

ÁGUA POTÁVEL E A TEORIA DOS BENS FUNDAMENTAIS DE LUIGI FERRAJOLI

DRINKING WATER AND THE THEORY OF THE FUNDAMENTAL GOODS OF LUIGI
FERRAJOLI

João Hélio Ferreira Pes¹

RESUMO:

Este trabalho apresenta a teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli, e analisa a sua incidência em relação ao bem ambiental água potável. Inicialmente, adota um conceito para água potável; na sequência, verifica o que é bem ambiental para, logo a seguir, caracterizar a água potável como bem ambiental e não como mercadoria. Por fim, analisa a teoria dos bens fundamentais de Ferrajoli e a definição de água potável como bem fundamental. Conclui que a água é um bem fundamental que assume a função de objeto de direitos fundamentais, essencial para garantir a efetividade de direitos subjetivos. Por vezes, assume a função de objeto de direito fundamental à prestação, e, em outras situações, assume a função de objeto de direito fundamental de defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Água potável; bem ambiental; teoria jurídica; constitucionalismo; Bem Fundamental.

ABSTRACT:

This paper presents the theory of the fundamental goods of Luigi Ferrajoli and analyzes their impact in relation to environmental good: drinking water. Initially, it adopts a concept for drinking water, in sequence, it checks what environmental good is, so soon after, to characterize the drinking water as an environmental good and not as merchandise. Finally, it analyzes the theory of the fundamental goods of Ferrajoli and the definition of drinking water as a fundamental good. It concludes that the water is a fundamental good that takes the function of object of the fundamental rights, essential to ensure the effectiveness of subjective rights. Sometimes, it takes the function of object of the fundamental right to provision, and, in other situations, takes the function of object of the fundamental right of defense.

KEYWORDS: Drinking water; environmental good; legal theory; constitutionalism; Fundamental Good.

INTRODUÇÃO

A água tornou-se um bem escasso devido à poluição dos recursos hídricos, de forma mais intensa nas águas superficiais (rios, lagos e nascentes) e em processo de degradação nas subterrâneas (aquíferos e lençóis freáticos), provocada pelo homem, principalmente pelas atividades industriais e agrícolas.

¹ Doutorando Universidade de Lisboa, Mestre/UFSM e Professor Curso de Direito/UNIFRA. joaohelio@unifra.br

Nos últimos tempos está ocorrendo uma massiva privatização, serviços públicos e empresas vinculadas à gestão das águas estão sendo privatizados, provocando o paradoxo que consiste em: “um bem ambiental ser tratado como objeto do mercado”, comercializável, acessível apenas aos detentores de recursos financeiros, o que contraria o princípio basilar dos modernos ordenamentos jurídicos, que é o da dignidade da pessoa humana.

Neste trabalho, analisa-se o bem ambiental água potável, a partir do conceito de água potável e bem ambiental, para verificar se é possível utilizar a teoria dos bens fundamentais, de Luigi Ferrajoli, na caracterização desse bem vital como bem fundamental, objeto de direitos fundamentais, essenciais para a efetivação de direitos de prestação e de defesa.

O trabalho está estruturado em quatro partes. Inicialmente, efetua-se a definição de água potável, considerando ser imprescindível que a conceituação seja feita de forma clara e objetiva; para tanto, realizam-se algumas distinções, entre elas a distinção entre água doce, salobra e salgada e a distinção entre água potável e não potável para, na sequência, expressar qual a definição adotada. Na segunda parte, conceitua-se bem ambiental, distinguindo-o da definição de bem patrimonial. Na terceira parte, caracteriza-se a água como bem ambiental e não como mercadoria. No último tópico do trabalho sobressai a teoria dos bens fundamentais de Ferrajoli e a sua incidência em relação ao bem ambiental água.

A teoria dos bens fundamentais surge como uma solução para enfrentar a questão da insuficiência da estipulação ou reconhecimento de direitos fundamentais na garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesses vitais. A estipulação de alguns direitos como fundamentais nas atuais constituições não tem sido suficiente para garantir às pessoas a efetividade desses direitos. Conclui-se que há necessidade de reconhecer uma nova categoria de ‘bens’ que são os ‘bens fundamentais’, como a água, para que esses bens garantam, efetivamente, os correlativos direitos fundamentais, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão (direitos de defesa), ora em expectativas positivas de prestação (direitos à prestação).

1 DEFINIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL

A água, líquido transparente em seu estado de pureza, é um elemento natural imprescindível à vida no planeta. Além do mais, trata-se de um recurso multifuncional, servindo ao abastecimento humano, à agropecuária, à geração de energia, ao transporte, à recreação e a tantos outros usos.

A diferença entre água doce, salobra e salgada reside na salinidade² presente ou não na água, ou seja, na quantidade ou teor de sais dissolvidos. A salinidade média do Oceano é de 36‰. Isso significa que em cada litro de água do mar existem 36 gramas de sais dissolvidos, dos quais a maior parte é o sal comum (cloreto de sódio). No entanto, a salinidade varia desde as zonas mais salgadas do Mar Vermelho, rodeado por desertos onde a evaporação é intensa e o afluxo de água doce reduzido, até as zonas menos salgadas como o Mar Báltico, com grande afluxo de água doce proveniente dos rios. Nos rios e lagos, mais precisamente nas águas superficiais, a composição da água doce é muito variável, em virtude da quantidade e qualidade de sais minerais ou substâncias orgânicas ou químicas dissolvidas nas águas correntes ou paradas. Da mesma forma, a água que se encontra na atmosfera ou nos aquíferos (águas subterrâneas) pode apresentar na sua composição variada quantidade de sais.

Desde as primeiras lições de ciências, aprende-se que a água é composta por várias moléculas. Cada molécula contém dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio, o popular H₂O. Essa estrutura química é responsável por algumas propriedades que tornam a água fundamental para a existência de vida no planeta Terra. No entanto, é preciso ver que H₂O é a fórmula química da substância pura, ou seja, apenas a água destilada é que apresenta essa composição. O mesmo não ocorre com a água no seu estado natural, a denominada água doce encontrada na natureza. Na verdade, tanto a água doce como a salobra ou a salgada contém sais minerais. O que as diferencia é a concentração dos sais dissolvidos.

Assim, água doce é a que “brota de fontes, rios, cursos ou veios subterrâneos, caracterizada por reduzida incidência de sais minerais, susceptível de ser absorvida pelos seres vivos”. Já a água salgada é “a dos mares e determinados lagos de grandes dimensões, constituída por elevado grau de cloreto de sódio” (CASTALEIRO, 2001, p. 132).

A água salobra tem mais sais dissolvidos que a água doce e menos que a água do mar. É, portanto, uma mistura de água doce com água salgada. Ocorre em ambientes diversificados, mas principalmente em estuários e lagunas, embora alguns mares sejam, também, constituídos por água salobra (DIAS, 2009).

