de “bem” e direito humano fundamental, não permitindo que o Estado e o mercado o disponibilizem, ao mesmo tempo que obriga o seu fornecimento pelos poderes públicos à população. Conclui apresentando, a partir das postulações da teoria garantista de Ferrajoli e do especialista na temática da economia da água, Pedro Arrojo Agudo, propostas que visam fortalecer alternativas de exigibilidade do fornecimento de água, considerando dentre outros aspectos, a universalidade desse direito e a necessidade de um fornecimento mínimo de água potável e gratuita à população. A trajetória metodológica é qualitativa, sendo utilizada a pesquisa bibliográfica como forma de coleta de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Bem fundamental fornecimento de água potável. Direito Humano fundamental à água. Luigi Ferrajoli. Pedro Arrojo Agudo.

ABSTRACT: *This article assumes that the current civilization crisis impacts the environment tremendously, particularly with respect to water management, which can be perceived through what is conventionally called “hydrological crisis”. The goal lies in developing a reflection that considers the strategic role of water in people’s lives and nature and leads to a theory which claims a paramount need their status as “good” and fundamental human right, not allowing the state and market it available at the same time requiring the supply by the government to the population. Concludes presenting, from the postulates of the warranty theory by Luigi Ferrajoli and an expert on the subject of water saving, Pedro Arrojo Agudo, proposals to strengthen enforceability of alternative water supply, considering among other things, the universality of this right and the need a minimum supply of drinking water and free to the public. The methodology is qualitative and is used the bibliographic search as a means of data collection.*

KEYWORDS: *Fundamental good. Supply of drinking water. Fundamental human right to water. Luigi Ferrajoli. Pedro Arrojo Agudo.*

* Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Sociedade da UNILASALLE – Canoas (RS). Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Email: daniela.cadermatori@yahoo.com.br

** Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Sociedade da UNISALLE - Canoas (RS). Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Email: scadermatori@uol.com.br

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A questão da água e o estabelecimento de limites ao mercado: 2.1 Da água moderna à crise hidrológica; 3 A água como direito humano e bem fundamental: 3.1 A água como direito humano fundamental; 3.2 A água como bem fundamental; 4 O ponto de vista prescritivo sobre a água; 5 Conclusão; Referências

O poema é um gole de água bebido no escuro.

(Mario Quintana)

1. INTRODUÇÃO

Para abordar a problemática da água na contemporaneidade, necessário se faz partir da constatação de que a combinação da ciência e da tecnologia com o capitalismo nas décadas finais do século passado, determinou a sua aplicação intensiva à produção fazendo com que aumentasse em muito, e em relativamente pouco tempo, a produtividade da força de trabalho humana, ao mesmo tempo em que atuava de forma predatória sobre o ambiente. As repercussões sobre o meio ambiente como um todo e sobre a água em especial - eis que ela desempenha um papel estratégico para a vida das pessoas e da natureza- são dramáticas. Ora, a opção pelo desenvolvimento econômico ilimitado é direta sobre um recurso tão frágil como é o caso da água, especialmente considerando-se a sua potabilidade. Discute-se, no marco da crise hidrológica: a insustentabilidade dos ecossistemas aquáticos, o uso abusivo desse recurso, a pobreza e a governabilidade democrática dos serviços básicos que envolvem o seu fornecimento.

No âmbito internacional, o reconhecimento do direito humano à água pela Organização das Nações Unidas (ONU), em julho de 2010, não encerrou o debate entre posições rivais e mesmo incompatíveis sobre o *status* a ser atribuído à gestão da água e dos bens e serviços baseados nesse recurso. A disputa será exposta por meio do conceito de “água moderna” e da ideia de crise hidrológica.

Trata-se de um movimento que envolve pensar novas formas de proteção a este bem, a partir da perspectiva prescritiva, isto é, no sentido de reivindicar ao país a normatização da água, incluindo-a no rol dos “bens fundamentais” e do direito à água,

no dos “direitos humanos fundamentais”, estabelecendo assim a sua indisponibilidade ao Estado e ao mercado. O fato é que, como consequência da situação de crescimento alienado - muito embora, juridicamente, a água seja considerada como um bem inapropriável - hoje, seu fornecimento se insere na lógica da mercantilização dos insumos para a sobrevivência da espécie humana, situação que deixa um número incontável de pessoas à mercê dos humores da economia, colocando em risco a sua qualidade de vida.

Finalmente, este ensaio se propõe – com base nas postulações da teoria garantista e de Pedro Arrojo Agudo, especialista na temática da economia da água -, a apresentar alternativas, a partir da teoria jurídica, de fortalecimento da exigibilidade do fornecimento universal da água e, ao mesmo tempo, oferecer uma sugestão de possível salvaguarda dos mananciais de água potável. Este é precisamente seu objeto, a percepção da água como um bem fundamental, paralelamente ao direito substancial à inclusão do direito à água potável como um direito/reivindicação relacionado diretamente aos direitos humanos fundamentais.

2. A QUESTÃO DA ÁGUA E O ESTABELECIMENTO DE LIMITES AO MERCADO

A crítica à noção de desenvolvimento e, em especial, a de desenvolvimento sustentável deve considerar que o meio ambiente também é composto pelas oportunidades que ele proporciona às pessoas¹. Para o economista indiano Amartya Sen, é preciso considerar o papel de busca ativa, ínsito à ideia de meio ambiente. Muito mais que uma mera preservação passiva, está ao alcance do poder humano, melhorar o ambiente em que se vive². A percepção do desenvolvimento, que considera um aumento da liberdade efetiva dos seres humanos, determina uma situação de empoderamento em que

1 Esta concepção foi celebrada no Relatório Brundtland (1987). O “desenvolvimento sustentável” é definido como aquele que “satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer as capacidades das futuras gerações para satisfazer suas próprias necessidades.” (apud SEN, 2011, p. 283).

2 Nosso poder de intervir com eficácia e raciocínio pode ser substancialmente reforçado

o poder é utilizado não só para dizimar; também pode preservar e enriquecer o meio-ambiente. Percebe-se esta situação na purificação da água e na eliminação de determinadas epidemias.

Para Sen, a ideia de sustentabilidade do Relatório Brundtland, bem como o enfoque de Solow³, não se baseia em uma percepção abrangente da humanidade, eis que a vida humana não é importante apenas para a satisfação das necessidades, mas também pela liberdade que se desfruta. A liberdade sustentável deverá incluir a preservação das “capacidades substantivas” das pessoas, sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de ter uma liberdade igual ou superior.

Dito isso, chega-se a um ponto em que se pode afirmar que o que se entende por sociedade de crescimento é uma sociedade dominada pela *economia de crescimento* e que tende a deixar-se absorver por ela. O crescimento pelo crescimento se converte assim no objetivo primordial da vida. Ocorre que a noção de desenvolvimento associada à economia predatória é insustentável. É o que afirma Serge Latouche, para quem a ideia de desenvolvimento sustentável é um conceito “armadilha”, que promove de modo admirável a ilusão ideológica de um consenso entre partes antagônicas, “anestesiando” o sentido crítico por meio de um obscurecimento do juízo. Quando se une o conceito de desenvolvimento ao de sustentabilidade ocorre um aumento na desordem das ideias. O desenvolvimento sustentável tira toda e qualquer perspectiva de saída na medida em que promete

pelo próprio processo de desenvolvimento. Por exemplo, o incremento da educação e do emprego das mulheres pode auxiliar a reduzir as taxas de fertilidade, o que, a longo prazo, pode reduzir a pressão sobre o aquecimento global e sobre a crescente destruição dos entornos naturais. (SEN, 2011, p. 285).

