

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL: UMA PROPOSTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE RIGHT TO DRINKING WATER: A PROPOSAL FOR PUBLIC POLICIES

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori¹

Sergio Urquhart Cademartori²

RESUMO: Parte-se do pressuposto de que o tema da crise da água na atualidade, envolve inúmeras dimensões. Dentre elas, salienta-se o problema ambiental, os limites do mercado e o papel que a água adquire nesse contexto e principalmente no debate sobre a sustentabilidade ou insustentabilidade do desenvolvimento. O artigo analisa e apresenta uma alternativa - a partir da teoria garantista delineada pelo pensamento de Luigi Ferrajoli e da proposta de Pedro Arrojo Agudo -, que parte da teoria jurídica e da *praxis* das políticas públicas, com o fim de fortalecer a exigibilidade do fornecimento de água a todas as pessoas, e ao mesmo tempo sugerir uma alternativa de possível salvaguarda dos mananciais de água potável.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à água potável; Desenvolvimento Sustentável; Políticas Públicas

ABSTRACT: This article begins that the assumption that the issue of water crisis today, involves many dimensions. Among them, we highlight the environmental problem, the limits of the market and the role that water acquires in this context and especially in the debate about sustainability or unsustainability of development. This article analyses and presents an alternative – from warrantist theory outlined by the thought of Luigi Ferrajoli and Pedro Arrojo Agudo proposal – that part of legal theory and *praxis* of public policies in order to strengthen the enforceability of the provision of water to all people, and the same time suggest a possible alternative for safeguarding water sources of drinking water.

KEY WORDS: Fundamental right of drinking water; Sustainable Development; Public Policies

1 INTRODUÇÃO

Discutir o tema da crise da água na atualidade, envolve inúmeras dimensões. Dentre elas, salienta-se o problema ambiental, os limites do mercado e o papel que a água adquire nesse contexto. O que diferencia a crise ambiental atual das anteriores é o fato de que o homem é diretamente responsável por ela e poderia ser também sua vítima. Nestas condições, a sociedade de crescimento não é sustentável nem desejável e portanto é urgente pensar em uma sociedade de “decrecimento induzido” que seja, dentro do possível, serena e de convivência. Esta crise civilizatória e de evolução reflete-se no meio ambiente de forma tremenda, principalmente com relação à água, bem essencial para a sobrevivência das espécies. A repercussão de uma opção por um desenvolvimento econômico ilimitado é direta sobre um recurso tão frágil como é o da água potável.

¹ Professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle (Canoas-RS). E-MAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle (Canoas –RS). E-MAIL: scademartori@uol.com.br

É o momento de pensar em novas formas de proteção a esse bem: aqui propõe-se tratá-lo de duas maneiras alternativas: como um direito humano fundamental e como um “bem fundamental”, inserido portanto na mesma lógica dos “direitos fundamentais”, que são indisponíveis ao Estado e ao mercado.

No ordenamento jurídico brasileiro a água é tratada como um bem difuso de titularidade transindividual (Celso Fiorillo), ou ainda um bem de uso comum (Constituição Federal de 1988), inserido dentro dessa nova projeção do direito a vida, que é a proteção ao ambiente (J.A. da Silva).³

Desta forma, a postulação da água potável como bem fundamental e a consequente obrigação de seu fornecimento a todos, por parte dos poderes públicos, é corolário da constatação de seu caráter imprescindível para a manutenção da vida em si mesma.

O fato é que, como consequência da situação de crescimento alienado acima mencionada, hoje o fornecimento de água potável se insere na lógica da mercantilização dos insumos para a sobrevivência da espécie humana, e deixa um número incontável de pessoas à mercê dos humores da economia, colocando em risco suas vidas. Essa situação de grave ameaça à dignidade humana exige que seja dado um novo tratamento a esse bem indispensável para a vida.

Este ensaio se propõe - a partir das postulações da teoria garantista delineada pelo pensamento de Luigi Ferrajoli e da proposta de Pedro Arrojo Agudo -, apresentar uma alternativa que parte teoria jurídica e da *praxis* das políticas públicas, a fim de fortalecer a exigibilidade do fornecimento de água a todas as pessoas, e ao mesmo tempo oferecer uma sugestão de possível salvaguarda dos mananciais de água potável.

Este é precisamente o objeto do presente trabalho, o direito substancial à inclusão do direito à água potável como um direito/reivindicação relacionado diretamente aos direitos humanos fundamentais.

2. O DEBATE SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, OS LIMITES DO MERCADO E A CRISE DA ÁGUA

³ Sobre o tema veja-se dentre outras obras 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; BARROSO, L. R. Água: a próxima crise. In: _____ (org.). **Temas do Direito Constitucional II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 307-313; GRANZIERA, M. L. M. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001 e ARAÚJO, Luiz Alberto David. A função social da água. In: _____ (org.). **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: ITE, 2002.