Juridicamente no Brasil a distinção entre água doce, salobra e salgada foi definida pela Resolução nº 20, de 18 de junho de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, posteriormente substituída pela Resolução CONAMA nº 357, de 17 de março de

² Salinidade é a medida da quantidade de sais existentes em massas de água naturais como um oceano, um lago, um estuário ou um aquífero. Os íons de sódio, potássio, cálcio, magnésio, cloro, sulfato e bicarbonato são os maiores contribuintes para a salinidade da água.

2005³, que efetuou a classificação das águas em doces, salobras e salinas. Águas doces são aquelas com salinidade igual ou inferior a 0,50 ‰. Águas salobras são aquelas com salinidade superior a 0,5 ‰ e inferior a 30 ‰. Águas salinas são aquelas com salinidade igual ou superior a 30 ‰.

É de conhecimento geral que ‘água potável’ é como se chama a água que pode ser consumida sem riscos de se adquirirem doenças por contaminação. Ela pode ser oferecida à população com ou sem tratamento prévio, dependendo de sua origem. O tratamento da água visa a reduzir a concentração de poluentes e sais até o ponto em que não apresentem riscos para a saúde pública.

Na definição utilizada pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1.532), é ‘potável’ a água “em que as substâncias tóxicas e os fatores e organismos patogênicos têm níveis seguros ou aceitáveis para consumo humano”. Assim, é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que tem determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo humano.

A água potável pode ser oriunda de uma fonte natural ou ser obtida através de um processo de tratamento físico e/ ou químico. Esse processo é realizado nas ETAs (Estações de Tratamento de Água), considerando a qualidade original da água, o que faz com que um ou mais processos de tratamento possam ser aplicados. Entre os principais processos de tratamento de água, podem ser citados: a decantação, a filtração, a fluoretação, a desinfecção e a floculação.

Da mesma forma, a água salgada ou salobra, por não ter a característica da potabilidade, pode ser alterada e, conseqüentemente, transformada em água potável. A dessalinização, que consiste na retirada dos sais dissolvidos na água, é um processo complexo, pois os sais estão fortemente ligados às moléculas da água, o que torna ineficientes os processos convencionais de tratamento de água.

A potabilidade ou não da água é verificada por meio de diversas técnicas que são, na maioria dos ordenamentos jurídicos, positivadas em normas legais e infralegais. Essas normas que se apresentam em forma de regulamentos jurídicos definem as características necessárias para considerar a água potável.

³ Resolução nº 357 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, de 17 de março de 2005, disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res357.html>, acesso em 22.09.2009.

No Brasil, o Ministério do Meio Ambiente, através do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, em 17/03/2005 colocou em vigor a Resolução 357⁴, substituindo a Resolução CONAMA 20 de 18/06/1986, para dispor sobre a classificação dos corpos de água e definir diretrizes ambientais para o seu enquadramento. Essa norma estipula a partir do artigo 7º uma série de condições e padrões de qualidade que devem ser observados, incluindo a água potável (destinada ao abastecimento para o consumo humano) na classificação das águas doces de classe especial (aquelas que são potáveis a partir de simples desinfecção); de classe 1 (águas potáveis após tratamento simplificado); e de classe 2 (potáveis após tratamento convencional).

A presença de contaminantes não indica necessariamente que a água representa um risco para a saúde. Inclusive podem ocorrer significativas discrepâncias entre os valores toleráveis, de uma legislação para outra. A título de exemplo, numa comparação da legislação americana com a brasileira, verifica-se que nos EUA⁵ a EPA - Environmental Protection Agency - estabeleceu para o mercúrio, produto que pode provocar danos irreversíveis à saúde humana, no chamado 'Nível Máximo de Contaminantes (MCL)', um padrão de 0,002 mg / L, enquanto que no Brasil o CONAMA estabeleceu na Resolução 357, de 17 de março de 2005⁶, a tolerância máxima de 0,0002 mg / L, portanto a tolerância brasileira é dez vezes menor que a americana.

No direito internacional, por força do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷, o Conselho DESC – Conselho dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - tem emitido OG - Observações Gerais - que são indicações que devem ser observadas pelos Estados Partes. Na Observação Geral 15⁸ o Conselho DESC, ao fazer referência aos padrões de qualidade que as águas deverão ter, quando destinadas ao uso pessoal ou doméstico, define que as águas não devem conter micro-organismos ou substâncias químicas ou radioativas que possam constituir uma ameaça para a saúde e, ainda, que deverão

⁴ Res. 357 do CONAMA. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>, acesso em 05.10.2009.

⁵ Estados-Membros podem definir padrões mais rigorosos para o mercúrio do que a EPA. Informações básicas sobre o Mercúrio na água potável – site EPA. Disponível em <http://www.epa.gov/safewater/contaminants/basicinformation/mercury.html#five>, acesso 03.10.2009.

⁶ Artigo 14, II, da Res. CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005, que define padrões de qualidade da água doce. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>, acesso em 03.10.2009.

⁷ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸ Observação Geral 15. Disponível em <<http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf>>, acesso em 10.10.2009.

ter uma cor, um odor e um sabor aceitáveis. Portanto, abstraem-se dessa Observação Geral características que as águas devem ter e o que não devem conter para serem consideradas potáveis.

A definição de água potável a ser adotada para este trabalho tem como objetivo delimitar de forma clara a caracterização desse bem, portanto, não há qualquer pretensão ideológica de assumir determinado posicionamento ou corrente de pensamento nessa definição. Tal esclarecimento é necessário porque na definição adotada se enfatiza a potabilidade, considerando as necessidades humanas, excluindo do conceito as condições necessárias para que a água pudesse ser consumida por animais.

Nesse sentido, é necessário esclarecer que incluir no conceito de água potável as águas passíveis de consumo animal geraria uma série de questionamentos de difícil solução. Apenas para elucidar tal afirmação: como considerar potáveis águas nas quais vivem ratazanas, totalmente contaminadas e perigosas para determinadas espécies de animais? Portanto, pela complexidade que a definição de potabilidade carrega, é impossível incluir em tal conceito outros animais que não o homem.

Além disso, trata-se de um tema jurídico atual, correspondente a bens ambientais e, ainda, considerando que o direito tem sido essencialmente antropológico, não admite, grosso modo, uma interpretação “biológica”, ou seja, o bem água é objeto de direitos fundamentais que tem como sujeito ativo apenas o homem, não admitindo outros seres como sujeito de direito⁹.

Quanto à visão antropocêntrica na tutela do ambiente, e por conseguinte, no direito de acesso a bens ambientais, convém registrar o acerto da tese do “antropocentrismo ecológico”, defendida pelo Professor Vasco Pereira da Silva (2002). É necessário superar a clássica dicotomia antropocentrismo-ecocentrismo, a partir da concepção de que o Direito é um fenômeno cultural, que regula relações entre seres livres e responsáveis que “devem ter consciência dos seus deveres de preservação do meio ambiente e das suas obrigações perante as gerações vindouras, que passam pela conservação do patrimônio biológico assim como do cultural” (SILVA, 2002, p. 31).

