

O DIREITO À ÁGUA E SUA AFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARTINDO DO SENTIDO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

THE RIGHT TO WATER AND ITS CLAIM JURISPRUDENTIAL LEAVING
THE DIRECTION OF A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina *
Vinícius Almada Mozetic **

Data de recebimento: 19/02/2015

Data da aprovação: 10/06/2015

RESUMO

O artigo em expressão propõe uma análise à água como um direito humano fundamental e por decorrência passível de exigibilidade estatal. A temática possui como base a dignidade humana e a questão do mínimo existencial, efetuando toda uma análise aos preceitos constitucionais, bem como ao posicionamento doutrinário acerca do assunto, findando com o parecer magistral, no sentido de que, devido a sua essencialidade, bem como, seu posicionamento constitucional, evidenciado em sua interdependência com a dignidade humana seu status de direito fundamental se torna inegável carregando consigo todas as peculiaridades que possui devido a tal condição. O método utilizado é o indutivo. A pesquisa é qualitativa.

* Graduada em Direito na Unoesc/Chapecó; Autora do Blog Direito em Estudo; Estagiária no MPF; Pesquisadora na área de direitos fundamentais e políticas públicas, segurança pública, direito militar e meio ambiente. E-mail: linny.mendes@hotmail.com

** Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Doutorando em Direito (UNISINOS). Mestre em Direito – Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNISC). Especialista em Direito Constitucional (FIE). Especialista em Direito Ambiental (PUCRS). Especialista em Gestão Ambiental (UNIJUÍ). Especialista pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenador do curso de Direito (UNOESC). Advogado. E-mail: vinimoze@yahoo.com.br

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade da pessoa humana; meio ambiente; água como direito fundamental; teoria do mínimo existencial.

ABSTRACT

The article proposes an analysis expression to water as a fundamental human right and consequently, subject to state liability. The theme features based on human dignity and the issue of existential minimum, making all the analysis of the constitutional provisions as well as the doctrinal position on the subject, ending with the masterful opinion, in the sense that, due to its essence, as well as his constitutional position, evidenced in its interdependence with the human dignity of their fundamental right status becomes undeniable carrying with it all the peculiarities that has due to this condition. The method used is inductive. The research is qualitative.

KEYWORDS

Human dignity; environment; water as a fundamental right; theory of existential minimum.

1. INTRODUÇÃO

O respectivo manuscrito retrata o meio ambiente no viés de um direito humano fundamental exigível como cláusula pétrea, pois que, encontra-se enraizado na dignidade da pessoa humana, sendo a esta indissolúvel. Neste acordo, inicialmente será tratado acerca da visão que a Constituição Federal de 1988 possui deste bem, extraindo daí seu conceito e abrangência social, ou seja, seu alcance e limitação, suas raízes e de delimitações da sombra de sua proteção.

Iniciado a discussão sobre o meio ambiente visto como um direito fundamental será abordado à água no mesmo sentido, colocando-a como garantia de uma vida digna, e inclusive como um direito prestacional exigível judicialmente, será enfocada a mesma no entendimento de um patrimônio nacional, assim como, abordado as suas peculiaridades. Em seguida será enfatizado esta, no sentido de um direito humano essencial, dando um especial olhar para a questão dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade, e sua eficácia no plano de um Estado Democrático de Direito.

Por fim será reforçado este entendimento através de decisões magistras, analisando à água como um bem fundamental entrelaçado à questão da garantia de um mínimo existencial, pois que em um Estado Democrático não basta a garantia a um mínimo vital que impeça seus cidadãos unicamente de sucumbirem, mas é necessário a garantia ao direito de inserção social.

Direito este que somente será efetivado por meio de uma vida digna, de condições que coloquem o cidadão em igualdade com seu semelhante, de um posicionamento equânime aos demais, usufruindo de direitos como a saúde, a higiene, dentre outros, questão esta, que está entrelaçada à disposição da água potável, portanto inegável suas características de direito fundamental e, para tanto, sua exigibilidade.

2. A DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE CONFORME OS PRECEITOS DA CARTA MAIOR DE 1988

Ocorre que a Carta Magna de 88 inovou sendo a pioneira em trazer a expressão meio ambiente, tal expressão encontra-se mencionada em diversos Títulos e Capítulos da Lei em comento, mas o dispositivo de maior enfoque ainda compreende o art. 225 o qual possui como letra de seu caput que, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-

lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Por meio da locução *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, extrai-se que o direito ao meio ambiente equilibrado é do conjunto, como pessoa humana, abrangendo desde os animais, as florestas até as pessoas, ou seja, a expressão aborda o sentido mais amplo possível, posto que “o pronome indefinido *todos* alarga a abrangência da norma jurídica, pois não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja,” conforme preceitua Machado (2012, p. 148).