- 3 Na obra *An almost practical step toward sustainability*, do economista Robert Solow, a sustentabilidade é percebida como a exigência de deixar para a geração seguinte “tudo o que é necessário para alcançar um *standard* de vida pelo menos tão bom quanto o nosso e para cuidar da geração subsequente da mesma maneira”. Na medida em que a concepção de Solow menciona a sustentabilidade dos *standards* de vida, a motivação para a preservação do meio ambiente passa a abranger a satisfação das necessidades. Também se abre espaço para uma admirável ampliação na cobertura geracional: as gerações futuras passam a receber atenção nas atitudes ou encargos que cada uma deverá tomar em relação à sua sucessora. (SEN, 2011, p. 284).

desenvolvimento para toda a eternidade⁴.

Por seu turno, a situação da água no mundo é atualmente descrita através do recurso à ideia do que se convencionou chamar de “crise hidrológica”, envolvendo a discussão sobre a sua qualidade, bem como a sua gestão de fornecimento aos seres vivos. A constatação da situação de contaminação da água doce no mundo, motivada por causas químicas e/ou biológicas⁵, acaba por levar ao questionamento do modo/modelo de vida. Sem sombra de dúvidas, se pode afirmar com segurança, que as relações da humanidade com esse elemento tão vital, tem levado à diminuição da qualidade da vida, bem como à iminência da extinção rápida e brutal dos seres vivos⁶.

2.1. DA ÁGUA MODERNA À CRISE HIDROLÓGICA

A análise da situação da água em vários países do mundo, fez com que Jamie Linton (2010) cunhasse a expressão “água moderna” para designar a existência de uma narrativa comum, isto é, uma abstração material em torno do consenso de que a água é um bem público fundamental. Essa compreensão acaba por modificar a maneira como nas últimas décadas se alteraram as obrigações estatais em relação aos recursos naturais essenciais, em especial, a água, a energia e a alimentação. Uma segunda narrativa emerge das vozes divergentes que questionam a própria cultura do uso desses recursos e, os conceitos de eficiência, acesso e responsabilidade⁷. A crise hidrológica irá acentuar as divergências

4 Sobre o tema do “decrecimento induzido” ver LATOUCHE, 2006 e 2009.

5 A contaminação química é causado pelo uso de produtos químicos na indústria, por uma agricultura que utiliza as águas de modo indiscriminado, o que acaba por contaminar os rios, lençóis freáticos, aquíferos etc. Já, a contaminação biológica é causada, principalmente pela falta de saneamento básico, pelo uso indiscriminado dos recursos hídricos, pela pecuária, etc.

6 Até o século XX foram quase 10 mil anos de uma sucessiva história trágica de doenças e epidemias causadas pelas águas e atingindo as populações assentadas perto de rios e lagos, consequência do estilo de vida sedentário. Com a Revolução Industrial e o crescimento dos grandes centros urbanos, o problema agravou-se ainda mais.

7 Ricardo Buitrón recorda a posição de referência ocupada pela América Latina ao alcançar importantes conquistas na defesa da água como direito humano fundamental

entre essas concepções, operando politicamente num cenário em que as decisões coletivas devem ser tomadas pelo maior número de pessoas, isto é, democraticamente. Jonas VAN VOSSOLE e Irina CASTRO consideram que,

Em ambas as narrativas, a do consenso e a do dissenso, providenciam-se formas de compreender como historicamente a ideologia atua como força constitutiva de um imaginário partilhado sobre a água, e reflete as próprias contradições desses discursos. A análise dialética providencia, com base na importância que as ideias e a história tem na produção dos bens, o quadro necessário para compreendermos como os discursos democráticos e a água se constituem mutuamente mesmo quando aparentemente são percebidos como separados (2015, p. 478).

Na primeira narrativa da “água moderna” predominam as políticas orientadas pelo paradigma mercado-ambientalista, baseadas na “produção material e discursiva da escassez da água”, promotoras da sua mercantilização e privatização. O estado pós-natural da água passa a funcionar como um recurso capaz de transformar esse bem essencial à vida, num bem de mercado, o que ocorre através da utilização de uma linguagem de mercado que o reduz a termos de preços e tarifas. Tudo isso é justificado pela necessidade de constituição de uma ética de provisão, capaz de garantir racionalmente o acesso universal da água. Por outro lado, o tecnicismo desse discurso acaba por fundamentar a desigualdade na distribuição da água, o que comprova que o debate não gira tanto sobre a racionalidade técnica, sendo antes sobre as relações

e patrimônio público. “Estos cambios se han dado como resultado de un largo proceso de movilización de sindicatos, organizaciones sociales, indígenas, de derechos humanos u organizaciones comunitarias que manejan sistemas de agua; ecologistas y pobladores urbanos que han empujado estos procesos de transformación durante años de lucha por la democratización del acceso al agua, tanto de agua potable como del agua para riego, en contra de la privatización de las empresas públicas y por la mejora en los servicios públicos. Estas luchas han provocado cambios políticos en países de la región logrando modificar los marcos jurídicos nacionales mediante reformas constitucionales, de leyes o de la institucionalidad pública, provocando inclusive la reversión de procesos privatizadores.” (2010, p. 124-5). Menciona-se aqui a “Guerra del Agua” (abril de 2000 na cidade de Cochabamba na Bolívia, contra a multinacional Bechtel) e a tramitação da anistia para os defensores da natureza, em especial os defensores da água pública, em 2008 na Assembléia Nacional Constituinte equatoriana (MARTÍNEZ, 2010, p. 336).

de poder (LINTON, 2010, p. 47, 69).

Em outros termos, a tão propalada racionalidade técnica, difundida pelo discurso neoliberal sobre a água, acaba por restringir-se, frente à tensão produzida pela legitimação e acumulação de “sócio-ecologias” capitalistas. Existe um abismo entre a defesa da água como bem social essencial à sociedade e a da água como bem econômico ou como meio de acumulação de capital por uma elite.

A noção construída de escassez lhe permite gerar uma ideia de crise, impondo sobre a inevitabilidade e na ausência de alternativas, um paradigma de gestão que cavalga sobre o globo estabelecendo uma nova governação, racional, técnica, especializada deste elemento essencial. Mas a nova racionalidade não se livra de uma esquizofrenia intrínseca (CASTRO; VAN VOSSOLE, 2015, p. 479).

Para Pedro Arrojo Agudo⁸, a crise hidrológica pode ser descrita através de três grandes referências: a) crise da qualidade da água, causada pelo despejo de resíduos urbanos e industriais, o que tem conduzido a situações sanitárias cada vez mais alarmantes; b) falta de racionalidade econômica na gestão das águas, o que pode ser percebido pela ausência de avaliação econômica dos impactos ambientais das grandes obras hidráulicas⁹ e pela necessidade de

8 Professor do Departamento de Análise Econômica em Zaragoza (Espanha). Desenvolveu, junto com movimentos sociais, o conceito de “nueva cultura del agua”, criando uma fundação (Fundación Nueva Cultura del Agua - FNCA) para promover iniciativas de educação, cooperação para o desenvolvimento, proteção do meio ambiente relacionado com a água. Ganhador do prêmio Goldman em 2003. Cf.: <www.fnca.eu>.