Vasco Pereira da Silva alerta, ainda, que deve ser rejeitado qualquer excesso fundamentalista na caracterização do que denomina “antropocentrismo ecológico”. Alerta, ainda, que uma concepção subjetivista que tem como ponto de partida o “direito das pessoas”

⁹ Ressalvam-se as opiniões em contrário – daqueles que consideram animais sujeitos de direito ou da própria Constituição do Equador de 2008, que considera a “natureza” como sujeito de direito (art. 71). Disponível em <<http://www.presidencia.gob.ec>>, acesso em 07.02.2012.

não deve desconsiderar a dimensão objetiva da tutela ambiental, já que o futuro do Homem está indissociavelmente ligado ao futuro da Terra. Finalmente, o autor ressalta que é preciso concordar com a posição ecocêntrica de que “a natureza tem de ser protegida também em função dela mesma, como um valor em si” (AMARAL; ALMEIDA, 1994, p.16 e 17), porém com a ressalva de que “isso não deve significar nem a ‘personalização jurídica’ das realidades naturais, nem a pseudoatribuição de ‘direitos subjetivos’ à Natureza – os quais seriam uma contradição nos termos, pois se trataria de uma espécie de ‘direitos subjetivos sem sujeito’.” (SILVA, 2002, p. 30).

Assim, sem exageros e nem mesmo interpretações equivocadas, fica desde logo bem claro que na definição de água potável estará ausente a expressão ‘animais’, por força da necessidade de caracterizar que os destinatários do direito de acesso a esse bem ambiental são os seres humanos.

Outro esclarecimento quanto à terminologia utilizada diz respeito ao problema de ordem semântica relacionado às expressões “recursos hídricos” e “águas”. O significado de cada uma dessas palavras tem variações que dependem do ramo da ciência que as utiliza, porém, no decorrer deste trabalho elas serão empregadas como sinônimas.

No Direito brasileiro a legislação que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433 de 08.01.1997, tem como âmbito de aplicação apenas os recursos hídricos oriundos de águas doces, sendo que o conceito de ‘recursos hídricos’ é mais amplo, ou seja, inclui tanto as águas superficiais como as subterrâneas disponíveis para qualquer tipo de uso. Portanto, essa norma brasileira não abarca na caracterização de recursos hídricos as águas marítimas que têm diferentes usos, alguns relacionados diretamente com a economia, como a pesca, a navegação, o lazer.

Por fim, a definição a adotar-se é de que ‘água Potável’ é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que apresenta determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo do ser humano. Assim, deve estar livre de qualquer tipo de contaminação, e ser oriunda de uma fonte natural ou artificial, como nascentes, poços, estação de tratamento, etc.

2 DEFINIÇÃO DE BEM AMBIENTAL

Os bens ambientais juridicamente considerados podem ser tanto os bens materiais ou corpóreos (água, rios, florestas) como os bens imateriais ou incorpóreos (paisagem, ambiente

de trabalho, ambiente de convivência). Os bens ambientais corpóreos podem ser classificados em imóveis e móveis, levando-se em conta a sua própria natureza, as suas qualidades físicas, como mobilidade ou imobilidade e, em alguns casos, a ficção legal, eis que a lei pode considerar um bem como imóvel, ainda que, fisicamente, ele seja móvel.

Uma polêmica considerável é a relacionada com a classificação quanto à titularidade do domínio sobre os bens, envolvendo os ambientais. Quanto ao titular do domínio, tradicionalmente no Brasil e em Portugal os bens foram classificados como sendo de particulares (privados) ou públicos (do Estado). O direito brasileiro, até o advento da Constituição de 1988, filiando-se ao direito lusitano, também exprimiu a ideia de bens públicos, em contraste com a ideia de bens privados. Essa classificação distinguia-se da adotada pelos romanos que, em correspondência com a classificação geral das coisas, utilizaram uma classificação tripartida dos bens, agrupando-os em três grandes categorias: comuns, públicos e particulares, sendo que os bens comuns eram aqueles reputados insusceptíveis de apropriação por parte do Estado ou dos particulares, não tinham dono (*res communis*), mas, sendo essenciais à vida humana, todos podiam usa-los livremente.

A polêmica é intensa na doutrina brasileira. Há autores (doutrina majoritária) que afirmam ser o bem ambiental espécie do gênero bem público de uso geral do povo, e outros, como Celso Fiorillo (2000) e Paulo Afonso Leme Machado (2001), têm o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados.

No Código Civil brasileiro de 2002 (art. 99), os bens públicos são divididos em três categorias: I- os *bens de uso comum do povo*, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II- os *bens de uso especial*, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III- os *bens dominicais ou dominiais*, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

A Constituição brasileira de 1988, no art. 225¹⁰, “formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados” (FIORILLO, 2000, p. 85-86). Depois de séculos e séculos de história, quando já se

¹⁰ parte do texto do *caput* do art. 225: “(...) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo(...)”

formulava que a estrutura básica do Direito positivo é baseada do Direito público e no Direito privado, o Direito Constitucional brasileiro criou um terceiro bem, denominado “bem ambiental” (FIORILLO, 1999, p. 163).

Para essa corrente doutrinária, uma das características do “bem ambiental” é a de que esse é um bem ao qual as pessoas não se atrelam por meio do instituto da propriedade. A propriedade é baseada na ideia de usar, gozar, fruir e fazer o que se bem entende, ideia essa que não é possível aplicar ao “bem ambiental”, tanto pelo agente público, como pelo particular. Portanto, o legislador, quando definiu na Constituição o bem ambiental como de uso comum do povo, estabeleceu um bem que não tem estrutura de propriedade e desatrelou um dos requisitos do instituto da propriedade, que é o uso, para vinculá-lo ao bem ambiental, estabelecendo, também, que o povo tem possibilidade de utilizá-lo, mas jamais de fazer dele uma estrutura de propriedade (FIORILLO, 1999, p. 163).

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou o bem difuso, vê-se o fim da dicotomia do bem público e privado. Outrora, os bens, se não privados, amparados paternalisticamente pelo Código Civil, seriam públicos.

Tradicionalmente os bens ambientais, como espécies dos bens difusos, receberam tratamento do regime de direito público, pois foram definidos juridicamente como bens da Administração. Todavia, a “sociedade de risco” (BECK, 1992.), em que se está inserido, sugere um novo tratamento jurídico a esses bens. Verifica-se que aos bens ambientais é necessário dar uma qualificação jurídica de bens que têm como destinatários não só a coletividade da presente geração como a da futura. Assim, os bens ambientais não integram, por via de consequência, o patrimônio do Estado, sendo para este bens indisponíveis, portanto o Estado não atua jamais como proprietário desses bens, mas diversamente, como simples administrador de um "patrimônio" que pertence à coletividade no presente, e que deve ser transferido às demais gerações do futuro (MIRRA, 1995).

