

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA E A INTERRUPÇÃO DO
SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO WATER AND PUBLIC SERVICE
INTERRUPTION OF SUPPLY**

PES, João Hélio F.¹

ROSA, Taís Hemann.²

RESUMO: Este trabalho analisa alguns fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro que fazem com que o acesso à água tratada se constitua em um direito fundamental que, equivocadamente, tem sido negado pelos tribunais brasileiros quando reconhecem a legalidade da suspensão ou interrupção dos serviços de abastecimento de água. Por meio do método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca-se, inicialmente, demonstrar os fundamentos doutrinários que elevam o acesso à água tratada a nível de direito fundamental para, posteriormente, verificar qual é o tratamento dado por alguns tribunais brasileiros aos casos que envolvem a suspensão no fornecimento desse serviço essencial. Consta-se que o serviço de abastecimento de água é essencial e imprescindível para a efetivação do direito fundamental de acesso à água tratada, porém se percebe, ainda, que tal direito é judicialmente negligenciado.

Palavras-chave: acesso à água; interrupção de abastecimento de água; direito fundamental; serviço público essencial.

ABSTRACT: This paper examines some fundamentals of the Brazilian legal system that make the access to clean water becomes a fundamental right which, mistakenly, has been denied by the courts of Brazil when they recognize the legality of the suspension or interruption of water supply services. Through the method of literature and cases research, initially, it will demonstrate the doctrinal foundations that raise access to clean water to the level of fundamental right to, subsequently, determine which treatment is given by some Brazilian courts to the cases involving the suspension in providing this essential service. It appears that the water supply service is essential and indispensable for the realization of the fundamental right of access to clean water, but it also appears that this right is legally neglected.

Keywords: access to water; interruption of the supply of water; fundamental right; essential public service.

¹ Doutorando Universidade de Lisboa, Mestre/UFMS e Professor Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Santa Maria, RS, Brasil; joaohelio@unifra.br;

² Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Santa Maria, RS, Brasil; Bolsista da Fundação de Amparo à pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS; taishemann_sb@hotmail.com;

Introdução

Este artigo tem como objetivo permear os fundamentos que fazem com que o acesso à água tratada, bem como a obrigatoriedade da manutenção de seu abastecimento, se constitua em um direito fundamental, conseqüentemente, dever fundamental para o Estado, perante a ordem jurídica brasileira.

Através do método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscou-se entender qual o posicionamento de alguns tribunais brasileiros em relação à interrupção ou suspensão do serviço de abastecimento de água tratada. Primeiramente, exploraram-se os principais motivos constitucionais e doutrinários que levam à caracterização do acesso à água como um direito fundamental perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, teceram-se diferenciações, comparações e interpretações acerca do que são serviços públicos e sua classificação, apontando o por que o serviço de abastecimento de água é caracterizado como serviço essencial.

Após essas análises iniciais sobre a essencialidade do serviço de abastecimento de água, passou-se à análise do que é apontado como fundamento para a interrupção no abastecimento desse serviço essencial. Para tal objetivo apontou-se a legislação brasileira em vigor que destoa do contexto normativo definido como constitucional. Através da análise de leis como a nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que legalizam a suspensão do abastecimento de água tratada, percebeu-se emergir uma evidente inconstitucionalidade.

Posteriormente, passou-se à análise das decisões de alguns tribunais brasileiros, envolvendo a suspensão no fornecimento de água realizado pelas concessionárias que efetuam esse serviço. Nesse ponto, percebeu-se a clara condescendência dos tribunais com a aplicação da legislação que autoriza o corte no fornecimento desse serviço mesmo sendo tal ato atentatório ao conjunto normativo de nosso país.

Constatou-se que tal entendimento, pela legalidade na suspensão do serviço essencial de abastecimento de água, é matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com precedente formado que é por muitas vezes utilizado pelos tribunais analisados, como base para suas decisões.

Por fim, elaborou-se um tópico para demonstrar a importância do serviço público de caráter essencial, que é o serviço de abastecimento de água realizado diretamente pelo Estado ou no regime de delegação a particulares, por concessão ou permissão, como instrumento de efetividade do Direito Fundamental de acesso à água tratada.

1 ACESSO À ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de acesso à água tratada não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional brasileiro, portanto, faz-se necessário tecer algumas linhas a respeito dos fundamentos que nos levam a definir o acesso à água tratada como um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros.

Para tal objetivo, primeiramente deve-se definir em que se constitui o próprio direito. Assim, convém lembrar ensinamentos de Norberto Bobbio: “[...] 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).

Doutrinariamente o sistema jurídico tem sido concebido como um sistema de normas que abarcam tanto regras quanto princípios³. A distinção entre princípios e regras é um assunto complexo, não há dúvida de que a grande discussão sobre esse problema ganhou a força atual com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Por não ser o objeto do presente trabalho, interessa aqui utilizar as definições largamente conhecidas.

Nesse contexto, as regras devem ser assimiladas como disciplinadoras de determinada situação, é a expressão literal de um fato que pode ou não ocorrer, e, caso ocorra, essa norma que o define incidirá sobre o mesmo. Por outro lado, os princípios “normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que a norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida” (BARROSO, 2009, p. 206).

Para Alexy, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90). Fazendo uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau, Alexy define as regras como sendo: “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91).

Nesse sentido, a existência de princípios que norteiam a Constituição Federal brasileira, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e da cláusula aberta dos direitos fundamentais aos direitos elencados em tratados, são os fundamentos racionais para

³ Autores que expressam tal compreensão: DWORKIN (2007), ALEXY (2009) e SILVA (2010). Com ressalvas discordantes: HART (2007, p. 321).

considerarmos o acesso à água tratada um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

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” (PES, 2010, p. 48), 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 5º⁴ 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 origem dessa cláusula, incluída desde a primeira Constituição Republicana, tem como referencial histórico a Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo (PES, 2010, p. 50).

A presença da cláusula de “abertura material” na Constituição brasileira até recentemente foi pouco observada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A sua concreitude, 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. “Essa doutrina brasileira, refratária à natureza material dos direitos fundamentais, bem reflete a jurisprudência nacional, que

⁴ Art. 5º(...)§ 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.

sempre entendeu que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita” (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 612).