9 No que tange às grandes obras envolvendo o setor, lembra Arrojo que a **Comissão Mundial de Barragens** (Cf. <<http://www.internationalrivers.org/en/way-forward/word-comission-dams>>, acesso em: 10/10/2015) propôs recomendações para futuras ações, dentre elas: “1. El reconocimiento de los derechos afectados y la evaluación de los riesgos deben constituir la base desde la cual se identifiquen los sectores sociales afectados que deben ser integrados en el proceso de toma de decisiones. 2. Debe garantizarse la transparencia y el acceso público a la información, así como las garantías legales y la atención hacia los grupos afectados más vulnerables. 3. Las decisiones esenciales deben ser adoptadas con el consenso de las diversas partes interesadas o afectadas, tras un proceso claro de negociaciones públicas. 4. Es preciso identificar las diversas alternativas posibles y clarificar los valores económicos y riesgos ambientales en juego, con el fin de definir prioridades entre ellas. 5. Las opciones basadas en estrategias de gestión de la demanda, ahorro y eficiencia deben priorizarse

compensar os graves impactos sociais e territoriais, o que contribui para que a análise de custo/benefício acabe sendo negativa na maioria desses grandes projetos; e, c) opacidade administrativa e burocratismo, evidenciada nas linguagens dos projetos públicos, técnicas e herméticas. A situação é atenuada pela obrigatoriedade das audiências públicas, requisitos prévios para o andamento das grandes obras (ARROJO, 2006, p. 49-57).

Novos enfoques de gestão participativa podem substituir os tradicionais modelos de gestão tecnocrática possibilitando, no dizer de Arrojo, a gestão sustentável e não mais eficiente dos recursos disponíveis (2006, p. 59-60).

Especificamente, no que concerne ao fornecimento de água potável, deve ser considerada a influência da política de globalização impulsionada pelo Banco Mundial (BIRD) e pela Organização Mundial do Comércio (OMC), presidida por um modelo de desregulação e livre mercado. Neste contexto, tem sido promovida a privatização dos serviços urbanos de fornecimento de água nos países mais pobres, através da exigência de desregulação e liberação desses serviços como condição necessária para acessar aos créditos públicos do Banco Mundial (ARROJO, 2006, p. 75).

Tais processos de liberalização, na medida em que os serviços de água e saneamento envolvem a exploração através de um monopólio natural, não geram concorrência no mercado, mas concorrência pelo contrato de concessão (o que se conhece tecnicamente como concorrência “pelo” mercado). Também, a gestão tende a deslocar-se da gestão pública à gestão por empresas transnacionais, o que longe de incrementar níveis de eficiência provocados pela livre concorrência, acaba por reduzi-los, na medida em que a empresa transnacional “blinda” o espaço conquistado (ARROJO, 2006, p. 84).

Ao tangenciar a temática dos “limites do mercado” de modo a explicitar porque um esquema assim não pode funcionar

sobre las que impliquen la construcción de grandes infraestructuras. 6. Si finalmente se decide la construcción de grandes obras, su diseño, desarrollo y gestión deben observar con rigor principios ambientales y socio-económicos [...]” (apud ARROJO, 2006, p. 65-66).

na prestação de serviços básicos, o pesquisador não condena a privatização *a priori*: apenas detalha as razões pelas quais, em alguns setores, o mercado pode ser operativo e gerar grandes benefícios, enquanto em outros, pode prejudicar gravemente os direitos das maiorias, considerando que nem tudo pode ser objeto de um negócio. O mercado, ao buscar clientes, acaba por discriminar em favor daqueles que tem capacidade de compra, só desenvolvendo suas melhores possibilidades de preço e qualidade no contexto da “livre concorrência”. Essa situação faz com que as exigências que envolvem o tema da água acabem por impedir que os serviços públicos funcionem bem quando privatizados. O economista acrescenta que,

O que hoje é qualificado como a *crise da gestão da água* no mundo é na realidade a convergência de *três grandes falhas* ou crises: a insustentabilidade dos ecossistemas aquáticos; a iniquidade com pobreza, e a crise de governabilidade democrática dos serviços básicos [...] ¹⁰.

Também em quase todo o mundo acabou por se impor o que Arrojo denomina de “estruturalismo hidráulico”, isto é, a construção de grandes obras de engenharia para represar e canalizar os rios; tudo isso baseado num paradigma de dominação da natureza ¹¹. Ao mesmo tempo em que a situação produz benefícios, também causa impactos. Desse modo, são geradas as bases da crise hidrológica, envolvendo a quebra generalizada dos ecossistemas

10 “Lo que hoy se califica como la *crisis de la gestión del agua* en el mundo es en realidad la convergencia de *tres grandes fallas* o crisis: la insustentabilidad de los ecosistemas acuáticos; la inequidad con pobreza, y la crisis de gobernabilidad democrática de los servicios básicos [...]” (tradução livre dos autores CASTILLO, 2009).

11 Trata-se de um paradigma realmente muito antigo, diz o autor. A ideia central gira em torno do domínio dos rios para colocá-los à serviço do desenvolvimento econômico e social, gerando os meios técnicos para dominar grandes massas de águas. As bases desse paradigma foram assentadas no século XVIII pela Ilustração francesa e seus grandes canais, nos finais do século XIX e início do século XX, com as grandes represas, e em meados do século XX com o concreto armado e a possibilidade de dominar os rios de grande envergadura. O que se considera como sendo a grande política da água envolve a construção por grandes empresas, de gigantescas transposições de modo a dominar os rios. (Cf. CASTILLO, 2009).

aquáticos e tudo que tal quebra acarreta, seja as extrações abusivas de água ou mesmo a contaminação sistemática e massiva, com despejos de todo tipo (urbanos, tóxicos, de indústrias, de mineração a céu aberto). É possível constatar facilmente que a crise da água é uma crise de qualidade e não de quantidade. “A água não irá acabar”, diz Arrojo, “o problema é que antes a água podia ser bebida com certa tranquilidade e hoje, não”¹².

A tentação de transformar a água num negócio surge num contexto em que se argumenta a sua escassez ao lado de sua imprescindibilidade para a vida. As políticas do Banco Mundial, uma instituição pública, e as pressões dos grandes grupos internacionais para a gestão das águas vão um pouco nesta linha, afirmando que:

Até agora consideramos a água pública, mas essa gestão pública é ineficiente, é corrupta; façamos intervir os mercados, transformemos o serviço público em um mercado e essa liberdade de mercado nos levará a um uso eficiente e competitivo de recursos cada vez mais escassos¹³.

A argumentação incide em um grave equívoco: na sequência, irá levar à afirmação da existência de uma crise de governança e à transformação dos cidadãos em clientes¹⁴.

Vale ressaltar que, de acordo com Arrojo, o mercado não

12 E o economista da nova cultura da água continua: “Primero han muerto ranas y peces; luego se han enfermado y muerto las comunidades más pobres y, dentro de ellas, los niños, que son los más susceptibles de enfermar y morir. Tenemos 5.000 muertes diarias; 1.100 millones de personas sin acceso al agua potable. Y no es por falta de agua, sino por falta de agua potable.” (CASTILLO, 2009).