Até recentemente, o Estado foi considerado o "dono da natureza", mas pouco fez para preservá-la. Aliás, pode-se afirmar que, por seu poder de polícia, por ação ou omissão, encontram-se os maiores descasos com o meio ambiente. A total ineficácia do poder de polícia tem sido fator gerador e facilitador das degradações ambientais. Portanto, tem-se ao lado do bem público e do bem privado, uma terceira categoria de bem, chamado difuso. É reflexo de uma sociedade em evolução, de uma conscientização sobre a importância e a preservação do meio em que se vive, da necessidade de deixar como herança às futuras gerações um planeta habitável e, por que não dizer, um planeta onde se possa sentir o perfume

das flores e respirar ar puro. Essa simples aspiração pode parecer poesia ou utopia diante do nebuloso e incerto contexto em que se vive.

Nas águas agitadas dessa temática, destaca-se a definição de bem ambiental produzida por Rui Carvalho Piva (2000, p.114): “bem ambiental é um valor difuso, imaterial ou material, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental. (...)”. Quanto à natureza jurídica do bem ambiental ou dos bens ambientais, como prefere dizer a doutrina brasileira dominante, não há divergências. Trata-se de um bem difuso, um bem protegido por um direito que visa a assegurar um interesse transindividual e transgeracional, de natureza indivisível, de que sejam titulares todos (do presente e do futuro) e cada um.

Para fins de compreensão clara desse tema é mister que a definição de bens ambientais também seja alargada, no sentido de que compreenda não só os bens naturais (exemplificativamente: água, ar, solo, fauna e flora) mas também os chamados bens artificiais (LUÑO, 2003, p. 484), ou humanos como: patrimônio histórico e cultural, ambiente urbano, habitat, etc (CANOTILHO, 2007).

Por fim, essa definição de bem ambiental é importante que esteja presente de forma permanente em toda a extensão do presente trabalho, eis que a água potável se reveste de fundamental importância por ser um bem ambiental por excelência.

3 ÁGUA POTÁVEL: BEM AMBIENTAL NÃO APROPRIÁVEL

A água potável, pela importância que tem para a manutenção da vida na face da terra e por ser um bem ambiental, bem que deve ser protegido pelo direito para assegurar os interesses e carências das atuais e futuras gerações, deve ser tratada como um bem de uso comum de todos (frise-se das gerações do hoje e do amanhã), portanto, impossibilitada de ser apropriada por particulares.

Segundo o professor italiano Riccardo Petrella, fundador e secretário do Comitê Internacional para o Contrato Global da Água¹¹, “os Estados têm que garantir, em cada país, que a água é um bem comum. Se a legislação nacional determinar que a água é um bem comum, que pertence a todos, a água do Brasil, do Canadá, da França, não será vendida” (PETRELLA, 2001, p. 27). Para Petrella, o Banco Mundial elaborou o conceito do que chamam PPP (Parceria Público Privada) em que deve haver uma parceria entre autoridades públicas e o setor privado, na qual a função das autoridades públicas é criar o ambiente mais

¹¹ Comitê fundado em 1998, na Expo Lisboa, com representantes de diversos países, presidido pelo ex-presidente de Portugal Mário Soares.

favorável para o setor privado, e depois os serviços de provisão relacionados à água serão efetuados pela iniciativa privada. Assim, é possível entender quais os interesses daqueles que querem considerar a água como mercadoria e jamais como direito fundamental do homem.

Petrella (2001, p.27) também afirma que “a água não pertence aos brasileiros ou ao governo brasileiro. Ao contrário, a água é um bem comum e o Estado tem a função de proteger o bem comum”. Isso ocorre porque, ao dizer que a água do Brasil é dos brasileiros, o governo democraticamente eleito poderá decidir vendê-la, e assim ela deixa de ser um bem comum, ou seja um direito, e passa a ser uma ‘mercadoria’.

Outros doutrinadores têm posições diferenciadas, a maioria deles acaba não aprofundando a abordagem sobre as definições constantes nas legislações relativas às águas.

Há, entretanto, autores brasileiros que ousam definir a água como “mercadoria”, desconsiderando a própria definição constitucional e legal (regulamentadora da norma constitucional)¹². Entre esses estão Aser Cortines Peixoto Filho e Sandra Helena Bondarovsky, que, ao analisar a Lei das Águas (Lei 9.433/97) assim expressaram-se: “A cobrança pelo uso do recurso hídrico...é um dos principais instrumentos de gestão criados pela Lei. Visa estabelecer a água como um bem econômico, uma mercadoria, bem como...” (PEIXOTO & BONDAROVSKY, 2000, p. 14).

Como é possível continuar considerando como direito fundamental um direito que não mais tem a marca da universalidade, eis que somente protege os atuais proprietários dos imóveis em que há recursos hídricos (nos países em que a apropriação é admissível), restringindo a titularidade desses direitos a poucos?

A afirmação de que a água pode ser considerada mercadoria é um equívoco. Mercadoria, na concepção marxista, é o resultado da transformação da matéria-prima (bens da natureza) em bens de consumo, aplicando a força de trabalho e instrumentos de produção. No entanto, a água potável (que pode ser utilizada como matéria-prima em algumas situações), após a aplicação de qualquer “força de trabalho” (tratamento potável, despoluição, represa, etc), estando apta a ser consumida, pelo ser humano, não pode ser caracterizada como mercadoria (PES, 2005, p.27).

No processo produtivo, a matéria-prima bruta (bens da natureza) quando realmente transformada, resultando um bem de consumo, será um bem que é considerado “mercadoria”, como exemplo: a árvore é transformada em madeira, que por sua vez pode ser transformada em móveis, assim a madeira ou os móveis são mercadorias. No entanto, a água, mesmo

¹² Constituição Federal art. 225, combinado com o art. 20 e 26 e a Lei nº 9.433/97.

depois de sofrer tratamento químico ou de incidir sobre ela qualquer outra forma de força de trabalho, permanecendo “água potável”, não pode ser considerada mercadoria ou bem de consumo resultante de um processo de produção, pois continua sendo bem da natureza (bem ambiental vital) e, portanto, até pode ser utilizada como matéria-prima de uma fábrica de tintas, como exemplo, porém o produto que será considerado mercadoria será a tinta e não a água.

Além do mais, o próprio Karl Marx (1983, p. 149), em sua obra *O Capital*, afirmou que: “antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza”¹³. Assim, o trabalho, por ser um processo entre o homem e a natureza, é o elemento mais importante na confecção do produto final, ou seja, do bem de consumo. No entanto, o produto final não é mais importante que o homem ou que a natureza. A água potável será sempre natureza, e, portanto, jamais mercadoria.