Assim, é por meio da cláusula aberta que podemos justificar, também, a caracterização de direito fundamental ao direito de acesso à água tratada. Ademais, não devemos considerar o direito de acesso à água tratada um direito que deve ser assegurado apenas aos cidadãos brasileiros, conforme compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante o Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas um direito a ser assegurado a todos que no território brasileiro se encontrarem.

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 Assembléia 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 Assembléia 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 Assembléia 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.

2 SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA

2.1 Definições doutrinárias sobre serviço público

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, ora é apresentado numa concepção formal, identificado pelas características extrínsecas; ora apresentado numa concepção material, definido por seu objeto. A variação conceitual deriva das contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade.

Entre os doutrinadores brasileiros, as divergências identificadas dizem respeito à caracterização de um conceito amplo e de um conceito restrito de serviço público. O conceito amplo abrange todas as funções do Estado, inclusive, legislativa e judiciária, ou ainda, abrange todas as atividades da Administração Pública. O conceito restrito exclui as atividades legislativas e judiciárias, considerando as atividades administrativas, exceto o poder de polícia do Estado (DI PIETRO, 2003, p. 95).

Um exemplo de conceito amplo é o adotado na obra de Hely Lopes Meirelles: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (1997, p. 297).

Já um conceito restrito é o adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello: “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” (2010, p. 671).

O conceito mais restrito é o adotado no Brasil para Marçal Justen Filho que conceitua serviço público de tal modo: “é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público” (2005, p. 478).

Independente da posição de cada doutrinador, é importante analisar o conceito de serviço público verificando os diversos entendimentos doutrinários⁵. Assim, Diogenes Gasparini afirma que se pode conceituar essa espécie de atividade estatal da seguinte maneira: “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico” (2003, p. 267).

Já para José dos Santos Carvalho Filho, serviço público é: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (2010, p. 350).

2.2 Serviço público caracterizado como essencial

Passa-se agora à caracterização do que são serviços públicos essenciais. Contudo, delimitar objetivamente os serviços investidos de essencialidade é tarefa difícil. Dessa forma, é salutar aceitar a tese de que “todo serviço público é essencial”, entretanto, sempre, “será necessária a análise do caso concreto para aferir se, naquela dada situação, o serviço é essencial a quem dele usufrui e se a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” (CUNHA, 2004, p. 67).

No mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes afirma que “em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde, etc.” (2000, p. 306).

A princípio, torna-se necessário analisar o caráter de essencialidade do serviço de acordo com o caso concreto, observando-se as circunstâncias fáticas, sendo possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como é o caso dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica.

Nas classificações apresentadas pelos doutrinadores, é rara a citação de “serviço público essencial” como espécie de serviço público⁶. Há divergências doutrinárias na classificação dos serviços públicos, assim, neste trabalho, não se analisa o estudo comparativo

⁵ Similar ao conceito adotado na obra de Hely Lopes Meirelles é o conceito de MUKAI, Toshio. Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à lei n. 9.074. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002, p. 2.

⁶ Exceto GASPARINI, 2003, p. 270, que classifica os serviços públicos, quanto à essencialidade, em essenciais e não essenciais.

desse conteúdo, adota-se a classificação efetuada por José dos Santos Carvalho Filho (2010, p.351-355) por ser a que melhor se aplica à compreensão deste trabalho.

O Estado, ao prestar serviços públicos, sempre se volta aos interesses da coletividade. Mas a fruição dos serviços pode ser direta ou indireta. Assim, considerando tal assertiva, pode-se classificar em: serviços administrativos e de utilidade pública. Os administrativos são aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa, ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos. Já os serviços de utilidade pública se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Entre eles estão o de energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc.

Os serviços públicos também podem ser classificados de coletivos e singulares. Os serviços coletivos (*uti universi*) são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de prevenção de doenças etc. Os serviços singulares (*uti singuli*) preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos. Exemplos desses serviços são os de energia domiciliar, abastecimento de água tratada ou uso de linha telefônica.

Outra classificação adotada é a de serviços sociais e econômicos. Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Estão incluídos nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente, assistência médica e hospitalar, assistência às comunidades carentes etc. Já os serviços econômicos são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividades fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Os serviços econômicos diferenciam-se das atividades privadas eminentemente econômicas, porque são serviços públicos que podem ser prestados pelo Estado diretamente ou indiretamente, enquanto as atividades privadas eminentemente econômicas são destinadas, em princípio, às empresas privadas.

Classificam-se, ainda, em delegáveis e indelegáveis. Os serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc. Os serviços

indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades etc.

Com razão José dos Santos Carvalho Filho afirma que “a essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço” (2010, p.352).

Assim, não há como concordar com a classificação, efetuada por Diógenes Gasparini, de serviços essenciais serem os vinculados aos serviços indelegáveis e os não essenciais aos delegáveis (2003, p. 271). Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, mantendo-se, nessas situações, o controle e a fiscalização do Estado.

Assim, os serviços públicos não poderão ser classificados como essenciais e não essenciais, porque o aspecto da essencialidade tem uma carga axiológica variável de acordo com o tempo e o lugar, o que é essencial para uns poderá não o ser para outros. Inobstante isso, o ordenamento jurídico brasileiro tem legislação que relaciona alguns serviços públicos no rol dos essenciais.

No Brasil, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, conhecida como “Lei *de Greve*”, que regulamenta o art. 9º, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁷, dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. O art. 10 dessa Lei relaciona alguns serviços considerados essenciais.

Para Renato Alves Bernardo da Cunha, o art. 10, bem como o art. 11⁸ da Lei de Greve, “segue orientação da Organização Internacional do Trabalho, que considera como serviços públicos essenciais aqueles cuja interrupção coloca em perigo a vida, a segurança ou a saúde de seu destinatário” (2004, p. 64).

Portanto, pelo conteúdo exposto, principalmente pelo que pode ser caracterizado como serviço público essencial, não resta a menor dúvida de que os serviços de abastecimento de água tratada são serviços públicos que se revestem de essencialidade, o que os torna passíveis de ser considerados sempre um serviço essencial.