13 “Hasta ahora hemos considerado al agua pública, pero esa gestión pública es ineficiente, es corrupta; hagamos intervenir a los mercados, transformemos el servicio público en un mercado y esa libertad de mercado nos llevará a un uso eficiente y competitivo de recursos cada vez más escasos.” (tradução livre dos autores -ARROJO, 2012, p.110).

14 Sem lugar a dúvidas, essa tendência implica uma “miopia dos governos”. O negócio não é míope, considerando que o mercado sempre funciona a curto prazo e o que ocorre no futuro é percebido como problema do outro. Os mercados são uma “má ferramenta” para governar os princípios dos recursos sustentáveis eis que não se responsabilizam com o que poderá ocorrer às gerações seguintes. “El problema es que cuando privatizan el servicio de agua y saneamiento o la enseñanza pública, es decir, servicios vinculados a derechos humanos o derechos ciudadanos que deben ser de acceso universal, el mercado es una mala herramienta, porque no ofrece servicios de acceso universal sino servicios a quien paga, a sus clientes.” (CASTILLO, 2009).

é “mau”, é apenas inapropriado. Constata-se que, na maior parte das vezes, não existe a opção de não beber a água que chega pela rede urbana, sendo necessário colocar um hidrômetro e pagar a água consumida. Como neste caso não existe competição, quem assumir o negócio irá sempre fazer um bom negócio. É urgente que se forneça esse serviço, organizando-o de modo tal que aquele que não possa pagar o receba de modo igual ao que tem mais dinheiro¹⁵.

O problema reside na forma através da qual são organizadas a função pública, a democracia e o controle dos serviços públicos por parte da cidadania. O debate não é de se é público ou privado e, sim público-corrupto, público-democrático ou público-participativo¹⁶. Considera assim as coisas – a necessidade de repensar desenvolvimento, o atual panorama de crise ambiental, em específico de crise da gestão da água, fica evidente que imposição de limites ao mercado e mesmo ao arbítrio das decisões políticas nessa temática poderá beneficiar a natureza e as pessoas –, passar-se-á às contribuições da teoria jurídica, visando garantir a esse bem uma posição de direito humano e bem fundamental nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

3. A ÁGUA COMO DIREITO HUMANO E BEM FUNDAMENTAL

No plano da filosofia jurídica, os direitos fundamentais são em primeiro lugar pretensões morais justificadas, apoiadas sobretudo pela teoria moral e sustentadas por valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar,

15 E Arrojo pergunta: “Si el municipio dice que no es rentable, ¿por qué sí es rentable para la iniciativa privada? ¿Qué pasa? ¿Ellos son listos y usted es tonto? En los países donde hay mejores servicios públicos de agua, como Holanda, Suecia, Suiza, son todas empresas municipales y públicas. ¿O será que los holandeses son más listos que los mexicanos?” (CASTILLO, 2009).

16 “Cuando escucho al Banco Mundial decir que el abasto mínimo de agua es un reto financiero enormemente difícil, digo ‘No tenemos vergüenza’. Estamos hablando de garantizar 30 litros de agua potable por persona al día, como dice Naciones Unidas. Esto es sólo uno por ciento del agua potable que estamos usando como sociedad. Ningún río se seca porque le quitamos uno por ciento del agua. Es un problema de voluntad política, no debemos confundirnos.” (CASTILLO, 2009).

para que uma pretensão moral justificada se constitua em direito fundamental é necessário que ela seja positivada como norma constitucional definidora de direitos, acompanhados por suas respectivas garantias. Finalmente, e aí entra a questão da inclusão social, esse direito fundamental positivado deve estar em consonância com a realidade social, com uma mentalidade social solidária e partidária dos direitos, o que é alcançado através da vontade política, isto é, de políticas públicas voltadas para os direitos fundamentais, efetivando uma educação voltada para os valores da cidadania e um ideário social favorável aos direitos¹⁷.

Conscientes da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais que parte da proclamação dos primeiros na esfera internacional e da presença dos segundos nos ordenamentos internos com vínculos constitucionais¹⁸ salienta-se, junto com BESTER e VENTURI, que o significado de ambos, aproxima-se a um mesmo “complexo hermenêutico e axiológico a ser realizado em uma sociedade democrática” (2015, p. 470). Como na maior parte das vezes, os direitos humanos integram também as Constituições dos Estados, poderiam, nesse caso serem denominados de direitos humanos fundamentais, abandonando-se a distinção terminológica. Assim, considerando que este ensaio tem a pretensão de trabalhar na confluência dos ordenamentos internos e internacionais com vistas à proteção da água, utilizar-se-á a designação de direito humano fundamental.

Tendo em vista o papel estratégico que a água passou a representar para a vida das pessoas e da natureza neste início do século XXI, cabe lembrar de Norberto Bobbio quando afirma que os direitos não nascem todos de uma vez¹⁹.

Por outro lado, uma das características dos direitos fundamentais é a sua complementariedade. Daí se afirma que os direitos sociais, econômicos e culturais são essenciais para a realização igual e universal dos direitos civis e políticos. A exclusão social atenta

17 Sobre o tema ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 109-112.

18 Por todos ver SARLET, 2003.

19 “Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do

contra a universalidade dos direitos fundamentais, não podendo se falar em efetividade das normas de direitos fundamentais na sociedade. Os direitos fundamentais estão conectados a valores, interesses e necessidades que façam minimamente o ser humano sentir-se objeto e titular de dignidade humana.

3.1 A ÁGUA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O professor australiano Takele BULTO recorda que o direito humano à água destaca-se por sua “ausência normativa”, sendo sua emergência controvertida e vagarosa. Em 1966, esteve ausente nos direitos humanos do “Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, aguardando até julho de 2010 para ser colocado em votação na Assembleia Geral das Nações Unidas²⁰. Esse cenário fez surgir entre os países uma situação jurídica incontrolável²¹. “Por um lado, era um direito muito crítico para a sobrevivência para ser simplesmente ignorado. Por outro lado, as questões relativas à água tão políticas quanto jurídicas, dificultam que muitos países cheguem a um acordo.” (2015, p. 25).

A carência de reconhecimento jurídico pelos instrumentos internacionais, fez com que surgisse “uma hierarquia dentro de uma hierarquia”, na qual o direito humano à água localizou-se no “degrau” mais baixo da dimensão dos direitos sociais e

homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo intervenha de modo protetor.”(BOBBIO, 1992, p. 6).

20 O Comentário Geral n. 15/2002, isto é uma interpretação de especialistas que não cria obrigação jurídica, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) “prevê a todos o direito à água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos” (CESCR, 2002, § 2o apud BULTO, 2015, p. 27).

21 BULTO refere a uma situação tipo *catch-22*, isto é “[...] é uma situação paradoxal da qual não se pode escapar devido a regras contraditórias às quais se está sujeito, mas sobre as quais não se tem controle.” (2015, p. 25).

econômicos²².

Contrários ao reconhecimento jurídico do direito à água, são levantados dois tipos de argumentos. O primeiro considera que tal direito não existe, eis que não é claramente expresso na lei internacional dos direitos humanos²³. Apesar disso, como uma reação ao fato de que nos anos 90 do século passado o mundo vivenciou a privatização da água, uma série de documentos jurídicos de ordem internacional – em 1987, o Relatório Brundtland “Nosso Futuro Comum”; em 1992, a Conferência Internacional sobre a água e o meio ambiente de Dublin; em 1991, o Relatório Cuidando da Terra; em 1992, a Agenda 21 da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e o Meio Ambiente (Rio de Janeiro) – estabelecem marcos sobre o modo como se deve compreender o direito humano à água²⁴.