É preciso compreender que o bem ambiental ‘água’ (H₂O), assim como o ar que se respira (O), está na natureza em quantidade inalterável e suficiente para manter todas as formas de vida. No entanto, a qualidade desses elementos vitais é que se altera pela ação do homem. A possibilidade de apropriação de um bem vital, seja pelo Estado seja por particulares, é algo inconcebível. No que diz respeito à água, contraria o próprio ciclo hidrológico, eis que ninguém altera nem destrói a substância água e também não a armazena indefinidamente no seu prédio: o utilizador “descarta-se” da água após a utilização. Pela evidência do mais rudimentar balanço de massas, sabemos que a “entrada” tem como consequência certa a “saída” exatamente da mesma quantidade que entrou.

No ciclo hidrológico: uma porção poderá ser incorporada em produtos e será transportada para outros lugares onde continuará o ciclo, e a restante retoma o seu percurso no local onde for liberada. Pode evaporar-se ou permanecer algum tempo como umidade do solo, transitar num ser vivo, alimentar um curso de água ou um aquífero ou ainda ser despejada diretamente no oceano.

Para avaliar os efeitos da intervenção humana no ciclo da água, é importante verificar quais as perturbações e modificações à qualidade da água, e em que medida podem ser afetadas outras funções e utilizações da água, ou será ameaçada a segurança de terceiros.

No atual sistema de gestão das águas, tem sido importante na relação do Estado com particulares o licenciamento ou concessão de “captação de água” e de “rejeição de águas

¹³ Texto também citado por Vânia Bastos, em: ‘Para entender a economia capitalista’ (BASTOS, 1989, p.10).

residuais”. A “captação” é tratada como apropriação privada de uma coisa pública e incide por isso na quantidade de água apropriada. A autorização de “rejeição” refere-se à “degradação da coisa pública” por incorporação de “detritos” privados. Na perspectiva do direito, toda água captada deixa de existir para sempre (contrariando a própria natureza), assim como só têm existência legal as substâncias poluentes quando diretamente incorporadas em “determinadas águas”. Não há lugar a balanços de massas entre captação e rejeição, nem da água nem de quaisquer outras substâncias.

Assim, urge a compreensão de que a água é um bem comum, cuja apropriação privada é nociva e compromete a sua qualidade necessária para manutenção da vida. A gestão desse bem deve pautar-se pela responsabilização do utilizador, para que a ‘restituição’ da água seja em condições adequadas, sendo responsabilidade do Estado a verificação de conformidade e fiscalização, assim como a proteção da utilização, as adequadas condições na origem e a boa administração da água devolvida.

O controle sobre o “consumo de água”, deve se deslocar do “quanto usa”, para se centrar em “como devolve”. E assim é para “toda água”, dê ela entrada numa propriedade naturalmente ou por desvio artificial do percurso, e quer a saída se dê por escoamento superficial, por evaporação ou por infiltração – o controle do percurso implica sempre a responsabilidade pela qualidade e regime de restituição.

Assim, a água potável, por ser um bem ambiental, indispensável para a manutenção da vida, deve ser gerida como um bem comum, na acepção romana de “*res communis*”, jamais como “*res nullius*” ou mercadoria que pode ser apropriada por particulares ou, mesmo, bem sob o domínio e propriedade do Estado. O direito sobre a água (bem inapropriável) pode consistir em um conjunto de normas que tenham como objetivo proporcionar água em quantidade e qualidade suficientes não só para as gerações do presente, mas para todas as gerações do futuro.

É inaceitável considerar a água, substância natural tão importante quanto o ar para a vida de homens, animais e plantas, como um mero produto do mercado capitalista. Admitir-se a água como mercadoria, posta à venda, significaria admitir que somente os detentores de capital poderiam ter acesso a esse bem e, ainda, que poderia estar à venda água de boa qualidade por um preço e de má qualidade (poluída) por outro, conseqüentemente, água limpa para os ricos e água suja para os pobres.

Assim, a água potável deve ser tratada como um bem ambiental de uso comum, portanto jamais como mercadoria apropriável por particulares, comercializada como um mero produto do mercado capitalista.

4 ÁGUA POTÁVEL E A TEORIA DOS BENS FUNDAMENTAIS

Luigi Ferrajoli, em seu texto denominado “Por uma Carta dos bens fundamentais”, publicado na Itália em 2010, sob o título “Per una carta dei beni fondamentali” (FERRAJOLI, 2010, p.65-98), traduzido para o português em 2011 (FERRAJOLI, 2011, p.49-88), apresenta uma redefinição do conceito de bens, o que pode ser considerado uma verdadeira teoria dos bens fundamentais.

Ferrajoli (2011, p.49-50) afirma ser insuficiente a simples estipulação ou apenas o reconhecimento de direitos fundamentais, pelas constituições, para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesses vitais, principalmente aqueles de tipo coletivo. Conclui que há necessidade de um disciplinamento autônomo e específico para os ‘bens fundamentais’ como a água, a atmosfera, o equilíbrio ecológico, a alimentação básica, os medicamentos essenciais, etc, porque esses bens garantem os correlativos direitos fundamentais, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão (direitos de defesa), ora em expectativas positivas de prestação (direitos à prestação).

As necessidades e os interesses vitais das pessoas têm sido expressados nas constituições democráticas sob a forma de direitos fundamentais, como exemplo, direito à vida, à liberdade, à integridade física, à saúde, à educação, a um ambiente ecologicamente equilibrado, etc. Os valores essenciais e vitais foram inicialmente reivindicados, e posteriormente reconhecidos e tutelados, através de atribuição aos indivíduos de expectativas, ou de pretensões ou faculdades, concebidas sempre como direitos subjetivos. Na condição de direitos fundamentais, limitam e vinculam os poderes públicos, fazendo com que a nenhum poder, nem mesmo a maioria, é consentido decidir ou não decidir, fazendo com que esses direitos situem-se na ‘esfera do indecível’ (FERRAJOLI, 2011, p.49).

No entanto, a estipulação de tais direitos como fundamentais nas atuais constituições, com as obrigações e proibições correspondentes, não tem sido suficiente para garantir às pessoas a efetividade desses direitos. Tem sido insuficiente a simples estipulação de todos a viver num planeta habitável ou a atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuído em tantas constituições e tratados internacionais (PES, 2010). É claro que a afirmação de tais direitos e das respectivas obrigações e proibições é essencial para a sua tutela, porém a efetividade de tais direitos depende de determinados bens, que devem ser alçados à condição de bens fundamentais, com proteções e garantias específicas.