Por tal motivo é que o meio ambiente é um direito transindividual, adentrando a categoria de interesse difuso, irradiando a sombra de seus ramos jurídicos para todos os seres, seja natural, artificial ou cultural, pois constitui um direito subjetivo, disponível *erga omnes*, pois que o meio ambiente é uma totalidade complexa, necessitando ser analisado no seu conjunto para ser estudado e compreendido em todas as suas faces, posto que com irradiação dos raios da Constituição Federal de 1988, não é possível pensar em tutela ambiental estando restrito a um único bem.

Pode-se afirmar que a “insegurança ecológica” tem-se tornado um dos maiores desafios do Estado Constitucional. “O Direito Ambiental brasileiro se situa na confluência das decisões políticas que implicam, sobretudo na escolha de valores éticos, jurídicos, culturais, econômicos e sociais novos”, em conformidade com Krell (2013, p. 2078), em continuação ao entendimento da referida autora extrai-se que:

[...] como expressão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos *à vida* (art. 5º, *caput*) e *à saúde* (arts. 6º e 196 e s.), além da *dignidade* da pessoa humana (art.1, III), para garantir uma vida saudável e digna a ser vivida que propicie o desenvolvimento humano. (2013, p. 2078)

Assim, o meio ambiente constitui um bem imaterial, cujo mesmo para sua efetivação depende da colaboração de toda a sociedade, partindo além dos instrumentos legais e administrativos para o âmbito da solidariedade, posto que, como este se encontra no rol de direitos da terceira geração, o mesmo se agarra ao espírito da fraternidade e da solidariedade, pois, “o relacionamento entre o meio ambiente equilibrado e os direitos fundamentais do homem é *recíproco*: aquele é requisito essencial para a eficácia destes, já que o desenvolvimento da vida humana ocorre ambientalmente” (2013, p. 2078).

No entanto o seu caráter supraindividual, não invalida seu caráter individu-

al, o que torna importante o tratamento unificado destes dois semblantes substantivos provenientes de uma face compreendida por direitos individuais subjetivas e outra por direitos difusos, considerando que tais junções não provem apenas de interesses difusos, mas também de direitos sociais e individuais. Este também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF):

[...] os *direitos de terceira geração*, que generalizam poderes de *titularidade coletiva* atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto *valores fundamentais indisponíveis*, pela nota de uma essencial *inexauribilidade*.

[...] o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.¹

No entendimento de Machado (2013, p. 150) o meio ambiente compreende incontestavelmente um direito fundamental da pessoa humana, como meio de preservar a vida e a dignidade da pessoa humana, posto que a destruição do meio ambiente reflete diretamente na vida dos seres humanos, influenciando-a de maneira frontal. Salienta-se que este direito é de aplicação imediata (art. 5º, §1º) e o fato da hierarquia de sua disciplina brotar desde a constituição explanando-se para o restante do ordenamento lhe confere posição privilegiada pois que lhe insere possibilidade de anulação de leis que venham a lhe ferir, posto que é a Carta Magna que orienta o restante do ordenamento servindo como guia para a efetividade das demais normas (2013, p. 2083).

Assim a interpretação do direito deve respeitar o bem ambiental de maneira a demonstrar sua importância jurídica, assim como, os legisladores ficam obrigados a observarem seus preceitos no uso de suas atribuições assim como, os parlamentares devem acatar seus aspectos protetivos ambientais no ato de regulamentações de atividades sejam públicas ou privadas. Este valor deve ser considerado em todos os aspectos desde a formulação de políticas públicas, posto que qualquer ato que seja

¹ STF, MS 22.164-0 SP, Trib. Pleno, j. 30.10.1995, Rel. Min. Celso de Mello, p. 20 ss. (disponível em www.stf.gov.br)

contrário a este bem e venha causar lhe prejuízo deve ser vetado.

Ele guia à sociedade a proibição do retrocesso ambiental, concedendo-lhes o direito a “um mínimo existencial ecológico que é juridicamente exigível e corresponde a existência de um núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida”. Por decorrência, “os limites deste mínimo devem ser definidos em cada caso concreto, mediante ao emprego do método de ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos, a partir dos princípios da *integração* e da *máxima efetividade*”, no entender de Krell (2013, p. 2083).