Referindo-se ao tema do desenvolvimento sustentável e sua relação com o meio ambiente, o economista indiano Amartya Sen afirma serem discutíveis as abordagens sobre as exigências deste desenvolvimento. De modo simples, o meio ambiente é percebido como o “estado de natureza”, incluindo magnitudes tais como toda a extensão da cobertura florestal ou o número de espécies vivas. Assim, supõe-se que toda a natureza preexistente permanecerá intocada caso não sejam adicionadas artificialmente impurezas e materiais contaminantes. Existem dois defeitos neste raciocínio. O primeiro defeito consiste em não considerar que o meio ambiente também é composto pelas oportunidades que ele proporciona às pessoas. “O impacto do meio ambiente sobre as vidas humanas precisa estar entre as principais considerações na ponderação do valor do meio ambiente.”(SEN, 2011, p. 282)

Esta percepção foi celebrada em 1987, no Relatório Brundtland. O “desenvolvimento sustentável” foi definido como o “desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer as capacidades das futuras gerações para satisfazer suas próprias necessidades.” Ainda que Sen discuta a correção da abordagem da Comissão Brundtland sobre o que deve ser sustentável, afirma que ela promoveu a compreensão de que o valor do meio ambiente não pode ser dissociado das vidas dos seres do planeta. (2011, p. 283)

O segundo defeito é o de não considerar o aspecto da busca ativa insito à ideia de meio ambiente. Muito mais que uma mera preservação passiva, está ao alcance do poder humano melhorar o ambiente em que se vive. Nosso poder de intervir com eficácia e raciocínio pode ser substancialmente reforçado pelo próprio processo de desenvolvimento. Por exemplo, o incremento da educação e do emprego das mulheres pode ajudar 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.

Essa percepção do desenvolvimento que considera um aumento da liberdade efetiva dos seres humanos, consegue promover a união construtiva das pessoas comprometidas com atividades benéficas ao meio ambiente, no domínio das atividades de desenvolvimento. É assim que o processo de “empoderamento” implicado no processo de desenvolvimento faz com que esse poder seja usado não só para dizimar o meio ambiente; também pode preservá-lo e enriquecê-lo. Pode-se perceber esta situação na purificação da água e na eliminação de determinadas epidemias.

Especificamente sobre a definição “sustentável” do Relatório Brundtland, Amartya Sen pergunta se a compreensão do ser humano implícita nela adota uma ideia suficientemente ampla da humanidade. Como antes mencionava-se, o Relatório define “desenvolvimento sustentável” como aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais

sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as suas próprias necessidades. Mais além das necessidades, as pessoas tem valores; em especial, são capazes de raciocinar, eleger, participar, atuar, etc. Considerar somente as necessidades nas pessoas leva a uma visão empobrecida da humanidade.

Na obra *An almost practical step toward sustainability* (Um passo quase prático rumo à sustentabilidade), o economista Robert Solow estende e refina este conceito. 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 abertura na cobertura geracional: o enfoque nos interesses de todas as gerações futuras faz com que todas elas passem a receber atenção nas atitudes ou encargos que cada uma deverá tomar em relação à sua sucessora. (SEN, 2011, p. 284)

Sen considera que o enfoque de Solow não está baseado em uma percepção abrangente da humanidade.

Em particular, manter os *standards* de vida não é a mesma coisa que sustentar a liberdade e a capacidade das pessoas para ter – e garantir – o que valorizam e que tem razão para atribuir-lhe importância. Nossa razão para valorizar as oportunidades concretas não necessita sempre residir em nossa contribuição para nossos *standards* de vida ou, mais geralmente, nossos próprios interesses. (SEN, 2011, p. 285)

É necessário reformular a ideia de desenvolvimento sustentável, visto que a vida humana não é importante apenas para a satisfação das necessidades, mas também pela liberdade que se desfruta. A partir das definições de Brundtland e Solow, a liberdade sustentável deverá incluir a preservação das “capacidades substantivas” das pessoas sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de terem uma liberdade igual ou superior.

Para utilizar uma distinção do medioevo, não somos apenas ‘pacientes’ cujas necessidades merecem consideração, mas também ‘agentes’ cuja liberdade de decidir o que valorizar e a maneira de buscá-lo pode estender-se mais além de nossos próprios interesses e necessidades. O significado de nossa vida não pode ser posto na caixinha de nossos *standards* de vida ou da satisfação de nossas necessidades. As necessidades manifestas do paciente, por mais importantes que sejam, não podem eclipsar a relevância vital dos valores arrazoados do agente. (SEN, 2011, p. 286)

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.