A segunda argumentação tem como base a constatação de que o direito à água pode ser derivado de direitos tais como à saúde e à vida, muito embora sua abrangência e escopo permaneçam limitados. Nesse caso, ele só poderá ser reivindicado quando os direitos que o compõem forem ameaçados em razão de problemas de quantidade ou mesmo de qualidade. Faltando-lhe um *status* independente, o direito à água não poderá ser materializado *per se*. Sua ambiguidade reflete as características dos direitos sociais e econômicos, cabendo aos Estados fazer a tradução desse direito

22 No caso do ordenamento jurídico brasileiro, uma análise descritiva do objeto irá verificar que ele é tratado como um bem difuso de titularidade transindividual (Celso Fiorillo), ou ainda um bem de uso comum (Constituição de 1988), incluído na nova projeção do direito à vida, representada pela proteção ao ambiente (J.A. da Silva). Sobre o tema veja-se dentre outras obras GRAF, 2000, p. 51-145; BARROSO, 2002, p. 307-313; GRANZIERA, 2001 e ARAÚJO, 2002.

23 O Comentário Geral n. 15/2002 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), estabelece uma interpretação – sem que se crie obrigação jurídica – de que o direito humano à água é um direito autônomo em si mesmo. O Comentário “[...] prevê a todos o direito à água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos”. (CESCR, 2002, § 2o apud BULTO, 2015, p. 27).

24 Sobre o tema, ver: WOLKMER; MELO, 2013. p. 11-24

para a realidade.

Desse modo, o direito humano à água passa a ser percebido a partir da discussão das necessidades humanas básicas tais como a alimentação, o saneamento básico, e o direito à água potável²⁵. Ora, o direito à água potável, assim como ao saneamento básico é, além de necessidade básica, direito fundamental, derivado dos direitos sociais fundamentais tais como o direito à saúde²⁶.

Acrescente-se que afirmar o direito humano fundamental à água não pode ser feito sem que se considere um problema importante acrescentado pela teoria de Ferrajoli: dada a fundamentalidade desse bem e sua “escassez”, a água não deve assumir a classificação de bem patrimonial, pelo menos não a água potável e pelo menos não por parte dos poderes públicos, encarregados de seu fornecimento. Se uma indústria o requer, poderá a mesma reciclar a água para utilizá-la como insumo, desde que a potabilização seja realizada pela própria indústria que utilizará esse bem tão essencial e escasso. E, justamente em razão de sua escassez, deverá ser reconhecido seu caráter público e fundamental na medida necessária que satisfaça aos direitos sociais e à subsistência. E este reconhecimento interessa a todos e não só às populações pobres. O constitucionalismo dos bens sociais, não diferentemente daquele dos bens comuns, é um constitucionalismo a longo prazo: como mostra a experiência dos países ricos, a inversão em gastos sociais – a instrução, a saúde, a subsistência – é a primeira inversão produtiva, dado que consegue, com a garantia dos mínimos vitais, a primeira condição de produtividade tanto individual como coletiva e, portanto, de

25 “A interdependência entre os direitos humanos fundamentais faz com que devam ser feitos os [...] enlances necessários entre o direito à água – direito fundamental difuso de terceira geração, parte integrante do direito ambiental como direito que todo ser humano tem a viver em meio ambiente saudável – com direitos de primeira e segunda gerações. Esta é a visão integral dos direitos humanos: um direito humano complementa o outro. [...] Sem uma boa proteção do direito à saúde não podemos falar de direito à vida e a uma existência humana digna.” (GARCIA, 2013, p. 52-3)

26 “Sem boas condições de potabilidade da água e de saneabilidade das estruturas de esgoto e não contaminação do meio ambiente certamente que não há as condições mínimas para se falar de direito à saúde.” (GARCIA, 2013, p. 53)

desenvolvimento econômico²⁷. Em suma, se é verdade que os direitos sociais custam²⁸, o custo da falta da sua satisfação é muito maior, condenando bilhões de seres humanos à indignância e sendo fonte inevitável de migrações de massa e de conflito²⁹.

3.2 A ÁGUA COMO UM BEM FUNDAMENTAL

Compreender a água como um bem fundamental exige antes de tudo uma análise do marco teórico do Estado de Direito, estrutura jurídico-política dedicada à tarefa de proteger e garantir valores, bens e interesses que a sociedade considera relevantes. A tarefa de positivação desses valores iniciou com a proclamação dos direitos fundamentais, presentes nas Constituições dos Estados democráticos como reservas intocáveis para os poderes tanto públicos como privados³⁰. Estabelecidos os direitos fundamentais³¹,

27 “El 31 de octubre de 2004, Uruguay, a través de un referéndum, aprobó un cambio en su Constitución para establecer que el agua es un derecho humano fundamental e irrenunciable, que debe ser manejada de manera sustentable y con participación social y que, además, los servicios de agua solo pueden ser prestados por entidades públicas estatales. El 22 de marzo de 2005, el gobierno argentino, que había entregado en 1993 la concesión de los servicios de agua de la ciudad de Buenos Aires a la multinacional Suez, canceló la concesión y procedió a la re-municipalización.” A Constituição do Equador de 2008 é uma das poucas Constituições do mundo que “[...] establece que el agua es un derecho humano fundamental e irrenunciable; incluye una definición novedosa y visionaria al declararla como un *patrimonio* nacional estratégico de uso público; prohíbe explícitamente su privatización; establece que su gestión es potestad de entidades públicas y comunitarias; que los servicios públicos de agua potable, saneamiento y riego únicamente pueden ser prestados por entidades públicas o comunitarias, entre otros aspectos” (GARCIA, 2010, p. 176 e 173).

28 HOLMES; SUNSTEIN, 1999.

29 Sobre a relação entre direitos sociais e economia, cf. FERRAJOLI, 2007b. v. II, p. 67-71.

30 Esfera do indecível, para Ferrajoli. Sobre o tema ver: FERRAJOLI, 1995 e CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2014. v. 1 p. 315-334.

31 São direitos fundamentais todos os que correspondem universalmente a todos os seres humanos em sua condição de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato. Por sua vez, define “direito subjetivo” como qualquer expectativa positiva (a prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica, e o *status* como a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposição de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas

o passo seguinte será deduzir a categoria dos bens fundamentais, considerando-se serem eles merecedores de tutela equivalente à dos direitos.

Existe uma estreita correlação entre “direitos” e “bens”, tanto “fundamentais” como “patrimoniais”³². Tendo como objetivo implementar padrões que possam estruturar políticas públicas de fornecimento de água, Ferrajoli aproveita-se da distinção entre esses bens. Os patrimoniais, são os bens disponíveis no mercado através de atos de disposição e de troca, objeto dos direitos patrimoniais, reservando aos seus titulares o direito de uso e de gozo. Já os “fundamentais” são aqueles bens cuja acessibilidade é garantida individual e universalmente, eis que objeto de outros tantos direitos fundamentais que, igualmente, se subtraem à lógica do mercado, como o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade, incluindo-se ainda os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados “essenciais” e similares³³ (FERRAJOLI, 2011, p. 56).