2.3 Serviço público de abastecimento de água no Brasil

⁷ Art. 9º, § 1º da CF: “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

⁸ Artigo 11, parágrafo único: “São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

Os serviços públicos essenciais de distribuição e abastecimento de água, prestados diretamente pelo poder público ou mediante delegação, caracterizam-se pela retirada da água da natureza (captação), transporte (adução), armazenamento da água (reserva), tratamento para adequar sua qualidade e distribuição por meio de tubulações.

Nesse passo, é facilmente compreensível a importância que têm os serviços públicos de abastecimento para a efetividade do direito de acesso. Os serviços de abastecimento proporcionam, diariamente, um espetáculo visto por bilhões de pessoas que, ao abrirem uma torneira, vêm sair a água coletada nos rios, poços ou lagos, depois de percorrer um longo caminho por meio de tubulações, passando pelas fases de tratamento e de armazenamento. O espetáculo somente se completa quando o “*homem*” atua no papel principal de agente que exerce o direito de acesso à água potável.

Os serviços públicos de abastecimento d’água no Brasil historicamente estiveram a cargo do Poder Público que executa tais serviços por meio de empresas estatais. No entanto, a partir de 1990, com início do programa de desestatização das empresas públicas, implementado pela Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990⁹, reforçado pela nova Lei das Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995), esses serviços passaram a ser executados em vários municípios brasileiros por empresas privadas no regime de concessão de serviços públicos.

No ano de 2010, os dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON)¹⁰ indicavam que as empresas privadas do ramo atendem 13,9 milhões de pessoas, um montante que equivale a 9,7% da população urbana brasileira em 216 municípios, em 12 Estados. Atualmente, os serviços de abastecimento d’água (saneamento básico) são prestados, ainda, na maior parte dos Municípios, por operadores públicos: há mais de 20 Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) que atendem aproximadamente 3.300 Municípios e 1.800 sistemas municipais autônomos.

Antes de abordar as normas que regulam a distribuição e abastecimento de água potável no Brasil, é necessário, mesmo que resumidamente, verificar alguns princípios dos serviços públicos, tendo em vista que são normas aplicáveis na maior medida possível nos serviços públicos instrumentalizadores do direito de acesso.

⁹ Posteriormente essa lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que “Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>, acesso em 05.01.2012.

¹⁰ Disponível em <http://www.abcon.com.br/perf_03.php>, acesso em 02.01.2012.

O princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos como indica a sua denominação, impõe ao serviço público o caráter de ser contínuo, devendo ser prestado sem suspensão ou interrupção. A aplicação desse princípio será discutida em outros momentos deste trabalho, sendo que é um dos principais argumentos utilizados na defesa da garantia do direito de acesso à água potável quando tal direito é exercido por meio de serviço público de abastecimento.

Outro princípio que também merece destaque é o da generalidade, também denominado como princípio da universalidade (CUNHA, 2004, p. 72), por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público. O oferecimento do serviço público deve ser igual para todos.

Já o princípio da modicidade aplica-se àqueles serviços públicos remunerados, mediante tarifas ou taxas, impondo que tenham a preços módicos. Modicidade significa ponderação, moderação, limitação na cobrança da remuneração pela prestação dos serviços públicos. Desse modo, o princípio atribui ao prestador o dever de fixar valores que viabilizem o acesso ao serviço e sejam compatíveis com a sua natureza social.

O princípio da responsabilidade também atribui dever ao prestador, seja ele o poder público ou seu delegado, responsabilizando-o por eventuais prejuízos causados ao usuário do serviço público.

O princípio da obrigatoriedade no caso do serviço de abastecimento de água tem uma dupla face. Por um lado, a obrigatoriedade de prestação do serviço que pesa sobre o prestador impede-o de efetuar discriminações de qualquer tipo a quem preencha as condições regulamentadas de receber tal serviço público. Por outro, impõe ao usuário a obrigatoriedade de utilizar a rede de abastecimento de água quando à disposição, por razões de sustentabilidade do serviço, sanitárias (caso brasileiro) e ambientais (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p. 16).

O princípio da mutabilidade, também chamado de princípio da adaptação constante, ou ainda denominado por alguns doutrinadores (MELLO, 2010, p. 678) como princípio da adaptabilidade, baseia-se na idéia de que as necessidades coletivas variam conforme o tempo e o espaço. Portanto, os serviços públicos devem ser adaptados ou alterados conforme a evolução da técnica e da tecnologia para melhor atender as necessidades dos usuários.

Outros princípios, entre tantos que balizam as atividades do Estado ou de seus delegados na execução dos serviços públicos, são: princípio da participação dos usuários; princípio da eficiência; princípio da neutralidade e o princípio da igualdade.

Em síntese, ao verificar os mandamentos de otimização previstos nos princípios aplicáveis aos serviços públicos, é facilmente constatável que o Estado tem o dever inescusável de promover a prestação dos serviços públicos, seja diretamente, nos casos em que é prevista essa espécie de prestação, seja indiretamente mediante delegação por meio de concessão, autorização ou permissão.

O serviço de abastecimento de água potável no Brasil tem o regime jurídico e marco regulatório definido na Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007. O art. 3º define “saneamento básico” como conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Na Lei do Saneamento Básico, o serviço de abastecimento de água potável é referido assim: “constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição” (BRASIL, 2007).

Em linhas gerais, saneamento básico consiste em um processo complexo que inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento em estações apropriadas (Estação de Tratamento de Águas (ETAs)), adução e distribuição, incluindo o transporte da água desde o local de retirada até o de consumo final, culminando com o esgotamento sanitário, isto é, todo procedimento de coleta e purificação das estações de tratamento de esgotos (ETEs) (DEMOLINER, 2008, p. 110).

Os serviços de saneamento básico, como abastecimento de água e coleta/tratamento de esgotos, são serviços públicos por excelência. Para Vitor Schirato, “deve-se ter claro que o serviço de saneamento básico no Brasil (assim como em grande parte dos países do mundo) é, tanto por conta de expressa previsão legal quanto em razão de suas características intrínsecas, diretamente relacionadas com o interesse da coletividade, considerado serviço público” (SCHIRATO, 2004, p. 120).