Mas acontece que o desenvolvimento é insustentável. A terminologia “desenvolvimento sustentável” é detestável. É um conceito “armadilha”, que consegue

realizar de forma admirável um trabalho de ilusão ideológica, que consiste em criar um consenso entre partes antagônicas graças a um obscurecimento do juízo e a anestesia do sentido crítico das vítimas, quando em verdade, as expressões acumulação de capital, exploração da força de trabalho, imperialismo ocidental ou dominação planetária descrevem melhor o desenvolvimento e a globalização, e provocariam, genuinamente, um sentimento de rejeição por parte daqueles que estão do lado equivocado da luta de classes e da guerra econômica mundial. A obra-prima desta arte de mistificação é, incontestavelmente, o “desenvolvimento sustentável”. Quando se junta o conceito de desenvolvimento ao de sustentabilidade, confundem-se ainda mais as coisas. Se usa-se o termo “desenvolvimento insustentável”, pelo menos pode-se ter a esperança de que esse processo perverso possa chegar, um dia, ao seu final. Então refletir-se-ia e trabalhar-se-ia com relação a um pós-desenvolvimento menos desesperador, juntando os pedaços de uma modernidade aceitável, sobretudo, reintroduzindo o social e o político nas relações de intercâmbio econômico, e reencontrar-se-ia o objetivo do bem comum e de uma vida melhor no comércio social. O desenvolvimento sustentável nos tira toda e qualquer perspectiva de saída, prometendo desenvolvimento para toda a eternidade. Felizmente, o desenvolvimento não é nem sustentável, nem durável.

Criticando a gestão da água em muitas nações do mundo, o ganhador do prêmio Goldman 2003, Pedro Arrojo Agudo adverte que a privatização de um serviço que é em si mesmo um “monopólio natural” tem sido um equívoco praticado pelos governos. “El servicio de agua potable es un ‘monopolio natural’ que aspira a la atención universal de una población, en el marco de sus derechos humanos y ciudadanos.” (CASTILLO, 2009, 1)

O mercado, ao buscar clientes, acaba por discriminar em favor dos que tem capacidade de compra, só desenvolvendo suas melhores possibilidades de preço e qualidade no contexto da “livre concorrência”. Isso faz com que as exigências que envolvem o tema da água acabem por impedir que os serviços públicos funcionem bem quando privatizados. Ao falar dos “limites do mercado” e explicar por que um esquema assim não pode funcionar na prestação de serviços básicos, Pedro Arrojo Agudo não cai na tentação de fácil expediente que 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 negócio.

3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À ÁGUA

Entender a água como um bem e um direito humano fundamental exige antes de tudo uma análise no marco teórico do Estado Democrático de Direito⁴, estrutura jurídico-política dedicada à tarefa de proteger e garantir valores, bens e interesses que a sociedade considera relevantes (ou supremos). A tarefa de positivação dessas categorias iniciou com a proclamação dos direitos fundamentais, presentes nas constituições dos Estados democráticos como reservas intocáveis para os poderes tanto públicos como privados⁵. O próximo passo será então, a partir da noção de “direitos”, deduzir a categoria dos “bens fundamentais”, entendidos como merecedores de tutela igual às dos direitos, o que será feito na próxima seção.

Parte-se do tratamento que Ferrajoli outorga aos direitos fundamentais, já que é a partir de uma analogia com os direitos que o jurista italiano aborda a água e outros bens entendidos por ele como fundamentais. O autor adota uma definição formal (não topológica) dos direitos fundamentais pelo valor heurístico substancial da mesma, evitando a enumeração daqueles, o que coloca questões que vão além da esfera da teoria geral do direito. São eles todos os que correspondem à universalidade dos seres humanos em sua condição de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato. (FERRAJOLI, 2001, p. 19)

Por sua vez, define “direito subjetivo”⁶ 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 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)

Como demonstra o autor, são óbvias as vantagens que implica uma definição formal: dado que a mesma prescinde de circunstâncias de fato, sendo válida para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais estabelecidos no mesmo,

⁴ Sobre a relação entre Estado Democrático de Direito e Estado de Direito, ver DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**. Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 11, n. 1, p. 9-25, jan-jun.2006.

⁵ Esfera do indecível, para Ferrajoli. Ver: FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Tradução de Perfecto A. Ibañez et alii. Madrid: Trotta, 1995. e 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: Editora da UFPB, 2013. V. 1 p. 315-334.

⁶ Sobre o tema da proximidade entre as noções de direitos humanos e direitos subjetivos, ver PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 31-34. Já sobre a problemática dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos à prestações, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed.rev.atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 280-312

inclusive nas ordens totalitárias ou pré-modernas. Portanto, possui o valor de uma definição pertencente à teoria geral do direito. (FERRAJOLI, 2001, p. 21)

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.