Nesse sentido, a redefinição do conceito de bens é premente. Inicialmente é preciso verificar o conceito de “coisa” e de “bem”. Terminológica ou semanticamente, a palavra “bem” apresenta variados significados. Bem pode ser conceituado como tudo quanto seja capaz de proporcionar ao homem uma satisfação, ou representa aquilo que pode ter certa serventia ou proveito e, ainda, na acepção patrimonial, aproxima-se do conceito de coisa suscetível de valoração.

Bem e coisa não se confundem. Entre juristas há quem defenda que o primeiro é gênero e o segundo é espécie (GOMES, 2004). Nesse sentido a noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto que a coisa restringe-se às utilidades patrimoniais. Para outros autores¹⁴, bem é espécie do gênero coisa. Essa corrente teórica defende que somente as coisas que possuem algum valor é que podem ser chamadas de “bens”.

Independentemente da polêmica acerca da diferenciação entre bens e coisas, o importante é que o direito alberga a noção de “bem”, como coisa dotada de valor econômico ou moral, passível de constituir-se em objeto de uma relação jurídica.

Para Ferrajoli (2011, p.52-3) os ‘bens’ são classificados como uma subclasse das coisas; ao adotar um conceito amplo, define como ‘bem’ aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica. Portanto, são bens não somente as coisas que são o objeto de direitos patrimoniais, mas também, os bens imateriais, isto é, não corpóreos nem concretamente tangíveis, como as obras do talento, invenções, criações intelectuais. São também bens todos aqueles que não são o objeto de direitos patrimoniais, dos chamados ‘bens comuns’, correspondentes aos que os romanos chamavam de *res communes omnium*, como o ar, o solo oceânico e a biodiversidade, por fim, são, ainda, bens aqueles que são o objeto não já de direitos, mas de proibições, denominados bens ilícitos, como as substâncias psicotrópicas. São ‘coisas’ todos aqueles objetos observáveis e tangíveis que possuem um valor de uso e são por isso utilizáveis pelos seres humanos. Não são coisas os corpos físicos inacessíveis, dos quais é impossível o uso, como um terreno situado na lua, ou as estrelas; por outro lado, são coisas os objetos úteis acessíveis e disponíveis, além dos bens materiais, como o ar, a energia solar, os animais, os peixes do mar, enfim, aqueles bens que os romanos denominavam de ‘*res nullius*’.

Os ‘bens fundamentais’ podem ser classificados como uma subclasse dos ‘bens’. Diferenciam-se dos bens patrimoniais porque estes são os disponíveis no mercado através de atos de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são objeto, a cujos titulares é, portanto,

¹⁴ Pensam assim, dentre vários doutrinadores: Silvio Rodrigues (1994) e Miguel Maria de Serpa Lopes (1971).

reservado o seu uso e gozo. Já os bens fundamentais são aqueles cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um por serem objeto de tantos outros direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, não são submetidos à lógica do mercado, como a água, o ar e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade. Portanto, é bem patrimonial qualquer bem que seja objeto de um direito patrimonial e são bens fundamentais aqueles que sejam objeto de direitos fundamentais, observando que enquanto todos os bens fundamentais são, por definição, objeto de direitos fundamentais, somente alguns direitos fundamentais têm como objeto bens fundamentais (FERRAJOLI, 2011, p.54).

Os direitos fundamentais são universais, no sentido de que seu desfrute é acessível a todos *pro indiviso* ou igualmente reservado a todos e a cada um de maneira exclusiva, portanto são direitos indisponíveis e inalienáveis, enquanto que os direitos patrimoniais são todos aqueles direitos que dizem respeito singularmente aos seus titulares com exclusão dos outros, assim, disponíveis e alienáveis. Analogamente os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto, conseqüentemente disponíveis e alienáveis.

Quanto à indisponibilidade dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais, há uma diferença que precisa ser ressaltada. A indisponibilidade dos direitos fundamentais é uma indisponibilidade conceitual, lógica, portanto inviolável, ligada à natureza de generalidade e abstração das normas que estabelecem direitos fundamentais. A dos bens fundamentais é uma indisponibilidade somente jurídica e, portanto, passível de violação, tendo em vista que os bens fundamentais, de fato, são sempre materialmente disponíveis. Resumidamente, a garantia da indisponibilidade dos bens fundamentais possui a forma de proibição, de fato violável, de disposição. Assim ocorre na venda ou destruição de um bem fundamental que, concretamente pode ser irreversível, no entanto, nada pode ser feito para impedir, apenas é possível a proibição e a punição como ilícita. Por outro lado, uma eventual disposição dos direitos fundamentais é sabidamente inexistente, como exemplo: um ato de venda da liberdade de consciência seria irrealizável e sem sentido (FERRAJOLI, 2011, p.54).

Assim, os bens patrimoniais são objeto de direitos patrimoniais enquanto podem ser não somente utilizados mas também desperdiçados, segundo o clássico paradigma “do direito do proprietário de usar e abusar” (GILISSEN, 2011, p. 635-636). Os bens fundamentais são objeto de direitos fundamentais enquanto são objeto de limites ou vínculos, ou seja, das proibições de disposição ou de obrigações de prestação correspondentes aos mesmos, como a proibição das atividades poluidoras, aquelas que limitam ou impedem a apropriação de

recursos reconhecidos como comuns, ou a obrigação de distribuição de bens vitais como a água potável, os alimentos básicos e os medicamentos essenciais.

Luigi Ferrajoli (2011, 57-8) classifica divide os bens fundamentais em três classes: personalíssimos, comuns e sociais. Os bens fundamentais personalíssimos formam a classe dos bens fundamentais mais estreitamente ligada aos direitos vitais da pessoa. São objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou liberdade da sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros. Os bens personalíssimos são tutelados pelas garantias dos respectivos direitos de imunidade (defesa) dos quais são indissociáveis. Tais bens são indisponíveis e o princípio da indisponibilidade possui a forma de uma proibição, assim tais bens são subtraídos ao poder de disposição de seus possuidores justamente para protegê-los da sua alienação, e portanto da sua redução a bens patrimoniais. Caso os titulares desses bens e os respectivos direitos fundamentais tivessem o poder de dispor deles, por exemplo, vendendo a sua liberdade ou parte de seu corpo ou tornando-se escravos, tais bens e tais direitos deixariam de ser universais, e portanto fundamentais, e tornar-se-iam patrimoniais. O corpo de uma pessoa não designa um objeto de sua propriedade, mas de sua identidade, não menos do que o seu pensamento, todos bens fundamentais personalíssimos invioláveis, inalienáveis e intangíveis. Nesse sentido, vale a máxima kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser tratada como uma coisa (KANT, 1995).