Estes dados são efeitos que a consagração a este bem à nível fundamental determina aos agentes públicos ou privados, ou seja, proíbe-lhes de tratar-lhe como bem subsidiário, menor ou acessório. Salienta-se que em conformidade com a ideologia da Constituição Ecológica:

[...] as normas da CF sobre proteção ambiental exercem as funções de *limite* e de *impulso* em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que os órgãos estatais concretizadores das políticas públicas não podem agir em contrário destes dispositivos e, ao mesmo tempo, são obrigados a tomar positivamente as medidas administrativas e políticas em conformidade com os enunciados impositivos da Lei Maior sobre o tema.

O modelo correspondente do *Estado ecológico* aponta para formas novas de participação política (“democracia sustentada”, “cidadania ambiental”), com o fim de garantir o desenvolvimento econômico que seja ambientalmente justo e duradouro; os atos deste tipo de *Estado ambiental* tendem a privilegiar os princípios da *cautela*, da *cooperação* e da *ponderação*. Os efeitos concretos desta construções doutrinárias ainda ganharam pouca nitidez, visto que exigem alterações profundas na própria compreensão da formação da ordem jurídica, de suas funções, seus atores e valores e bens protegidos. (2013, p. 2085).

Por decorrência, como *equilíbrio ecológico* define-se “o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que forma um ecossistema ou *habitat*, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, micro-organismo, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana,” na concepção de Machado (2013, p. 151), por equilíbrio ecológico não insurge inalterabilidade dos estados naturais, mas harmonia entre os seres, fim este visado tanto por meio do ordenamento jurídico quanto através do poder público e da coletividade.

No termo *bem de uso comum do povo*, tem-se um entendimento que ultrapassa o público e o privado, sendo que o poder público passa a agir não como

detentor, mas como gestor do meio ambiente, que administra e deve explicações a sociedade de sua gestão, materializando os preceitos da Carta Maior (arts. 1º, 170 e 225 da CF).

Por corolário como *bem essencial à sadia qualidade de vida*, entende-se que este status apenas será possível através da disponibilidade de um meio ambiente equilibrado, não poluído, compreendendo um vínculo entre estes dois bens jurídicos. Conforma sabido, o direito à vida foi tema de todas as Constituições brasileiras como um bem fundamental, no entanto, como nas demais matérias a CF/88 inovou trazendo a *dignidade da pessoa humana* (art. 1, III) e introduziu a sadia qualidade de vida. São direitos alicerçados constitucionalmente e dependentes um do outro, compreendendo pedra basilar para a construção do Estado Democrático de Direito que a Norma Maior lhe exige.

A saúde e bem-estar do ser humano não significam apenas não ter doenças, vão além, pois possuem influência direta através dos elementos da natureza, portanto a beatitude de um depende do estado do outro, o que robusta a necessidade por proteção que o meio ambiente precisa e merece.

Ademais, assevera Mendes (1997, p. 69), que como meio de assegurar a integridade da Constituição o constituinte originário incluiu alguns direitos como cláusulas pétreas, impedindo que futuras reformas pudessem ocasionar sua destruição, enfraquecimento ou modificações profundas, desestabilizando a continuidade e firmeza da ordem jurídica fundamental, impedindo que o constituinte derivado possa suspender ou suprimir a própria Carta Magna.

A previsão de norma imutável encontra expressividade no art. 60, § da CF/88, a qual determina que “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais,” tornando os mesmos núcleos intangíveis da Norma Maior conforme enfatiza Moraes (2003, p. 1091). Trata-se de limitação expressa no que concerne à matéria.

Assim insta analisar se o meio ambiente compreende ou não uma cláusula pétrea, neste sentido Alexy (1997, p. 74) enfatiza que há um diferencial entre norma e texto normativo, pois esta última vai além de um texto literal, pois é determinada em conjunto com a realidade social, pois a interpretação da norma apenas em seu sentido lingüístico constituiria uma mentira vital, de um entendimento somente formal.

Assim entende-se que para a extração completa de uma norma há a necessidade de proceder com uma interpretação sistêmica, deste modo Alonso Júnior (2006, p. 48) pede que se observe desde o preâmbulo da Constituição, segundo este, para a efetividade de um Estado Democrático de Direito é necessário “assegurar o

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional,” por este caminho salienta o autor:

Negar proteção pétrea ao direito difuso do meio ambiente é afrontar a Lei Maior com negativa de proteção aos demais direitos fundamentais (individuais), porquanto não há como cindir a íntima correlação do direito à vida, à saúde, de desenvolvimento sustentável, dentre outros, com a necessidade de um ambiente sadio. Impossível dissociar. (...) não há como separar a proteção de um direito a um meio ambiente equilibrado dos demais, como também é impraticável ver ao direito social ao trabalho garantido em sua plenitude se as condições de segurança e saúde do trabalhador não são propícias (2006, p. 48).