Outra questão inquestionável é a tendência natural do serviço de distribuição e abastecimento de água potável ao monopólio. É praticamente impensável manter duas malhas dutoviárias paralelas em um mesmo espaço territorial, seja por questões físico-espaciais, seja por questões financeiras. Conseqüentemente, há apenas um prestador desse tipo de serviço por região geográfica, o que implica ausência de concorrência, razão pela qual esse serviço sempre esteve a cargo do Poder Público (DEMOLINER, 2008, p. 148).

Os denominados serviços públicos a domicílio, prestados geralmente por meio de redes, como coleta de esgotos (águas servidas), telefonia, energia elétrica, gás, e outros, apresentam entre si características similares, no entanto, no caso do abastecimento de água potável, por estar envolvido o direito fundamental de acesso, algumas características são diferenciadas das relativas aos demais serviços públicos.

Entre essas características pode-se indicar a da impossibilidade de aceitar exceções no princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água potável, mesmo quando os usuários desse serviço público deixam de pagar as tarifas correspondentes.

Assim, além da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que “*estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico*”, fazem parte do Marco Regulatório nacional aplicável aos serviços públicos de abastecimento de água, sendo conseqüentemente aplicáveis aos serviços de saneamento básico, as seguintes normas: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “*Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos*”, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “*Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*”; Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que “*dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos*”; Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que estabelece normas para a execução da Lei nº 11.445¹¹.

O Decreto 7.217/2010 que regulamenta a Lei do Saneamento repete o que contém a Lei com algumas diferenças sutis de enunciados. Porém alguns temas foram aprofundados, como é o caso da regulação, do controle social e dos planos de saneamento. Também foi introduzido um item não abordado na Lei nº 11.445/2007, como é o Capítulo VI, denominado “Do acesso difuso à água para a população de baixa renda”, previsto no Art. 68, estabelecendo que “a União apoiará a população rural dispersa e a população de pequenos núcleos urbanos isolados na contenção, reservação e utilização de águas pluviais para o consumo humano e para a produção de alimentos destinados ao autoconsumo, mediante programa específico (...)”.

Conclui-se que o serviço de abastecimento de água potável consiste em um serviço público essencial em que o estado tem o dever de prestá-lo, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização (princípio da generalidade). Pois, conforme bem dispõe Luís Roberto Barroso, “é preciso atentar que a eventual delegação da

¹¹ Todas as normas estão disponíveis em www.planalto.gov.br.

execução do serviço à iniciativa privada não descaracteriza sua natureza de serviço público” (2003, p. 312).

3 A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

3.1 A inconstitucionalidade da legislação brasileira que autoriza a suspensão do fornecimento de serviço essencial

É um verdadeiro contrassenso a possibilidade da interrupção do abastecimento de serviços essenciais. No entanto, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, aponta uma permissão expressa para a suspensão do fornecimento desse serviço público. O art. 6º, § 3º dessa Lei, define que:

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (BRASIL, 1995).

O texto da lei do saneamento básico possui algumas contradições conceituais na parte em que elenca os princípios fundamentais que nortearão as políticas de saneamento em nosso país (art. 2º, da Lei nº 11.445/2007). A lei define que os serviços de saneamento deverão ser prestados com base no ‘princípio da universalização do acesso’, ao mesmo tempo define que esses serviços deverão ser prestados considerando a capacidade de pagamento dos usuários, ou seja, que seja considerada a sustentabilidade econômica. Portanto, a nova lei não considera o acesso à água potável como direito humano que deva ser garantido para todos pelo Poder Público, e, sim, como um “*serviço*”, posto à disposição daqueles que poderão adquiri-lo no mercado, desconsiderando o princípio da universalização do acesso.

Outro equívoco verificado no Marco Regulatório dos serviços de abastecimento de água é a constatação de que não consta entre os princípios fundamentais elencados no artigo 2º, o principal princípio aplicável aos serviços públicos que é o da continuidade. Corroborando com essa omissão, o art. 40 da Lei nº 11.445/2007 dispõe que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador quando ocorrer inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado. No entanto, é possível fazer a interpretação de que o princípio da continuidade deve ser aplicado pelo fato de constar no Art. 29, § 1º, inciso VII, da Lei nº 11.445/2007, a expressão “continuidade e segurança na prestação dos serviços”, como uma diretriz a ser

seguida, relacionada aos aspectos econômicos e sociais, na prestação dos serviços de saneamento, combinado com o § 2º, do mesmo artigo, que prevê a adoção de subsídios para os usuários que não tenham capacidade de pagamento. Tudo conforme o texto legal:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: (...)

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes: (...) VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; (...)

§ 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços (BRASIL, 2007).

Os planos de saneamento básico ou eventuais planos específicos dos serviços de abastecimento de água poderão ser elaborados mediante apoio técnico ou financeiro prestado por entes da Federação, pelos prestadores dos serviços ou por instituições universitárias ou de pesquisa científica, garantida a participação das comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. Os planos deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos e serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos e, ainda, conforme prevê o § 6º, do artigo 25 do Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010, deverão identificar as situações em que não haja capacidade de pagamento dos usuários e indicar solução para atingir as metas de universalização.

Contudo, a autorização legal para a interrupção ou permissão para efetuar a suspensão dos serviços públicos essenciais de abastecimento de água, mostra-se um disparate, pois conforme CANOTILHO: “Um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa posição jurídico-prestacional, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares” (2004, p. 52).

No mesmo sentido, Robert Alexy afirma:

Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples (2008, p. 450).

Assim, é evidente que ao cidadão deve ser assegurada a prestação do serviço público essencial correspondente ao direito de acesso à água tratada, não sendo plausível que através da simples maioria parlamentar, textos da Lei 8.987/95 e da Lei nº 11.445/2007, estejam a fixar regras que afetam o direito fundamental de acesso à água, limitando esse direito fundamental para priorizar questões de ordem econômica. De tal modo, é evidente que essas leis que permitem essa negação de um direito fundamental apresentam-se revestidas de inconstitucionalidade.