Os bens fundamentais comuns são objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou 'liberdade de', isto é, no direito de todos de aceder ao seu uso e gozo: como a água potável, o ar, o clima e os outros bens ecológicos do planeta, de cuja tutela depende o futuro da humanidade. O tema dos bens comuns se reveste de importância na medida em que aumenta a devastação e a destruição de bens que os romanos denominavam de *res communes omnium*, ameaçando os bens fundamentais que são vitais para o futuro do gênero humano. Assim como os bens personalíssimos, justifica-se a não apropriação privada desses bens e a necessidade de garantir a todos a fruição desses bens como objeto de direitos fundamentais de defesa. Para implementar a garantia desses bens a todos é mister que seja adotado um sistema de direito em cada país com regras, limites e controles dos poderes econômicos privados e um sistema de direito (constitucionalismo cooperativo (HÄBERLE, 2007)) de abrangência universal ou global para enfrentar as consequências das agressões aos bens comuns do ambiente (aquecimento climático, poluição e destruição de espécies animais e vegetais), objetivando caracterizar todos esses bens comuns como patrimônio comum da humanidade, como já ocorre com os "fundos marinhos" e os "espaços estratosféricos" (PUREZA, 1995).

Os bens fundamentais sociais são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde, garantidos pela obrigação da sua prestação: como a água, os alimentos básicos e os assim chamados ‘medicamentos essenciais’. Esses bens são fundamentais, não em sentido objetivo e, sim, subjetivo, ou seja, são fundamentais para aqueles que não estão em condições de adquiri-los como bens patrimoniais. Os direitos sociais foram estipulados nas constituições do século XX como direitos fundamentais a partir de mudanças de sentido do mais importante dos direitos humanos que é o direito à vida. Esse direito, na tradição liberal, foi concebido como um direito de defesa, isto é, de não ser morto, porque preponderava a concepção de que cada um tem a possibilidade de sobreviver desde que queira, bastando, para isso, trabalhar (LOCKE, 2001, p. 102-103). Hoje, isso mudou, sobreviver é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato social. A vida encontra-se ameaçada pela falta dos bens sociais e pelas desigualdades crescentes verificadas entre países ricos e pobres e entre ricos e pobres de cada país. Decorre dessa realidade a necessidade de implementar garantias de sobrevivência. Portanto, os bens fundamentais sociais devem ser garantidos para que o direito à vida vá além do direito de não ser morto e abranja o direito de viver com dignidade.

O bem fundamental água é classificado por Ferrajoli (2011, 76) como bem social por esse bem ser objeto de direitos fundamentais sociais, relacionados à subsistência, à saúde e a serviços públicos essenciais de abastecimento, no entanto é possível, também, classificar esse bem na classe dos fundamentais comuns pela dimensão que adquire esse bem quanto à importância para o futuro da humanidade e por ser esse bem objeto de direitos ativos de liberdade de aceder ao seu uso e gozo, inclusive das futuras gerações.

Muitas coisas e muitos bens patrimoniais, como a água, o ar, os medicamentos essenciais e a alimentação básica, tornaram-se bens fundamentais quando se manifestou a sua vulnerabilidade (água e ar) e a sua não renovabilidade (alguns bens ambientais), ou, pelo contrário, a sua aptidão para serem produzidos (medicamentos essenciais e alimentação básica) e, portanto, a possibilidade de garanti-los a todos como fatores de sobrevivência. Da mesma forma, a transformação em bens fundamentais comuns de muitos bens ecológicos que, até há poucos anos, não eram nem mesmo bens, mas simplesmente coisas, como a atmosfera, a biodiversidade e as águas potáveis e que, devido às constantes agressões e degradações, têm se revelado fundamentais para a sobrevivência do gênero humano.

A intervenção do direito é imprescindível para promover essas mudanças de *status* das coisas e dos bens. Diferentemente da transformação de coisas em bens patrimoniais verificada no decorrer da história da humanidade, sempre quando ocorreu escassez e valorização, a garantia de novas coisas e novos bens como bens fundamentais passou a

requerer uma escolha política que consiste em submeter ao direito as relações de mercado (FERRAJOLI, 2011, 59).

Infelizmente, o contrário também tem sido praticado, as relações de mercado têm moldado o direito. A água potável, a partir da constatação de sua escassez, foi alvo de uma valorização econômica, ao ponto de convenções internacionais e a própria legislação nacional (art. 10 da Lei 9.434/97) considerar “bem dotado de valor econômico”. Assim, a privatização desses bens, principalmente os serviços públicos de abastecimento de água potável, encaminha-se no sentido de fazer o caminho inverso do necessário, ou seja, transformam-se bens fundamentais em bens patrimoniais.

Bons exemplos de intervenção do direito são as modernas constituições dos países da América do Sul (Uruguai, Bolívia, Equador, etc), que constitucionalizaram o direito de acesso à água potável e passaram a dar tratamento especial ao bem ambiental água. A proteção dos recursos hídricos por meio de normas de nível constitucional resguarda tais bens das possíveis violações do legislador ordinário e suas eventuais maiorias, além de tutelar esses bens impondo limites e vínculos ao mercado e à política.

Assim, com os bens fundamentais reafirma-se o paradigma dos direitos fundamentais, dado que também as 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 da sua indisponibilidade, seja aos poderes públicos, através da estipulação da sua inviolabilidade e, ao mesmo tempo, a obrigação de garantir a todos a sua fruição. No caso do bem fundamental ‘água’, os vínculos impostos para a sua proteção e fruição estendem-se aos poderes privados, principalmente, quanto ao respeito à indisponibilidade desses bens e aos poderes públicos, notadamente, quanto ao dever prestacional de garantir quantidade mínima necessária para a subsistência.

Por fim, Ferrajoli (2011, p.49-88.) defende que os bens fundamentais são assumidos eles próprios como objeto de garantia, em acréscimo aos respectivos direitos fundamentais, através da introdução de proibições de sua lesão (bens personalíssimos e comuns) ou de obrigações de sua prestação (bens sociais), por isso, às cartas e convenções, internacionais e constitucionais, deveriam acrescentar-se Cartas constitucionais e Cartas internacionais dos bens fundamentais, como garantia dos bens personalíssimos e dos bens comuns para impor limites rigorosos ao mercado e, por outro lado, vincular o poder público para garantir o acesso aos bens sociais.

Para concluir, enfatiza-se que é necessário que se reconheça a dignidade da pessoa humana de forma concreta, garantindo o acesso universal aos bens fundamentais,

notadamente o bem fundamental água. No modelo atual de Estado, Estado não liberal, em que prepondera o que alguns denominam de “neoconstitucionalismo”, em que os ordenamentos jurídicos ‘pós positivistas’ abarcam novos valores, é de bom alvitre que regras e princípios devam garantir o acesso aos bens fundamentais. Quanto ao bem ‘água potável’ há propostas que podem ser assumidas concretamente, como as constantes do ‘O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial’ (PETRELLA, 2002). A primeira proposta é a da distribuição gratuita de água a todos, na medida necessária, para satisfazer os mínimos vitais, que segundo a ONU é de 50 litros diários por pessoa; a segunda proposta é a da proibição de desperdício ou do consumo excessivo, além de um determinado limite máximo; a terceira proposta é a da taxaço progressiva dos consumos excedentes ao limite mínimo, mas inferiores ao limite máximo.