3.1 AS DIFERENTES DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

No plano da filosofia jurídica, pode-se afirmar que direitos fundamentais são em primeiro lugar pretensões morais justificadas, fundamentadas sobretudo pela teoria moral e sustentadas por valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, para que uma pretensão moral justificada se constitua em direito fundamental é necessário que ela seja positivada como norma constitucional definidora de direitos acompanhada 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 direitos.⁷

Concorda-se com Norberto Bobbio para quem,

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do 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

⁷ Sobre o tema ver: 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, p. 109-112

providenciados através da exigência de que o mesmo intervenha de modo protetor.
(1992, p. 6)

Assim, a reconstrução teórica dos direitos fundamentais leva ao vínculo histórico existente entre os direitos sociais constitucionalizados como direitos humanos fundamentais e as democracias ocidentais⁸.

As necessidades básicas envolvem a atenção aos direitos sociais, isto é, a inclusão social do indivíduo. A exclusão social é incompatível com os direitos fundamentais e com a democracia. Ressalte-se que a democracia deve ser material e não meramente formal: democracia substancial⁹, nas palavras de Ferrajoli.

Por outro lado, uma das características dos direitos fundamentais é a sua complementariedade ou seja, o estabelecimento de uma relação de vinculação estreita. A partir dessa constatação, Leite Garcia pergunta-se: como fundamentar as liberdades de expressão, de opinião ou de informação de um cidadão que não tem atendida sua necessidade básica de educação e é analfabeto? Sem falar no direito de sufrágio: que democracia e que representantes serão eleitos por cidadãos ignorantes, analfabetos ou analfabetos funcionais? Daí afirmar-se que os direitos sociais, econômicos e culturais são fundamentais para a realização igual e universal dos direitos civis e políticos. (2013, p. 45-6)

Dito de outra forma, os direitos fundamentais existem para que sejam satisfeitas as necessidades básicas do cidadão de modo a respeitar a sua dignidade como ser humano. A exclusão social atenta contra a universalidade dos direitos fundamentais, não se podendo falar em satisfação plena ou em efetividade das normas de direitos fundamentais na sociedade. A satisfação das necessidades básicas é a razão para o reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, o que não quer dizer que todas as necessidades proporcionem iguais argumentos para serem reconhecidas como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estão conectados aos valores, interesses e necessidades que façam minimamente o ser humano sentir-se objeto e titular de dignidade humana.

Não cabem dúvidas de que a satisfação das necessidades básicas é uma razão para o reconhecimento dos direitos fundamentais; no entanto, nem todas as necessidades podem ser satisfeitas. Neste sentido, é importante determinar quais as que devem ser satisfeitas e quais as que não o sendo levam à exclusão social. A análise da inclusão social tem seu fundamento no estudo das necessidades básicas que tem como parâmetros a formação social de nosso

⁸ “A cidadania liberal, a partir da influência do *jusnaturalismo* racionalista e da positivação dos direitos de liberdade desde as revoluções burguesas, irá evoluir para uma cidadania de cunho social a partir da transição do Estado liberal ao Estado social a partir das reivindicações dos trabalhadores.” (GARCIA, 2013, p. 43)

⁹ Cf. as conceitualizações de democracia, em especial a democracia substancial na obra FERRAJOLI, L. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Tradução de A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006, p. 99ss.

entorno; a formação de nosso modelo de modernidade como modernidade tardia; os direitos fundamentais como direitos de todos; as necessidades como um estado de carência; o componente sociocultural das necessidades; as necessidades básicas no âmbito dos direitos; os fundamentos dos direitos sociais; os catálogos das necessidades básicas¹⁰ e nesse ponto, a inclusão do direito à água e ao saneamento básico em dito catálogo. (GARCIA, 2013, p. 46-7)

A partir do último quartel do século XX, a conquista civilizatória mais importante nas esferas jurídica e política, qual seja a positivação dos direitos sociais – em especial os direitos à educação, à saúde, à subsistência e à assistência social – passou a ser objeto de ataques e restrições oriundas de autores e de políticas neoliberais. A teoria neoliberal nega o fundamento dos direitos sociais como direitos fundamentais constitucionalizáveis e exigíveis: seus diferentes autores consideram os direitos de liberdade como únicos direitos fundamentais. Para Leite Garcia uma tal debilidade política é consequência de uma debilidade teórica.

Se bem que os direitos sociais são solenemente proclamados em todas as cartas constitucionais e internacionais do século XX, uma parte relevante da cultura política, a liberal e conservadora – plasmada sobretudo e principalmente nas ideias de Friedrich von Hayek -, não considera que se trate propriamente de ‘direitos’ (direitos fundamentais que devem estar constitucionalizados). Os argumentos para sustentar este singular desconhecimento do direito positivo vigente, não por casualidade articulados por ditos economistas mais que por juristas, são os mesmos: que a estes direitos lhes corresponde, antes que proibições de lesão, obrigações de prestação positiva, cuja satisfação não consiste em um fazer, enquanto tal não formalizável nem universalizável, e cuja violação, pelo contrário não consiste em atos ou comportamentos sancionáveis ou anuláveis senão que simples omissões, que não resultariam coercitíveis nem justicáveis. (2013, p. 47-8)