3.2 Decisões inconstitucionais dos Tribunais Brasileiros

Em julgado do ano de 2007, o qual se destinava a apreciar recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul que reconheceu lícito o corte do fornecimento de água em face da inadimplência, após aviso prévio, com base na Lei n. 8.987/95, em conjunto com o art. 15, I, § 1º, da LC n. 170/87, o Superior Tribunal de Justiça deixou inequívoco seu entendimento sobre a legalidade do corte no abastecimento de serviço público essencial, desde que tal suspensão seja efetuada após aviso prévio. Conforme ementa colacionada abaixo:

Ementa: Administrativo – Serviço de Fornecimento de Água – Corte por Falta de Pagamento, Após Aviso Prévio – Legalidade – Lei n. 8.987/95 e LC n. 170/87 - Súmula 83/STJ (BRASIL, 2007).

A súmula nº 83, citada na ementa, dispõe que “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”; nesse caso, o entendimento referido pelo STJ é o de que, na relação jurídica entre a concessionária e o (usuário) consumidor, o pagamento pelo serviço de abastecimento é contraprestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso.

Nessa ocasião, o STJ se manifestou também sobre seu entendimento referente aos efeitos do princípio da continuidade no que tange aos serviços públicos essenciais, expressando-se da seguinte maneira: ‘a continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC)’. (REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006)”.

Mesmo tratando-se de julgado do ano de 2007, essas exposições refletem o entendimento atual do STJ sobre a suspensão no fornecimento de serviços públicos essenciais delegados.

O Ministro do STJ Humberto Martins aponta algumas referências jurisprudenciais¹², elencando que “há muito a jurisprudência do STJ trilha no sentido do julgado recorrido” (Brasil, 2007). Dentre essas jurisprudências, apontadas pelo Ministro, podemos encontrar alguns entendimentos que explicitam o posicionamento do STJ sobre o assunto.

Tais acórdãos referenciados pelo Ministro Humberto Martins deixam claro o entendimento do STJ de que o corte do fornecimento de serviço público essencial é lícito, porém desde que efetuado após aviso prévio e que o consumidor permaneça inadimplente. A relação jurídica nesses casos tem natureza de Direito Privado, sendo o pagamento feito sob a modalidade de tarifa e, portanto, caracterizado como contraprestação. Esclarece, ainda, mais uma vez, que a continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes.

Em outra situação, o STJ, discutindo sobre corte no abastecimento de água em decorrência de débitos pretéritos, demonstrou seu entendimento sobre tal circunstância:

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Corte no Fornecimento de Água e Esgoto. Art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Impossibilidade de Suspensão do Abastecimento na Hipótese de Exigência de Débito Pretérito. Caracterização de Constrangimento e Ameaça ao Consumidor. Art. 42 do CDC. Precedentes (Brasil, 2008).

Nesse caso, não proveu agravo regimental que defendia ser direito da concessionária (Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE) a suspensão do abastecimento em razão de inadimplência do usuário. Isso, pois, entendeu ser a hipótese em voga caracterizada pela exigência de débito pretérito, não devendo, portanto, ser suspenso o fornecimento.

O Acórdão do STJ esclareceu, taxativamente, que o corte de tais serviços pressupõe o “inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, devendo a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo nenhuma espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC” (BRASIL, 2008).

Porém, também nessa oportunidade, o STJ deixou explícito, mais uma vez, o entendimento sobre a legalidade no corte do fornecimento do serviço, nos casos precedidos de

¹² Jurisprudências referenciadas pelo Exmo. Senhor Ministro Humberto Martins: REsp 631.246/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 23.10.2006; REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006; REsp 691.516/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.10.2005, DJ 24.10.2005.

aviso prévio, bem como a inocorrência de afronta ao princípio da continuidade, conforme passagem:

O art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 dispõe que 'não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando for por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade'. Portanto, se há o fornecimento do serviço pela concessionária, seja de água ou de energia elétrica, a obrigação do consumidor será a de realizar o pagamento, sendo que o não-cumprimento dessa contraprestação poderá ensejar, verificando-se caso a caso, a suspensão do serviço (BRASIL, 2008).

Outro aspecto que merece ressalva é o entendimento do STJ sobre a característica da cobrança pelo fornecimento de água pelas concessionárias, ou seja, discutiu-se em algumas ocasiões se tal cobrança seria tributação ou tarifação, visto que tributos não devem onerar o cidadão além do que este pode prover. Contudo, o entendimento do STJ é de que tal cobrança é tarifa, conforme trecho a seguir:

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão (BRASIL, 2005).

Nos demais tribunais brasileiros tem preponderado a posição do STJ. No Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), através da 36ª Câmara de Direito Privado, foi julgada não provida uma Apelação Cível cujo apelante era um Condomínio onde residiam 32 (trinta e duas) famílias, comprovadamente de baixa renda. Tal apelação era contra sentença que havia denegado mandado de segurança para a manutenção do abastecimento de água pela concessionária - denominada Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto (SEMAE) – ao Condomínio CAIC (apelante).

EMENTA: Mandado de segurança. Água. Fornecimento. Corte. Art. 6º, §3º, II, da Lei 8.987/95. Legalidade. É lícito ao concessionário de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento de água ao usuário que deixar de pagar as contas de consumo. Direito líquido e certo inexistente. Hipótese em que o impetrante, condomínio com 32 (trinta e duas) famílias, não efetua o pagamento da tarifa desde 2006. Apelação não provida (ESTADO DE SÃO PAULO, 2011).

Em tal oportunidade foi arguida pela apelante a questão da essencialidade do serviço de abastecimento de água, ou seja, o Condomínio (apelante) requeria antecipação de tutela, impossibilitando a interrupção do fornecimento de água, alegando que a natureza do serviço de fornecimento de água seria pública essencial e que sua interrupção iria contra preceitos fundamentais, tutelados pela Constituição Federal, sopesando sobre a situação, por se tratar de serviço público delegado, o princípio da continuidade.