CONCLUSÃO

A água potável é reconhecida como de fundamental importância por ser um bem ambiental vital, por conseguinte, deve receber a proteção do direito para assegurar às atuais e às futuras gerações a garantia da manutenção da vida e, para tanto, é necessário que seja tratada como um bem de uso comum de todos, conseqüentemente, não passível de ser apropriada por particulares.

A definição legal, absolutamente equivocada, presente na Lei das Águas (Lei 9.433/97) de que água é um bem dotado de valor econômico não deve ser interpretada como a caracterização desse bem ambiental como um produto do mercado, ou seja, uma simples mercadoria. Na concepção marxista, mercadoria é o resultado da transformação da matéria-prima (bens da natureza) em bens de consumo, aplicando-lhes a força de trabalho e instrumentos de produção. Portanto, a água potável, que em algumas situações pode ser utilizada como matéria-prima, como na fabricação de bebidas e outros produtos, jamais poderá ser definida, de forma genérica, como uma mercadoria.

A água é um bem comum, cuja apropriação privada é nociva e compromete a sua qualidade necessária para manutenção da vida, notadamente, por ser um bem ambiental, deve ser gerida como um bem comum, na acepção romana de “*res communis*”, jamais como “*res nullius*” ou mercadoria que pode ser apropriada por particulares ou, mesmo, ‘bem’ sob o domínio e propriedade do Estado.

É inaceitável considerar a água, substância natural tão importante quanto o ar para a vida de homens, animais e plantas, como um mero produto do mercado capitalista. Admitir-se

a água como mercadoria, posta à venda, significaria admitir que somente os detentores de capital poderiam ter acesso a esse bem e, ainda, que poderia estar à venda água de boa qualidade por um preço e de má qualidade (poluída) por outro, conseqüentemente, água limpa para os ricos e água suja para os pobres.

Luigi Ferrajoli na sua teoria dos bens fundamentais aborda a questão da insuficiência da estipulação ou reconhecimento de direitos fundamentais, pelas constituições, para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesses vitais, principalmente aqueles de tipo coletivo. Conclui que há necessidade de um disciplinamento autônomo e específico para os 'bens fundamentais', como a água, o ar, etc., porque esses bens garantem os correlativos direitos fundamentais, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão (direitos de defesa), ora em expectativas positivas de prestação (direitos à prestação).

A estipulação de alguns direitos como fundamentais nas atuais constituições, com as obrigações e proibições correspondentes, não tem sido suficiente para garantir às pessoas a efetividade desses direitos. Eis que a efetividade de tais direitos depende de determinados bens, que devem ser alçados à condição de bens fundamentais, com proteções e garantias específicas.

Assim, os 'bens fundamentais' para Ferrajoli são classificados como uma subclasse dos 'bens'. Diferenciam-se dos bens patrimoniais porque estes são os disponíveis no mercado através de atos de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são objeto, a cujos titulares é, portanto, reservado o seu uso e gozo. Já os bens fundamentais são aqueles cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um por serem objeto de direitos fundamentais e que, por isso, da mesma forma que estes, não são submetidos à lógica do mercado: como a água, o ar e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade. Portanto, são bens patrimoniais quaisquer bens que sejam objeto de um direito patrimonial e são bens fundamentais aqueles que sejam objeto de direitos fundamentais, observando que enquanto todos os bens fundamentais são, por definição, objeto de direitos fundamentais, somente alguns direitos fundamentais têm como objeto bens fundamentais.

O acesso à água potável é um direito fundamental que tem como objeto o bem fundamental 'água'. Esse direito de acesso, quando exercido por meio de serviços públicos de abastecimento, assume feição de um direito fundamental social, eis que seu objeto é o bem fundamental social 'água', acessível àqueles que dele necessitam e que deve ser garantido pelo Estado (direito à prestação). Esse objeto é imprescindível para a garantia do direito à vida, na sua acepção de direito social, ou seja, direito de sobrevivência. Por outro lado, o

direito de acesso à água potável, quando garantido de forma genérica para a atual e para as futuras gerações, assume uma feição de direito fundamental (direito de defesa) que tem como objeto um bem fundamental comum acessível a todos (água bem ambiental imprescindível para a vida).

Portanto, é necessário que a teoria dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli seja reconhecida pelo direito para que os bens fundamentais, a partir de estipulações e proteções específicas, possam concretizar uma garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesse vitais. Assim, a efetividade dos direitos fundamentais que tenham como objeto (vinculados ao) o bem ambiental água potável poderá ser plenamente assegurada, proporcionando o reconhecimento do bem mais importante para a humanidade, que é a “dignidade humana”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mário Aroso de, “O Novo Contencioso Administrativo em Matéria de Ambiente”, Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente, n.º 18/19, Dezembro 2002/Junho 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de.(Coord). Direito do ambiente. Lisboa: INA, 1994.

BASTOS, Vânia Lomônaco. Para entender a economia capitalista. Brasília: Editora UnB, 1989.

BECK, Ulrich. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa – anotada. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CASTALEIRO, João Malaca (coord). Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001.

DIAS, João M. Alveirinho. Água salobra. In Revista de Gestão Costeira Integrada (*JICZM - Journal of Integrated Coastal Zone Management*). Disponível em <http://www.aprh.pt/rgci/index.html>, acesso 08.10.2009.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Per una carta dei Beni fondamentali. In MAZZARESE, Tecla; PAROLARI, Paola. Diritti fondamentali. Le nuove sfide. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p.65-98. Texto disponível na íntegra em <http://www.lasinistrainzona.it/index.php?option=com_content&task=view&id=825&Itemid=1>, acesso em 02.03.2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Direito ambiental internacional e biodiversidade. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 8, mai./ago. 1999.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 6ª. ed.. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19ª edição, Forense, 2004.

HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa : Edições 70, 1995.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3ª edição. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, v.1, 1983, p.149.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édís (coord.) Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEIXOTO Fº, Aser Cortines & BONDAROVSKY, Sandra Helena. Água, bem econômico e de domínio público. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 12, ano IV, set/dez. 2000.

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

_____. O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina. Santa Maria: UFSM, 2005.

PIVA, Rui. Bem Ambiental. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

PETRELLA, Ricardo. O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. In Revista Vitale. Porto Alegre: Companhia Riograndense de Saneamento, ano 1, n.1, nov. 2001, p.27.

PUREZA, Jose Manuel. O património comum da humanidade : rumo a um direito internacional da solidariedade? Dissertação para doutoramento em Sociologia na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra : Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995.

REVISTA VITALE. Porto Alegre: Companhia Riograndense de Saneamento, ano 1, n.1, nov. 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das coisas. 21 ed.. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.