Em suma, doutrinas atuais sobre o tema¹¹ demonstram a falta de fundamentação empírica e os prejuízos que esta ideia “paleo-liberal do Estado mínimo” representa. De fato, fica patente a manipulação perpetuada pelos autores neoliberais sobre o tema das expectativas negativas dos direitos de liberdade clássicos e as expectativas positivas dos direitos sociais. Tudo isso é dito, ainda que possa se perceber os direitos sociais à saúde, à proteção do meio ambiente ou a educação como impondo proibições de lesão de bens ao Estado e os direitos civis e políticos “desde a liberdade de expressão ao direito de voto”, como requerendo por parte do Estado “obrigações de prover as numerosas e complexas condições institucionais de seu exercício e de sua tutela”. (GARCIA, 2013, p. 48)

¹⁰ Na elaboração de um catálogo das necessidades básicas deve-se considerar duas questões relacionadas com os direitos fundamentais: a igualdade e a dignidade humana. Nesse sentido, é clássica a proposição de Len Doyal e Ian Gough, na qual os critérios que possibilitam a percepção das necessidades básicas resumem-se a dois: sobrevivência e autonomia. (apud GARCIA, 2013, p. 47)

¹¹ A título de exemplo das doutrinas mais atuais, menciona-se Victor Abramovich e Christian Courtis, Gerardo Pisarello, Antonio de Cabo e Len Doyal e Ian Gough, bem como Luigi Ferrajoli.

Portanto, reivindica-se a defesa do conceito integral de direitos humanos, isto é, a não existência de hierarquia entre as distintas gerações de direitos fundamentais. Não existindo diferenças de estrutura entre as diferentes dimensões ou gerações de direitos fundamentais, a tese da inexigibilidade judicial intrínseca dos direitos sociais, ou o principal argumento dos neoliberais, cai por terra.

Os distintos autores citados afirmam ao contrário, que os direitos sociais são justiciáveis, ou seja, sancionáveis ou ao menos reparáveis, diante dos comportamentos lesivos a tais direitos: por exemplo, a contaminação atmosférica, que viola o direito à saúde; a demissão injustificada, que viola o direito ao trabalho; ou a discriminação por razões de gênero ou nacionalidade que viola o direito à educação. Outra discussão que deve ser levada em conta, se também devem ser objeto de apreciação do judiciário, as violações dos direitos sociais realizadas mediante omissões do poder público, no caso brasileiro as chamadas normas constitucionais programáticas, que no caso levam a falta de políticas públicas relacionadas com a exclusão social [...] (GARCIA, 2013, p. 49)

No momento da defesa dos diferentes direitos sociais, o conceito integral dos mesmos deve assumir que sua origem se dá a partir de reivindicações de distintas ideologias tais como a liberal, a democrática e mesmo a socialista. Finalmente, é preciso reforçar a ideia de que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, são complementares às demais dimensões de direito, na medida que aqueles quando os direitos sociais não são garantidos, não é possível desfrutar dos direitos de liberdade.

3.2. A ÁGUA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Como uma reação ao fato de que nos anos de 1990 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) - propõem alterações no modo como compreendemos o direito humano à água.¹²

Também a discussão do direito humano à água deve ser percebida a partir da discussão das necessidades humanas básicas tais como a alimentação, o saneamento básico, e o direito à água potável.¹³

¹² Sobre o tema, ver: 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

¹³ “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)

Desse modo, pode-se concluir que os direitos à água potável, assim como ao saneamento básico são, além de necessidades básicas, direitos fundamentais, derivados de direitos sociais fundamentais tais como o direito à saúde. “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)

Ora, a contaminação da água doce em nosso planeta pode ser química e/ou biológica¹⁴ e produz inúmeras as doenças.¹⁵ Sendo o direito à saúde um direito fundamental e por isso mesmo universal, deve obrigatoriamente ser observada por parte das autoridades competentes, no seu fornecimento à população, a qualidade da água para o consumo humano e o combate à ausência de saneamento básico. Tudo sem deixar de considerar que o uso abusivo desse recurso é uma demanda do modelo de desenvolvimento econômico ilimitado.

4 A ÁGUA COMO BEM FUNDAMENTAL

Conforme o que pode ser percebido do anteriormente dito, existe uma estreita correlação entre “direitos” e “bens”, tanto “fundamentais” como “patrimoniais”. Assim, aproveita-se aqui a distinção estabelecida por Ferrajoli entre bens patrimoniais e bens fundamentais, reputadas como indispensáveis para a implementação de parâmetros capazes de delinear políticas públicas para o fornecimento da água potável. Em resumo, Ferrajoli coloca o tema da seguinte maneira:

Chamar-se-ão de bens patrimoniais os bens disponíveis no mercado através de atos de disposição e de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são o objeto, a cujos titulares são reservados o direito de uso e de gozo. Por outro lado, são denominados de bens fundamentais os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um dos indivíduos, porque são objeto de outros tantos direitos fundamentais que, igualmente, se subtraem à

¹⁴ A contaminação química é causada 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.