Assim, conforme o relatório, a apelante fundamentou “o pedido na natureza essencial do serviço, no caráter social da medida em razão da baixa renda dos moradores e no receio de dano irreparável, decorrente da supressão do fornecimento de água às trinta famílias do condomínio”. Porém, ocorre que apenas a existência de alegações como baixa renda, direito público essencial, possibilidade de dano irreparável, como apresentado nas alegações da apelante do caso até então apresentado, não foram suficientes para o Tribunal de Justiça de São Paulo revisar a sentença anterior.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ocorre o mesmo fenômeno do STJ, as decisões são no sentido de considerar legal o corte de abastecimento nos casos de inadimplemento mediante aviso e de não admitir a interrupção do fornecimento nos casos em que a dívida com as empresas de abastecimento seja pretérita, dívidas dos meses anteriores ao último mês do serviço¹³.

No passado, várias decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS)¹⁴ foram no sentido de reconhecer em qualquer situação que o fornecimento de água constitui-se em serviço essencial e indispensável ao cidadão, não sendo admitida a interrupção desse serviço. Em acórdão do ano de 2003, impetrava-se mandado de segurança contra a Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, visando ao restabelecimento do fornecimento de água na residência da impetrante, que teve o fornecimento de tal serviço interrompido em razão de encontrar-se inadimplente diante da concessionária. Alegava, entretanto, que não dispunha de condições financeiras para efetuar o pagamento de suas dívidas (RIO GRANDE DO SUL, 2003). Veja ementa:

Ementa: **Constitucional. Abastecimento de Água. Corte de Serviço Essencial.** Sendo a água um bem essencial e deferido à empresa pública o monopólio para o efeito de melhor controlar sua qualidade e administrar seu fornecimento a todos, não

¹³ Acórdãos recentes que são nesse sentido: nº 70046211611, 21.ª Câmara Cível, Rel Des. Marco Aurélio Heinze.

¹⁴ Outros acórdãos no mesmo sentido: n.º 70004867503, 21.ª CÂMARA CÍVEL, REL. DES. Marco Aurélio Heinze o n.º 70005030200, 21.ª Câmara Cível, Rel Des. GENARO JOSÉ BARONI BORGES.

pode seu fornecimento ser suspenso sob a alegação de falta de pagamento. Para a respectiva cobrança dispõe a credora de meios próprios e adequados. Precedentes deste Tribunal. **Concessão da Segurança. Manutenção da Sentença em Reexame Necessário** (RIO GRANDE DO SUL, 2003) [grifos do autor].

Assim, constatamos que, para os tribunais brasileiros, algumas situações envolvendo o corte no abastecimento de água são incontroversas. Esse é o caso do entendimento sobre a licitude do corte no fornecimento de água em face da inadimplência do consumidor, após aviso prévio, bem como de que o pagamento por tal serviço é contraprestação, tarifação, podendo ser interrompido em caso de inadimplemento.

Por outro lado, essas posições incontroversas presentes nos acórdãos dos tribunais brasileiros recebem justificativas nos seus relatórios e votos que são totalmente contraditórias com determinadas decisões que negam o direito de acesso à água tratada. Para justificar o voto pela não possibilidade de corte de abastecimento de água quanto a débitos pretéritos, os ministros e desembargadores utilizam argumentos que são escamoteados quando decidem casos que não são de dívidas passadas.

Alguns casos podem ilustrar essa incoerência. Na apelação cível nº 70032386211, da 22ª Câmara Cível, o Relator Niwton Carpes da Silva justificou seu voto no caso em que o objeto da ação era o corte de abastecimento por dívidas passadas, assim: “No que concerne ao corte do fornecimento do serviço de fornecimento de água, alinho entendimento no mesmo sentido da r. sentença, pois o corte no fornecimento em face do não pagamento é medida que não se pode admitir, sob pena de retirar da parte autora as condições mínimas de sobrevivência”. No mesmo voto, aduz que: “é forçoso fazer o raciocínio de como aplicar a Legislação, como o art. 6º, §3º, inc. II da Lei 8.987/95 e o art. 40, inc. V da Lei 11.445/07 que, em descompasso com a Lei Magna, de plano, em caso de impontualidade ou não pagamento das tarifas, autorizam o imediato corte do fornecimento de água”.

Já em outra oportunidade, julgada em maio de 2010, na Apelação Cível da 22ª Câmara Cível, a Relatora Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins, em um caso de corte de abastecimento por dívida pretérita, assim se manifestou:

No art. 1º da Carta Política, por outro lado, a República se comprometeu a ter como fundamento a dignidade da pessoa humana e o art. 5º lhe assegurou o direito à vida. Cuidando-se desse bem maior, a que todos os outros subjazem, e em sendo a água bem essencialíssimo para a sobrevivência humana, inviável permitir que a concessionária, prestadora desse serviço, e organizada para cumprir o papel do Estado, a quem cabe prover aos serviços essenciais, possa cortar o abastecimento, por conta do inadimplemento. É, talvez, o único bem em que isto não pode ser permitido: em nome da vida, da dignidade da pessoa e da saúde pública (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Assim, nesses e em outros casos os argumentos são de que o direito de acesso à água potável é um direito fundamental e, por isso, não passível de ser restringido dessa forma ou negado ao ponto de pôr em risco a vida de seres humanos, crianças, idosos e outras pessoas vulneráveis que possam habitar o local da interrupção desse serviço essencial. No entanto, basta a situação ser de dívida atual, referente ao último mês da prestação do serviço que esses mesmos argumentos não são apresentados pelos julgadores, como se crianças, idosos, enfim qualquer “ser” que tenha uma “dignidade humana” para ser reconhecida, não habitassem nesses locais.

No tocante ao princípio da continuidade, no que tange aos serviços públicos essenciais, fica patente o entendimento dos tribunais brasileiros de que não há afronta a esse princípio, visto que o não pagamento pelo serviço ocasionaria o enriquecimento sem causa de uma das partes, inclusive daquelas pessoas paupérrimas que deixam de pagar as contas de água por falta de condições financeiras.