Com base na diversidade de sua estrutura, surgem **três grandes classes de bens fundamentais:**

e/ou autor dos atos que são exercício das mesmas. Finalmente, a universalidade é relativa à classe dos sujeitos a quem é normativamente reconhecida sua titularidade. (FERRAJOLI, 2001, p.19-20).

32 Deve-se levar em conta que as características principais dos direitos fundamentais residem no fato de que os mesmos são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (indisponíveis ao Estado, ao mercado e ao seu próprio titular). Estas características sublinham uma diferença radical entre os direitos fundamentais e os direitos-poderes, especialmente o direito à propriedade: os direitos fundamentais são universais, inclusivos, personalíssimos, indisponíveis, enquanto os direitos patrimoniais são singulares, exclusivos, disponíveis, negociáveis; todavia, existe diferença entre o direito “de” propriedade e o direito “à” propriedade, sendo este último direito fundamental, como condição de igualdade e dignidade. Com isso, ele denuncia as confusões derivadas da não diferenciação das duas categorias: os liberais elevam a propriedade ao mesmo nível da liberdade e os socialistas desvalorizam a liberdade ao mesmo nível da propriedade (FERRAJOLI, 2011, p. 56).

33 Pode-se definir então, as duas classes de bens: “bens patrimoniais como qualquer bem que seja objeto de um direito patrimonial, e bens fundamentais como qualquer bem que seja objeto de um direito fundamental primário.” (FERRAJOLI, 2007a, p. 776-782 e FERRAJOLI, 2007b, p. 263-266, 585 e 596-603).

QUADRO SOBRE AS CLASSES DE BENS FUNDAMENTAIS

a) bens personalíssimos	Objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou “liberdade ante”, sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros, como os órgãos do corpo humano cuja integridade conforma um todo com a salvaguarda da pessoa e de sua dignidade.
b) bens comuns	Objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além da imunidade de devastação e saque, também na faculdade ou “liberdade de”, isto é, no direito de todos de aceder a seu uso e gozo, como o ar, o clima e os outros bens ecológicos do planeta e de cuja tutela depende o futuro da humanidade ³⁴
c) bens sociais	Objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde, garantidos pela obrigação de sua prestação como: a água, os alimentos básicos e os chamados “medicamentos essenciais”.

Fonte: Quadro elaborado a partir das informações contidas na obra: FERRAJOLI, 2007a, p.777-778.

A partir dessa perspectiva, o jurista italiano reivindica que, as inúmeras cartas e convenções, internacionais e constitucionais dos direitos fundamentais, devam ser acrescentadas “Cartas constitucionais” e “Cartas internacionais dos bens fundamentais”, idôneas por um lado, como garantia dos bens personalíssimos e dos bens comuns, a fim de impor limites rigorosos ao mercado e ao desenvolvimento industrial, e por outro lado, como garantia dos bens sociais, vinculando-os à política para torná-los acessíveis a todos³⁵.

Ferrajoli postula que proteger um bem como fundamental significa torná-lo indisponível, isto é, inalienável e inviolável, e

34 A noção de bens comuns remonta ao direito romano: “*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*” (Inst., 2, 1 pr.; D 1,8,2,1 apud FERRAJOLI, 2007a, p. 264 e ASTUTI, 1958, p.374).

35 Ferrajoli recorda que a Carta Mundial da Natureza (*World Charter for Nature*) foi

consequentemente, subtrai-lo do mercado e do arbítrio das decisões políticas, ou seja da maioria³⁶. Se as cartas de direitos fundamentais evocam a ideia do “contrato social” de convivência pacífica entre os homens, uma “Carta Internacional dos Bens Fundamentais”³⁷ poderá significar uma espécie de “contrato natural” de convivência com a natureza³⁸ (FERRAJOLI, 2011, p. 60).

aprovada em 28/10/1982 pela Assembleia Geral da ONU. Deve-se recordar também, entre as principais Declarações e Convenções internacionais para a tutela do ambiente, a Declaração de 16/06/1982, aprovada como conclusão da Conferência de Estocolmo sobre o ambiente; a Declaração sobre o Ambiente e o Desenvolvimento ou Carta da Terra (*Earth Charter*) aprovada pela Conferência da ONU realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, junto a duas Convenções-quadro vinculantes: a Convenção sobre a mudança climática (*Framework Convention on Climate Change*) e aquela sobre a diversidade biológica (*Convention on Biological Diversity*); o protocolo de Kyoto de dezembro de 1997 que começou a vigorar em 15/02/2005, que impõe, contra a poluição atmosférica e a destruição do ozônio, reduções apenas de 5,2% das emissões poluentes em 2008, a cuja ratificação no entanto negaram-se muitos países poluentes entre eles dos Estados Unidos. Recorde-se ainda os artigos 2 e 174-176 do Tratado de Amsterdam, que atribuem à Comunidade Europeia “a tarefa de promover [...] um elevado nível de proteção e a melhoria da qualidade deste último” e preveem para tal finalidade medidas adotadas mediante procedimentos de co-decisão. Frente ao desafio que representa o atual desenvolvimento insustentável, claro está que todas estas normas são inadequadas, visto faltar de fato, instituições de garantia primárias e secundárias dos bens comuns, em grau de impor limites rigorosos às atividades industriais nocivas à saúde e ao ambiente e para assegurar-lhes efetividade com formas adequadas de responsabilidade penal, civil e administrativa. Mas faltam também adequadas garantias dos bens sociais – da água à alimentação básica e aos medicamentos essenciais – as quais requereriam sobretudo a introdução de instituições de garantia primária, para efeitos de distribuir a todos tais bens (FERRAJOLI, 2007a, p. 582-587).

36 Na mesma linha de pensamento, Pedro Arrojo afirma que “[...] sin duda, uno de los retos a abordar a nivel global es el de la gestión compartida, desde adecuadas instituciones transnacionales, de aquellos patrimonios naturales, valores e impactos que desborden los límites fronterizos. Sin embargo, para que tales instituciones puedan existir, es necesario suscitar un orden internacional multilateral y democrático, del que todavía estamos lejos. Solo desde unas Naciones Unidas democratizadas, que susciten confianza y globalicen garantías para los más débiles, se puede aspirar a promover tales instituciones” (ARROJO, 2006, p. 21).

37 FERRAJOLI sugere que a Carta inicie parafraseando o preâmbulo da Carta da ONU, com as palavras: “Nós, povos das Nações Unidas, decididos a salvar as futuras gerações do flagelo do desenvolvimento insustentável, que no curso desta geração tem provocado indizíveis devastações ao nosso ambiente natural; decididos ademais para assegurar a todos a garantia dos mínimos vitais e para impedir violações dos corpos das pessoas, possibilitados ambos pelo progresso tecnológico, acordamos [...]” as seguintes medidas urgentes para garantir os seguintes bens fundamentais da humanidade (2011, p. 61).

38 É o título do ensaio de SERRES, 1990.

Advirta-se que as garantias dos bens comuns e dos bens sociais requerem instituições públicas voltadas à sua prestação. Tais garantias exigem o desenvolvimento de complexos aparatos administrativos com a função precípua de tutela dos bens comuns e de distribuição *ope leges* dos bens sociais.