¹⁵ Até o século XX foram quase 10 mil anos de uma sucessiva história trágica de doenças e epidemias causadas pelas águas, nas populações assentadas perto de rios e lagos, consequências do estilo de vida sedentário. Com a Revolução Industrial e conseqüente crescimento da aglomeração em grandes centros urbanos o problema se agravou ainda mais. “O século XX será marcado pela evolução da medicina e o descobrimento das origens das doenças e assim conseqüente evolução de seu tratamento e prevenção. Dentre essas a evolução tecnológica que marcará o combate à água não potável. Tudo levaria a crer que no século seguinte depois dos conhecimentos adquiridos sobre o tema das epidemias e infecções diarreicas estariam dizimadas. Infelizmente essa ainda não é uma realidade. Nas populações pobres ainda encontramos números alarmantes das doenças aqui relacionadas, nas enchentes e inundações as doenças relacionadas com a água contaminada aumentam.” (GARCIA, 2013, p. 55)

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 similares. (FERRAJOLI, 2012)

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, 2007, I, p. 776-782)

Por sua vez pode-se distinguir, com base na diversidade de sua estrutura, três grandes classes de bens fundamentais:

<p>a) bens personalíssimos</p>	<p>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.</p>
<p>b) bens comuns</p>	<p>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 humanidade¹⁶</p>
<p>c) bens sociais</p>	<p>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”.¹⁷</p>

Por outro lado, os bens em si mesmos, como bens vitais e por isso fundamentais, são valorados como objetos de garantia, incrementando os respectivos direitos fundamentais

¹⁶ 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, 2007, v. I, p. 264 e ASTUTI, 1958, p.374).

¹⁷ São substancialmente estas as definições destes três tipos de bens fundamentais estipulados em FERRAJOLI, 2007, p.777-778.

através da introdução de proibições de lesão ou de obrigações de prestação, e seu valor como garantia é maior que o das funções e instituições de garantia orientadas a sua tutela ou sua distribuição.

A partir dessa perspectiva, o jurista italiano reivindica que, as inúmeras cartas e convenções, internacionais e constitucionais dos direitos fundamentais, deveriam 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-lhes limites rigorosos ao mercado e ao desenvolvimento industrial, e por outro lado como garantia dos bens sociais, vinculando-os a política para torná-los acessíveis a todos.¹⁸

Ferrajoli postula que proteger um bem como fundamental significa torná-lo indisponível, isto é, inalienável e inviolável, e conseqüentemente, subtraí-lo do mercado e do arbítrio das decisões políticas, ou seja da maioria. Também sob este aspecto, os bens fundamentais reafirmam o paradigma dos direitos fundamentais, dado que também suas garantias equivalem a limites e a vínculos impostos para a tutela de todos e de cada um, seja aos poderes privados através da estipulação de sua indisponibilidade, seja aos poderes públicos através da estipulação de sua inviolabilidade, e ao mesmo tempo, a obrigação de garantir a todos sua fruição. Aduz que pode-se acrescentar que se as Cartas de direitos fundamentais evocam a ideia do “contrato social” de convivência pacífica entre os homens, uma Carta internacional dos bens fundamentais se configuraria como uma espécie de “contrato natural” de convivência com a natureza¹⁹ e poderia iniciar-se, parafraseando o preâmbulo da Carta da ONU, com as palavras:

¹⁸ Ferrajoli recorda que a “Carta mundial da natureza” (*World Charter for Nature*) foi 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. Todas estas normas são claramente inadequadas perante a gravidade do desafio do atual desenvolvimento insustentável. Faltam, 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. Sobre estes problemas, cf., além de **Principia iuris** cit., II, § 16.21, pp. 582-587, a M. Tallacchini, *op. cit.*, cap. V, pp. 202 ss. 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.

¹⁹ É o título do ensaio de SERRES, M. **Le contrat naturel**. Paris: François Bourin, 1990.

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.

Advirta-se que as garantias dos bens comuns e dos bens sociais requerem instituições públicas voltadas à sua prestação. É claro que estas garantias não podem limitar-se apenas às garantias dos direitos respectivos, exigindo-se também o desenvolvimento de complexos aparatos administrativos voltados a funções específicas 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 tornam necessária e urgente a qualificação da água como bem fundamental. A garantia do acesso universal à água potável é possível somente através de sua subtração à lógica do mercado²⁰ e de que sua distribuição seja atribuída a esfera pública, e se necessário, sua produção.