Posto que no entendimento de Alexy (2009, p. 11) “o direito não é igual as leis escritas”, vai adiante destas. Neste sentido:

Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou juracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista (2009, p. 15).

Ademais no entendimento positivista de uma norma, em seu aspecto externo a mesma produz efeito sempre que esta seja observada, ou seja, o que não se pratica não é direito, já no aspecto interno baseia-se na motivação, aqui o que importa é o psicológico, ou seja, tudo que as pessoas psicologicamente entendem como direito e reagem neste sentido.

Por conseguinte, verifica-se um alargamento no rol de direitos fundamentais, posto que o meio ambiente como possuidor da esfera objetiva e subjetiva, compreende uma expressão mais moderna e avançada, que explana sua proteção para

além do homem, este bem se encontra interligado com a garantia da vida, visto que esta não sobrevive sem o mesmo, fato este arrebatador na questão da inclusão deste bem como cláusula pétrea, posto que o mesmo possui, tanto em seu sentido externo quanto interno, o caráter de um bem fundamental devido a sua importância única na vida de todo ser humano, e também, devido à sua dimensão objetiva-subjetiva, que o enquadra no rol de direitos fundamentais individuais e sociais.

3. PATRIMÔNIO AMBIENTAL NACIONAL: A ÁGUA

Conforme explana Milaré (2011, p. 261):

A água é outro valiosíssimo recurso diretamente relacionado à vida. Ela participa com elevado potencial na composição dos organismos e dos seres vivos em geral; suas funções biológicas e bioquímicas são essenciais, pelo que se diz simbolicamente que a água é elemento constitutivo da vida. Dentro do ecossistema terrestre, seu papel junto aos biomas é múltiplo, seja como integrante da cadeia alimentar e de processos biológicos, seja como fator condicionante do clima e dos diferentes *habitats*.

Mesmo que $\frac{3}{4}$ da superfície terrestre sejam cobertas de água, apenas 2,5% deste total constitui água doce, a maior parte concentra-se nos oceanos e ainda não há formas científicas e economicamente viáveis para torná-la potável. Agora, considerando o fato de 80% da água doce encontra-se condicionada nas geleiras ou na criosfera, conclui-se que a água não representa um recurso nem abundante, tampouco barato. Não obstante, 12% desta água que pode ser utilizada localizam-se no Brasil, porém, encontra-se mal distribuída geograficamente, ademais a poluição neste cenário é assombrosa, posto que 90% dos esgotos domésticos e 70% das descargas industriais são lançadas na água.

Neste sentido, os brasileiros jogam cerca de 40% de água potável fora, enquanto em outros países este percentual situa-se no plano de 10%, no Nordeste, ponto mais carente do País, o desperdício atinge o índice de 60%, isto é, perdem-se mais nos canos antes de chegarem às residências do que se consome. Dessarte, considerando as limitações do ciclo hidrológico com o aumento da demanda populacional, surge à questão fundamental de como administrar este bem.

Falta consciência ambiental à população. Fato este que poderá ser sanado por meio da educação ambiental, da consciência cívica e de políticas públicas. Salienta-se que a Lei que retrata os recursos hídricos (Política Nacional de Recursos Hídricos)

foi promulgada apenas em 1997 (Lei nº 9.433), instituindo o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, ou seja, a preocupação com a água é recente frente à fundamentalidade deste recurso, produzindo pouca efetividade comparada à necessidade e urgência de medidas neste campo.

No ano de 1934 foi promulgada uma lei sobre as águas (Código de Águas/Lei nº 24.643), porém, atualmente encontra-se desatualizada e insuficiente para a contemporaneidade, e frente aos desperdícios e danos sofridos por este recurso, é verificável que trouxe pouca ou nenhuma eficácia jurídica conforme transcreveu-se acima.

Utilizando-se do entendimento de Robert Alexy, conclui-se que de nada adianta uma lei possuir normatividade e coerção, ou seja, cumprir com seus requisitos externos, se internamente não possui eficácia, posto que não cumpre com seu objetivo de influenciar psicologicamente a sociedade, assim é que se constata a ineficácia atual desta lei, urgindo alterações em sua letra e uma descortinação na sociedade sobre a importância deste bem.