O pensador florentino lembra que além da fome e das enfermidades curáveis (mas não curadas), a sede é uma das mais terríveis emergências globais que vem provocando dezenas de milhões de mortes a cada ano e que torna necessária e urgente a qualificação da água como bem fundamental³⁹. A garantia do acesso universal à água potável é possível somente através de sua subtração à lógica do mercado⁴⁰ e da atribuição de sua distribuição e se necessário, da sua produção, à esfera pública. Diferentemente dos bens personalíssimos e dos bens comuns, esse bem pode muito bem ser patrimonial, desde que numa quantidade que exceda ao mínimo vital (FERRAJOLI, 2012, p. 61).

4. O PONTO DE VISTA PRESCRITIVO SOBRE À ÁGUA

No que respeita à água e à garantia de seu fornecimento, lembra Ferrajoli que a primeira emergência dramática é aquela do acesso à *água*, objeto daquele corolário do direito à vida que é precisamente o direito à subsistência. A água potável não é mais, de fato, um bem natural, nem muito menos um bem comum naturalmente acessível a todos. Ela, de fato, tornou-se um bem escasso pelos seguintes motivos: pelas agressões ao patrimônio florestal; pela poluição das nascentes, dos rios e dos aquíferos,

39 “Os seres humanos podem sobreviver por mais de um mês sem alimentos, mas somente em torno de uma semana sem água, já que seus corpos têm entre 60% e 80% de água em peso, dependendo do indivíduo.” (McCaffrey, 2001, p. 3 apud BULTO, 2015, p. 26).

40 Em tudo o que diz respeito ao domínio das águas, note-se que no Brasil, ainda que se considere pública sua titularidade (e não difusa), trata-se de um bem de uso comum do povo, que é *inalienável*. A outorga da água, portanto, é relativa a seu direito de uso somente. A lei 9433/97 estabelece que “A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.” Os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer corpo de água tiveram que se adequar ao novo regime constitucional e legislativo passando a condição de meros titulares de direitos de uso dos recursos hídricos, desde que obtivessem a necessária outorga.

provocadas pelas atividades industriais desreguladas; e pela massiva privatização dos recursos hídricos que paradoxalmente são reduzidos a bens patrimoniais no mesmo momento em que se exige, pela sua escassez, a sua garantia como bens fundamentais. A garantia ocorre com a transformação da água potável num bem público e a consolidação da ideia de que ela é um direito humano fundamental, submetido a um tríplice estatuto: obrigação da sua distribuição gratuita a todos na medida necessária para satisfazer os mínimos vitais (calculada em pelo menos 40 ou 50 litros diários por pessoa); proibição da sua destruição e do seu consumo além de um determinado limite máximo; taxaço, enfim, em bases progressivas dos consumos excedentes ao limite mínimo, mas inferiores ao limite máximo. Em suma, Ferrajoli propugna a distinção de três estatutos diferentes no tratamento jurídico da água, segundo o seu diverso uso ou abuso, conforme se pode perceber no quadro abaixo:

QUADRO SOBRE OS DIFERENTES ESTATUTOS PARA O TRATAMENTO JURÍDICO DA ÁGUA, DE ACORDO COM A SUA UTILIZAÇÃO

a) Mínimo vital	Acessível gratuitamente a todos.
b) Quantidade excedente ao mínimo vital e inferior a um limite máximo	Sujeita a pagamento em bases progressivas e levando-se em conta os diversos usos nos territórios.
c) .Quantidade excedente ao limite máximo	Sujeita a rígidas proibições de desperdício ou de destruição, para garantir o direito de acesso a todos.

Fonte: Quadro elaborado a partir das informações contidas na obra: FERRAJOLI, 2011, p. 76-7

Para que uma tal política seja implementada, requer-se a instituição, a nível internacional, de uma “Autoridade independente para as águas potáveis”, voltada à proteção dos recursos hídricos do planeta, ao controle de seu desperdício e de sua poluição, à taxaço dos consumos excedentes aos mínimos vitais e, sobretudo, à distribuição capilar para todos da água potável através da instalação no mundo inteiro de poços, aquedutos, fontes públicas, serviços

hídricos e sistemas públicos de irrigação (FERRAJOLI, 2011, p. 77).

Em suma, essa é a proposta de Ferrajoli, esposada aqui como uma alternativa para que possam ser estabelecidas políticas públicas de abastecimento de água potável. Tais políticas devem ser pensadas dentro de um marco de decrescimento do consumo supérfluo dos bens da natureza. Para que se conceba e se alcance construir uma sociedade do decrescimento é necessário sair da economia. Isso significa voltar a questionar a dominação da economia sobre o resto da vida, na teoria e na prática, mas sobretudo na mente das pessoas.

Por seu turno, Pedro Arrojo Agudo aceita o objetivo de apresentar uma estrutura que permita aos organismos operadores ter sustentabilidade financeira e garantir os direitos coletivos. A partir dessa classificação, é possível estabelecer diferentes gradações do consumo da água de acordo com as prestações de serviços, conforme se pode perceber no quadro a seguir apresentado.

QUADRO SOBRE AS DIFERENTES CLASSES DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS VINCULADOS À ÁGUA

<p>1ª. classe: Prestação da água vinculada aos direitos humanos</p>	<p>Deve ser gratuita</p>
<p>2ª. classe: Prestação da água vinculada aos direitos cidadãos</p>	<p>Deve pautar-se de modo a absorver os custos da produção e distribuição</p>
<p>3ª. classe: Prestações vinculadas a negócios</p>	<p>A água deverá assumir o valor de matéria-prima geradora de riquezas e ser cobrada de modo a sustentar as duas primeiras classes da prestação de serviços.</p>

Fonte: Quadro elaborado a partir das informações contidas na obra: ARROJO, 2006, 103-134

Ora, um m serviço público eficiente e bem capacitado tem todas as condições de garantir a água como direito e a sustentabilidade econômica do organismo operador. A proposta de Arrojo

(2006, p. 105) resumida no quadro acima, remete à “Declaração Europeia por uma Nova Cultura da Água”⁴¹, assinada em Madrid por 100 cientistas de diversos países da União Europeia no começo de 2005, e estabelece quatro categorias considerando o consumo de água: 1. **A água-vida**, ou “água para a vida” nas funções básicas de sobrevivência de todos os seres vivos, reconhecida e priorizada, de tal forma que se garanta a “sustentabilidade” dos ecossistemas e o acesso de todos a quantidades básicas de água de boa qualidade, como um “direito humano”; 2. **A água-cidadania** ou “água para atividades de interesse geral”, nas funções de saúde e coesão social, tais como as que envolvem os serviços de fornecimento de água e saneamento, num segundo nível de prioridade, em conexão com os direitos sociais de cidadania e com o interesse geral da sociedade; 3. **A água-negócio** ou “água para o crescimento econômico”, em funções econômicas legítimas, ligadas à atividades produtivas, em conexão com o direito individual de cada um de melhorar o seu nível de vida. Essa categoria situa-se num terceiro degrau de prioridade, sendo eticamente injustificável que por tais usos se questionem direitos e funções das categorias anteriores; e 4. **A água-delito** ou “água para negócios ilegítimos”, situação em que apesar deles poderem dar a água um uso produtivo, situam-se à margem da lei, impondo extrações abusivas em aquíferos e rios, despejos poluentes ou outras circunstâncias socialmente inaceitáveis. Tais usos devem ser simplesmente evitados e perseguidos através da aplicação rigorosa da lei.