Todavia, entende Ferrajoli que, diferentemente dos bens personalíssimos e dos bens comuns, esse bem pode muito bem ser patrimonial, mas somente na quantidade que exceda ao mínimo vital. (FERRAJOLI, 2012) Aqui aparece um problema importante na teoria de Ferrajoli: dada a fundamentalidade desse bem e sua escassez, a água potável não deveria 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

²⁰ 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.

mínimos vitais, a primeira condição de produtividade tanto individual como coletiva e portanto de desenvolvimento econômico. Em suma, se é verdade que os direitos sociais custam²¹, o custo da falta da sua satisfação é muito maior, condenando bilhões de seres humanos à indigência e ao desenvolvimento e sendo fonte inevitável de migrações de massa e de conflito²².

5 À TÍTULO DE CONCLUSÃO: DUAS PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

No que respeita especificamente 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. Mais de um bilhão de pessoas não tem a possibilidade de aceder a ela; e por esta impossibilidade, milhões de pessoas morrem todo ano. A água, de fato, tornou-se um bem escasso por dois motivos: pelas agressões ao patrimônio florestal, que provocam todo ano a devastação de milhões de hectares, muitos dos quais viram deserto; pela poluição das nascentes, dos rios e dos aquíferos, provocadas pelas atividades industriais desreguladas; e pela massiva privatização, enfim, 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. Esta garantia somente pode consistir na transformação da água potável num bem público, submetido a um tríplice estatuto: a 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); a proibição da sua destruição e do seu consumo além de um determinado limite máximo; a taxação, enfim, em bases progressivas dos consumos excedentes ao limite mínimo, mas inferiores ao limite máximo.

Em resumo, deveriam distinguir-se três estatutos diferentes, segundo o seu diverso uso ou abuso, conforme o quadro abaixo:

a) Mínimo vital	Acessível gratuitamente a todos.
b) Quantidade excedente ao Mínimo vital,	Sujeita a pagamento em

²¹ Sobre o tema ver HOLMES, S.; SUNSTEIN, C.R. **The Costs of Rights**. Why Liberty depends on Taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

²² Sobre a relação entre direitos sociais e economia, cf. FERRAJOLI, L. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma: Laterza, 2007. v. II, p. 67-71.

mas inferior a um limite máximo	bases progressivas e levando-se em conta os diversos usos e territórios.
c) A quantidade excedente ao limite máximo	Sujeita a rígidas proibições de desperdício ou de destruição, para garantir o direito de acesso à todos.

E é evidente que para tal fim se requer 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 taxação 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.

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. Não obstante, 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 apresenta uma proposta complementar, iniciando por aceitar o objetivo de apresentar uma estrutura que permita aos organismos operadores ter sustentabilidade financeira e garantir os direitos coletivos. Um serviço público eficiente e bem capacitado tem todas as condições de garantir a prestação da água como direito e a sustentabilidade econômica do organismo operador. A proposta de Arrojo - que tem um caráter inicial, visto que ainda deverá ser aprimorada-, consiste em distinguir diferentes classes de consumo, conforme se pode ver no quadro e nas afirmações abaixo.

AS DIFERENTES CLASSES DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS VINCULADOS À ÁGUA

1^A. CLASSE: Prestação da água vinculada aos direitos humanos	Deve ser gratuita.
2^A. CLASSE: Prestação da água vinculada aos direitos cidadãos	Deve pautar-se de modo a absorver os custos da produção e distribuição.
3^A. CLASSE: Prestações vinculadas a negócios	A água deverá assumir o valor de matéria-prima

	geradora de riquezas e ser cobrada de modo a sustentar as duas primeiras classes de prestação de serviços.
--	--

A “água como direito humano”. Em um primeiro nível, a água mínima para a sobrevivência (de acordo com a ONU, 30 litros de água potável por dia) “Esos 30 litros diarios por persona serían la fuente pública gratuita.”²³

A “água como direito cidadão”. Os direitos cidadãos, diferentemente dos direitos humanos, estão vinculados a deveres. A proposta envolve a colocação de um hidrômetro em cada casa, sendo os primeiros 30 litros diários gratuitos; os 100 litros seguintes pagos de acordo com o que a comunidade considera razoável para poder financiar o serviço que está sendo oferecido. Já os 100 litros seguintes são um luxo e serão pagos em dobro, sendo que os outros 100 serão pagos cinco vezes mais. Com os pagamentos extraordinários, pretende-se financiar o serviço básico daqueles que não podem pagar.²⁴

A “água como negócio”. Embora todos tenham o direito a serem mais ricos, este não é um direito humano e cidadão. Não se pode colocar como prioridade tornar mais rico aquele que já é rico, baseando essa riqueza na sustentabilidade dos ecossistemas, chega-se à conclusão de que não se pode seguir contaminando em nome da economia.