Os tribunais têm fundamentado suas decisões de suspensão no fornecimento de serviços públicos de abastecimento de água, principalmente com base na Lei 8.987, de 13.2.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. É preciso lembrar que tal legislação surgiu com o “claro propósito de abrir o campo dos serviços públicos à livre concorrência com a iniciativa privada” (COUTO E SILVA, 2002, p. 61), e de que no mesmo ano a Emenda Constitucional n. 6, de 15.8.1995, revogou o art. 171 da Constituição, eliminando a definição de empresa brasileira de capital nacional e, com isso, criando as condições para a empresa de capital estrangeiro participar do mercado de prestação de serviços públicos. Portanto, tais decisões judiciais estão perfeitamente em sintonia com os interesses predominantes nesse contexto.

4 SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA

O acesso à água potável, por ser um direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como ficou evidenciado no tópico 1, não deveria ser objeto de desprezo ao ponto de ser desconsiderado como um direito subjetivo de todos aqueles que, na condição de usuários dos serviços públicos de abastecimento, sofrem com a suspensão ou interrupção desses serviços públicos. No Brasil há legislações que autorizam os prestadores de serviços de saneamento a efetuar o corte de abastecimento de água quando da inadimplência de usuários. Infelizmente, têm preponderado decisões nos tribunais brasileiros que ratificam a

possibilidade de interrupção dos serviços de abastecimento de água quando há ausência de pagamento das tarifas correspondentes.

Como foi claramente enfatizado, o serviço de abastecimento de água tratada, regulado pela Lei do “Saneamento Básico” (BRASIL, 2007), consiste em um serviço público essencial e o estado tem o dever de prestá-lo, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização. Além disso, por ser um serviço público essencial, é impossível aceitar exceções ao princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água, mesmo quando os usuários desse serviço público deixam de pagar as tarifas.

O princípio da continuidade indica que a prestação do serviço público deve ser contínua, portanto, os serviços públicos, quando submetidos aos comandos de otimização desse princípio, devem ser prestados, na maior medida possível, sem suspensão ou interrupção.

O simples fato de não constar na Lei do Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), de forma expressa, a necessidade de se observar o princípio da continuidade, não deve ser óbice para que se faça a interpretação de que o princípio da continuidade deve ser aplicado por constar no Art. 29, § 1º, inciso VII, dessa lei, a diretriz “continuidade e segurança na prestação dos serviços”, relacionada aos aspectos econômicos e sociais, na prestação dos serviços de saneamento, combinado com o § 2º, do mesmo artigo, que prevê a adoção de subsídios para os usuários que não tenham capacidade de pagamento.

Como sugere Robert Alexy, na sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008), um direito fundamental pode ser considerado como um conjunto de posições jurídicas de direito fundamental, possuindo muitas facetas e abrangendo, ao mesmo tempo, princípios, deveres, direitos, competências, ações positivas do Estado, abstenções estatais etc.

Na mesma perspectiva, José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 37-38) compreende os direitos fundamentais sociais como, ao mesmo tempo, ‘normas programáticas’, consideradas como definidoras das tarefas e fins do Estado, de conteúdo eminentemente social; ‘normas de organização’, atributivas de competência para emanção de medidas relevantes; ‘garantias institucionais’, obrigando o legislador a proteger a essência do direito social em tela, bem como adotar medidas estritamente conexas com o seu valor social eminente e, finalmente, direitos subjetivos públicos, isto é, direitos inerentes e titularizados pelos cidadãos. O acesso à água, instrumentalizado por meio de serviços públicos, pode e deve ser tomado por direito fundamental material nessa perspectiva sugerida de múltiplos

sentidos e posições jurídicas que podem ser abrangidas por um determinado direito fundamental¹⁵.

O direito constitucional contemporâneo possui seu ponto de unidade e racionalidade no princípio da dignidade humana, centralizador que é de uma ampla gama de significados históricos e de valores de justiça. Esse vetor de sentido do moderno constitucionalismo permite defender a fundamentalidade material do acesso à água potável.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) apresenta um título próprio para os direitos fundamentais. Muitos dos direitos constitucionais fundamentais estão expressamente dispostos neste título, porém no texto constitucional não estão expressos todos os possíveis direitos fundamentais.

Nesse contexto de direitos não expressos, temos no §2º do artigo 5º da CF/88, a chamada cláusula aberta dos direitos fundamentais, que dispõe no seguinte sentido: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Ou seja, mesmo alguns direitos não especificados de forma expressa na Constituição Federal de 1988 estão inseridos como direitos fundamentais em decorrência dos princípios constitucionais.

Dentre os princípios constitucionais expressos, definidos como fundamentos para o Estado brasileiro, está o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III da CF/88. Esse princípio constitucional e a cláusula de abertura aos direitos fundamentais são de extrema relevância para fundamentar a caracterização do direito de acesso à água como um direito fundamental materialmente constitucional (PES, 2010, p. 64-68).

Esse direito é materializado por meio de instrumentos denominados “serviços públicos” criados pelo Estado para cumprir com as suas finalidades. No tocante aos serviços públicos, podemos definir alguns como serviços que apresentam como característica fundamental serem essenciais, indispensáveis para uma vida digna. Esse é o caso da água tratada.

Contudo, não há uma legislação específica que apresente a água tratada como um serviço público essencial. Nesse contexto, é usada a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, a chamada Lei de Greve. O artigo 10 e incisos desta Lei elencam um rol de serviços ou atividades considerados essenciais, e, dentre elas, está o abastecimento de água, conforme se

¹⁵ No mesmo sentido, em relação ao direito fundamental à seguridade social: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Seguridade social como Direito Fundamental material. Curitiba: Editora Jurua, 2009, p. 161-162.

segue: “Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I Tratamento e abastecimento de água; Produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II Assistência médica e hospitalar; [...]” (BRASIL, 1989).

Relaciona-se também com os serviços essenciais o princípio da continuidade, segundo o qual, de acordo com a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, os serviços públicos essenciais não são passíveis de interrupção mesmo que esteja inadimplente o consumidor, conforme o artigo 22, caput, parte final da referida Lei: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos” (BRASIL, 1990).