5. CONCLUSÃO

Refletir sobre o papel estratégico da água na vida das pessoas e da natureza, envolve perceber diferentes narrativas de legitimidade política e democrática. Com base nas diferentes perspectivas sociais representadas nessas narrativas, pode-se construir três diferentes tipos de categorias: a narrativa dominante, representando os interesses da classe e da governação capitalista, envolve as ideias neoliberais sobre a água, e concentra-se em argumentos de

41 Cf. <moncayo.unizar.es/fnca/europeandeclaration.nsf>. Acesso em: outubro de 2015.

gestão técnica e tecnocrática; eficiência de mercado e cálculos de custo-benefício; concebe a água como um bem mercantilizável. O segundo discurso é aquele que incorpora o conceito de água dentro duma base de legitimidade democrática substantiva, atacando o discurso dominante e as políticas governamentais por base de falta de legitimidade constitucional e eleitoral, utilizando principalmente intervenções parlamentares e posições autárquicas como instrumentos. Estes últimos, no entanto, também reproduzem alguns elementos do terceiro discurso, um discurso sobre a água baseado numa concepção de legitimidade democrática, baseada na participação dos cidadãos, na mobilização de rua, nos protestos legais e ilegais, referendos e mobilização.

Cabe recordar que a liberalização dos serviços de água e saneamento envolvendo a exploração através de um monopólio natural não gera a concorrência no mercado e sim a concorrência pelo mercado. Na medida em que o mercado busca clientes, só desenvolvendo as melhores possibilidades de preço e qualidade em um ambiente de livre concorrência, ocorre uma discriminação em favor daqueles que tem capacidade de compra.

Em definitivo, as propostas teóricas que consideram o acesso à água como direito fundamental ou a água mesma como bem fundamental, encontram eficazes garantias nos mecanismos propostos acima, através da publicização de seu fornecimento e penalização de seu desperdício. Percebe-se que muito embora os pesquisadores adotem posições diversas no que concerne ao tema do desenvolvimento sustentável, ou mesmo a que envolve o tema da escassez da água, convergem em muitos pontos no que diz respeito a políticas públicas de fornecimento de água potável. Trata-se de um primeiro passo no sentido de desmontar o modelo mercantilista que tem marcado nos últimos anos o tratamento dado a este bem indispensável à vida, e que tanta miséria e sofrimento tem custado à humanidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A função social da água. In: ____ (org.). **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: ITE, 2002.

ARROJO, P. Entrevista realizada em 02/11/12. Disponível em: <http://www.ecoport.al.net/Temas_Especiales/Agua/Entrevista_con_Pedro_Arrojo_La_crisis_global_del_agua_y_de_la_alimentacion>. Acesso em: 10/10/2015

____. **El reto ético de la nueva cultura del agua**. Barcelona: Paidós, 2006.

ASTUTI, Guido. Acque: introduzione storica generale. In: CALASSO, Francesco (direzione e coordinamento). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1958.v.I, p. 346-387

BARROSO, L. R. Água: a próxima crise. In: ____ (org.). **Temas do Direito Constitucional II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 307-313

BESTER, Gisela Maria; VENTURI, Eliseu Raphael. Direitos humanos e fundamentais, sustentabilidade e desenvolvimento. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete M. A. (coord.). **Direito e ambiente para uma democracia sustentável**. Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil: Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 468-492

BRASIL. **Lei 9433/97**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.html>. Acesso em: 02/10/ 2015.

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

BUITRÓN, Ricardo. Derecho humano al agua en Ecuador. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.). **Agua: un derecho humano fundamental**. Quito: Abya-Yala, 2010, p. 123-171

BULTO, Takele Soboka. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. Tradução do Positive Idiomas Ltda. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léó; MORAIS, Maria da Piedade (orgs.). **O Direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica**. Brasília: Ipea, 2015, p. 25-56

CADEMARTORI, D. M. L. de; CADEMARTORI, S. U. Estado de direito e democracia em Bobbio e Ferrajoli. In: TOSI, G. (org.) **Norberto Bobbio, democracia, direitos humanos, paz e guerra**. João Pessoa: UFPB, 2013. Vol. 1 p. 315-334.

_____; _____. Mutações da cidadania: da comunidade ao Estado liberal. **Revista Sequência**, Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. XXVII, n. 55, p. 65-94, dez. 2007.

CASTILLO, Agustín del. Entrevista com Pedro Arrojo Agudo: “El problema no es la falta de agua, sino la falta de agua potable”. 1o. de diciembre de 2009. Disponível em: <<http://www.magis.iteso.mx/node/322>> . Acesso em: 10/10/2015

GARCIA, Dennis. Una Constitución hecha de agua. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.). **Agua: un derecho humano fundamental**. Quito: Abya-Yala, 2010, p. 173-201

GARCIA, Marcos Leite. Sustentabilidade e direitos fundamentais à saúde: a questão da qualidade da água para consumo humano. In: MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MELO, Álisson José Maia (orgs.). **As Águas da UNASUL na RIO+20**. Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração a América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro. Curitiba: CRV, 2013.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Wladimir Passos de (org.). **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 51-145

GRANZIERA, M. L. M. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Traducción de Perfecto A. Ibañez et alii. Madrid: Trotta, 1995. 920p.

_____. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Debate con L. Baccelli, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale y D. Zolo. Traducción de A. Perfecto Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Tradução de A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução de Sergio

Cademartori e Daniela Cademartori. In: _____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49-88

_____. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1 Teoria del diritto. Roma: Laterza, 2007a. v. I, 1020 p.

_____. _____. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Roma: Laterza, 2007b. v. II, 712p.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C.R. **The Costs of Rights**. Why Liberty depends on Taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006. e

_____. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

LINTON, Jamie. **What is Water?** The history of a modern abstraction. Vancouver: UBC Press, 2010.

MALVEZZI, Roberto. O valor da água. **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006.

MARTÍNEZ, Esperanza. El agua limpia y libre es agua bendita. El agua en el centro de los conflictos ambientales. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.). **Agua: un derecho humano fundamental**. Quito: Abya-Yala, 2010, p. 335-353

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência sobre Meio Ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/cap18pdf>. Acesso em: 10/10/ 2015.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD. Agua y saneamiento: evidencias para política públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública. Disponível em: <http://www2.paho.org/tierra/images/pdf/agua_y_saneamiento_web.pdf>. Acesso em 02/10/ 2015.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Con la colaboración de R. de Asís

Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003,

SEN, Amartya. **A Ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. 492p.

SERRES, M. **Le contrat naturel**. Paris: François Bourin, 1990.

VAN VOSSOLE, Jonas; CASTRO, Irina. Narrativas divergentes sobre a democracia no conflito social português: o caso da privatização da água. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete M. A. (coord.). **Direito e ambiente para uma democracia sustentável**. Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil: Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 468-492

WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Peters. O Direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional. In: MORAES, G. de O.; MARQUES JÚNIOR, W. P.; MELO, Á. J. M. (orgs.). **As Águas da UNASUL na RIO+20**. Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração a América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro. Curitiba: CRV, 2013. p. 11-24

Recebido em 10/12/2015.

Aprovado em 26/07/2016.