En este nivel, el agua debe ser gestionada en una lógica económica en la que haya un principio de recuperación de los costos de parte del Estado. Esa agua debe ser pagada como una materia prima para costear la totalidad del sistema. Así sucede en los países más desarrollados, y se han garantizado organismos públicos eficientes y agua de alta calidad. (CASTILLO, 2009, p. 1)

É preciso mencionar também outros dois casos. A “água-delito”, isto é, aquela que envolve funções e usos que nunca deveriam ser permitidos; ela deve ser ilegal e os juízes devem ser rigorosos na aplicação da lei. E ainda, a água que os rios necessitam para serem “rios-vida” e nesse caso o objetivo será recuperar a saúde dos rios.

Para Pedro Arrojo os problemas mexicanos relacionados à água são um reflexo fiel de uma crise que ocorre em todos os países do mundo com matizes e peculiaridades específicas.

Lo que hoy se califica como la **crisis de la gestión del agua** en el mundo es en

²³ Também denominada de “água-vida”, vincula-se ao espaço dos direitos humanos. Essa classe de prestação deve ter prioridade máxima, sendo gratuita e universal. Arrojo recorda que diferentemente dos direitos de cidadania, os direitos humanos não tem deveres e que a ONU aprovou a quantia de 30 a 40 litros de água potável por pessoa. Desse modo, o físico espanhol sugere uma fonte pública potável e gratuita perto de casa para todos. (ARROJO, 2012)

²⁴ A “água-cidadania” envolve os interesses gerais da sociedade e direitos e deveres de cidadania. Pedro Arrojo Agudo pergunta ironicamente se existiria um “direito humano à máquina de lavar roupas”. E responde que não, todavia, nos sentiríamos indignos se sabemos que não temos água em casa. Este é um direito humano de cidadania. O consumo deverá ser dividido em níveis, sendo o mais baixo deles subsidiado. No caso de ser ultrapassada essa quota mínima, os cidadãos deverão pagar em ordem crescente por seus “pequenos luxos”. A ideia é “penalizar” o bom cliente.” (ARROJO, 2012)

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 [...] (CASTILLO, 2009)

Também em quase todo o mundo acabou por se impor o que Arrojo denomina de “estruturalismo hidráulico”: a construção de grandes obras de engenharia de modo a represar os rios, canalizando-os; tudo isso baseado num paradigma de dominação da natureza. 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 aplica como grande política da água é a construção de grandes empresas, de grandes transposições para dominar os rios. Isso tudo produz seus benefícios e seus impactos. Assim são geradas as bases da crise hidrológica do século XX, que envolve a quebra generalizada dos ecossistemas aquáticos, não só como resultado das infraestruturas bem como tudo que ela acarreta: extrações abusivas de água, contaminação sistemática e massiva com despejos de todo tipo (urbanos, tóxicos, de indústrias, de mineração a céu aberto etc.). Tudo isso faz com que a crise da água seja uma crise de qualidade e não de quantidade. A água não irá acabar; o problema é que antes a água podia ser bebida com certa tranquilidade e hoje, bebendo a água

[...]o te envenenas o te enfermas. Hemos quebrado la salud de los ríos. [...] 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)

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:

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.

Essa argumentação é um grave equívoco: na sequência, ela é acompanhada pela crise de governança e acaba por transformar os cidadãos em clientes.

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, porque eles não se responsabilizam com o

que poderá ocorrer com as 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, p. 1)

Vale ressaltar que o mercado não é “mau”, apenas é inapropriado. Constata-se que na maior parte das vezes, não existe a opção de não beber a água que chega pela rede urbana, e é colocado um hidrômetro, sendo necessário pagar a água consumida. Como neste caso não existe competição, quem assumir o negócio irá fazer sempre um bom negócio.

No caso da água, está-se frente a um serviço de interesse geral, que se pretende que seja de acesso universal porque é um direito humano ou de cidadania. É necessário fornecer um serviço, organizando-o de modo que aquele que não possa pagar o receba de modo igual ao que tem mais dinheiro. 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, p. 1)

O problema reside na forma como a função pública é organizada, de modo democrático ou não, com ou sem controle dos serviços públicos por parte da cidadania. O debate não entre o público ou o privado e, sim se é público-corrupto, público-democrático ou público-participativo.

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 quitemos uno por ciento del agua. Es un problema de voluntad política, no debemos confundirnos. (CASTILLO, 2009, p. 1)

Em definitivo, as propostas teóricas de considerar 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. 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: novembro de 2013

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

BRASIL. **Lei 9433/97**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.html>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

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

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: Editora da UFPB, 2013. Vol. 1 p. 315-334.

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: agosto de 2013

DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**. Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 11, n. 1, p. 9-25, jan-jun.2006.

GARCIA, Marcos Leite. Sustentabilidade e direitos fundamentais à saúde: a questão da qualidade da água para consumo humano. 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, no novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro. Curitiba: CRV, 2013. p. 43-68

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**. Tradução de Perfecto A. Ibañez et alii. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **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**. Uma discussão 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. Roma: Laterza, 2007. v. I e II

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

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.

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. 706p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. 550p.

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 10 de setembro de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed.rev.atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 416p.

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.

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