Assim, o repasse a uma empresa privada do dever de alcance de um serviço, culturalmente instituído como essencial, bem como regulamentado em lei da mesma forma, não pode obstar a efetivação de um direito fundamental. Em outras palavras, o fato de o Estado permitir que um serviço público essencial seja alcançado ao cidadão por uma empresa privada não faz com que a natureza desse serviço se modifique, deixando de ser essencial e permitindo sua interrupção, pois é evidente a importância do serviço público de abastecimento para a efetividade do direito fundamental de acesso à água tratada.

Conclusão

O serviço público de abastecimento é o principal instrumento utilizado para garantir a efetividade do direito de acesso à água potável, pois apenas através da supervisão e do poder do Estado é que se pode garantir que um bem essencial à vida humana digna, como é o caso da água e em nossos dias água tratada, seja alcançado e jamais negado ao cidadão.

Contudo, o Estado moderno passou por mudanças em que o direito incorporou novas instituições para satisfazer necessidades essenciais individuais de importância coletiva, consolidando-se o serviço público de abastecimento de água potável como um mecanismo estatal para assegurar a satisfação do direito de acesso, porém, um serviço público delegado ou repassado por permissão ou concessão a particulares.

Nesse contexto, as empresas de abastecimento de água estão protegidas por uma legislação protecionista de seus patrimônios, em despeito à situação social caótica que vive parcela considerável da sociedade. Desconsidera-se a função social das atividades que realizam essas empresas, ao ponto de, havendo inadimplemento por qualquer usuário desse serviço público, a interrupção do fornecimento do serviço essencial ser utilizada de forma rápida e implacável.

Assim, através da análise de algumas definições doutrinárias, podemos perceber que o serviço de abastecimento de água é sem dúvida um instrumento de efetividade do direito fundamental ao acesso à água tratada. Contudo, o que se tem em casos de suspensão desse serviço é uma inobservância de princípios básicos do nosso ordenamento, havendo por parte de nossos tribunais uma valorização de leis que são absolutamente, no contexto de funcionamento do nosso ordenamento, inconstitucionais.

Nesse passo, a suspensão de um serviço de caráter público e, inquestionavelmente, essencial é avalizada pela legislação brasileira, o que permite que um direito fundamental seja negado ao cidadão quando este não conseguir pagar pelo serviço público.

No mesmo sentido, as decisões dos tribunais brasileiros respaldam tal desconsideração com o direito fundamental de acesso à água, julgando casos concretos em que os interesses econômicos das prestadoras de serviços públicos de abastecimento têm prioridade em relação à dignidade humana, que não é reconhecida àqueles que não têm condições financeiras para efetuar o pagamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

_____, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UNB, 1997.

BRASIL. **Constituição**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. **Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm> Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. **Lei 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em 18 mar. 2012.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em 18 mar. 2012.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/L8987cons.htm>>, acesso em 05.01.2012.

¹ Disponível em <http://www.abcon.com.br/perf_03.php>, acesso em 02.01.2012.

_____. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>>, acesso em 18.12.2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial improvido. Administrativo – Serviço de Fornecimento de Energia Elétrica – Pagamento à Empresa Concessionária sob a Modalidade de Tarifa – Corte por Falta de Pagamento: Legalidade. Recurso Especial nº 705.203 - SP (2004/0166429-5). Recorrente: Cerâmica Artística Kelli Ltda. Recorrido: Elektro Eletrecidade e Serviços S/A. Relator: Ministro Eliana Calmon. Brasília, out. 2005. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial não-conhecido. Administrativo – Serviço de Fornecimento de Água – Corte por falta de pagamento, após aviso prévio – Legalidade – Lei n. 8.987/95 e LC n. 170/87 - Súmula 83/STJ. Recurso Especial nº 678.044 - RS (2004/0092807-7). Recorrente: Jurandir João Mattana. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos - DMAE. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo no Recurso Especial não-provido. Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Corte no Fornecimento de Água e Esgoto. Art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95. Impossibilidade de Suspensão do Abastecimento na Hipótese de Exigência de Débito Pretérito. Caracterização de Constrangimento e Ameaça ao Consumidor. Art. 42 do CDC. Precedentes. Agravo no Recurso Especial nº 1.027.844 - RJ (2008/0025160-4). Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Marines de Souza Ramos. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, maio 2008. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no Agravo de Instrumento improvido. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Direito Processual Civil. Dissídio Jurisprudencial não demonstrado. Violação do Artigo 535 do CPC. Recorrente que não define em que consiste a omissão. Súmula nº 284/STF. Artigo 458 do CPC. Ausência de fundamentação no Acórdão. Inocorrência. Instalação de Hidrômetro. Inexequibilidade. Reexame de Provas. Súmula nº 7/STJ. Serviço de Água e Esgoto. Interrupção. Incabimento no Caso de Dívidas Pretéritas. Agravo no Agravo de Instrumento nº 1.207.818 - RJ (2009/0188194-3). Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Nanci do Bonfim Magalhães. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, dez. 2009. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004

CARVALHO Fº, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares**. Serviço público “à brasileira”? Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 230, out-dez/2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação cível não provida. Apelação cível n.º 990.10.094337 - 5. Apelante: Condomínio CAIC - Preedio 303 (Justiça Gratuita). Apelado: SEMAE - Serviço Municipal Autonomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto. Relator: Romeu Ricupero. São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Reexame Necessário concedido. Constitucional. Abastecimento de Água. Corte de Serviço Essencial. Reexame Necessário n.º 70006088355. Impetrante: Ione Marques Aloy. Impetrado: COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO – CORSAN. Relator: Augusto Otávio Stern. Rio Grande do Sul, jun. 2003. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=N%BA+70006088355&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 03 abr. 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível provida em parte. Apelação Cível. Direito Constitucional à Saúde, ao Saneamento Básico e do Consumidor. Direito Administrativo. Fornecimento de Serviço Público de Água por Concessionária. Corte. Débito pretérito. Inviabilidade. Apelação Cível n.º 70036295541. Apelante: Nelva Salete Oliveira Duarte. Apelado: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Rio Grande do Sul, maio 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 mar. 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

HART, Herbert L. A.. **O conceito de direito**. 5ª ed..Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22^a ed.. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ONU. **Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2002.

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

PINTO, Maurício; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. **El Derecho Humano AL água: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n° 237, jul/set. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2^a edição. São Paulo Melhoramentos, 2010.