Ocorre que “o domínio da quantidade submete-se ao da qualidade”, no entender de Milaré (2012, p. 264), fato este discutível, posto que o uso da água deva ser sempre compatível com o nível de preservação desta, requisito este essencial para a saúde humana e o equilíbrio ambiental, no entanto, a qualidade deste bem se encontra permanentemente ameaçada através da contaminação por microrganismos patogênicos e por meio da modificação das características químicas e físicas dos corpos das águas.

Ao verificarem-se as diversas categorias de poluição que contaminam as águas, verifica-se a necessidade de encontrar sua origem como forma de combatê-la, exercendo vigilância sobre as causas deste mal que podem ser os esgotos domésticos, os agrotóxicos, as efluentes industriais, os pesticidas, a mineração, os detergentes sintéticos, a poluição térmica, e demais fontes não específicas e dispersas atreladas à pecuária, agricultura e ademais. Ocorre que os organismos humanos são sensíveis aos efeitos da poluição hídrica o que robusta a necessidade por qualidade.

Por decorrência cerca de 80% das doenças mundiais provem de patologias ligadas à água (veiculação hídrica), além de prestar para aderir mosquitos e transmissores de epidemias e endemias (ex. dengue). Para alcançar o padrão de qualidade exigido por lei (OMS- Organização Mundial da Saúde), é imprescindível agir por meio do monitoramento, levantamentos e vigilância constante, de maneira a controlar a qualidade de água. Porém, esta incumbência cabe mais que ao Poder Público, mas ao cidadão comum, visto que é este que circula mais próximo e constantemente dos meios hídricos, constatando o problema e procedendo com denúncias quando

necessárias, ou mesmo elaborando programas simples de limpeza, cautelas com águas paradas e etc.

Irrrompe que a quantidade de água que é consumida é maior que a limitação que o ciclo hidrológico impõe, posto que grande parcela da água encontra-se em estado sólido nas geleiras ou vaporizadas na atmosfera, ademais os lagos e rios, além de possuírem volumes comprometidos reservam pouco desta parcela, sobrando as águas subterrâneas ou seja, 0,6% do total da água doce.

Fato este que enseja uma especial atenção à poluição dos aquíferos, e a omissão dos órgãos ambientais que atuam de maneira insuficiente, fato este que vai de encontro aos preceitos da Ordem Maior, cuja mesma em seu art. 20, promulga como propriedade da União, os seguintes incs. Atinentes às águas, “III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;” e ainda “V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial;” e ainda na letra do art. 22 constata-se no inc. IV a competência privativa da União para legislar sobre este bem.

Em seguimento constata-se que apenas os municípios não foram contemplados com a competência sobre as águas, pois no art. 26, inc. I encontra-se como competência dos Estados: “I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.” Assim, nestas águas são os órgãos públicos estatais que empregam as leis federais sobre a matéria, criando políticas sustentáveis e restrições ao consumo desregrado, no entanto esta competência pode ser regulamentada de maneira concorrente entre os Estados e Municípios devido a legislação sobre o meio ambiente e combate a poluição.

Como lei infraconstitucional, tem-se o já citado Código de Águas (nº 24.643/1934), que não foi totalmente recepcionado pela Lei Maior, o Código Florestal (nº 4.771/1965) que trata de maneira reflexa ou indireta, o Código da Pesca (Dec. Lei nº 221/1967- alterado através da Lei nº 11.959/2009), que aborda acerca da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Agricultura e da Pesca. Destaca-se também a Resolução do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos – CNRH, 91, de 05.11.2008 publicada na data de 06.02.2009, que adota procedimentos de ordem geral sobre o enquadramento de corpos de águas subterrâneas e superficiais, baseando-se no CONAMA 357/2005 e 396/2008 definindo as classes de águas.

Conforme notícias recentes o Brasil já tem tomado medidas extras no

que tange à escassez de água que abala o País, uma delas constitui o sistema de dessalinização, tal método é utilizado em nove Estados brasileiros, possui o custo cinco vezes mais caro que o tratamento normal em água poluída, o tratamento consiste em extrair através de uma máquina o sal da água do mar, este processo serve também para regiões como do Ceará onde a água do subsolo é salobra, a cada hora o dessalinizador torna potável mil litros de água.

Ademais, o Estado do Rio de Janeiro pretende instalar uma usina de dessalinização na região metropolitana, com capacidade de abastecimento para um milhão de cidadãos, a ideia já está implantada em vinte e cinco países e vem trazendo bons resultados. No entanto, uma das maiores, eficazes e econômicas medidas, consistem na conscientização acerca da unicidade e imprescindibilidade deste bem, de forma a descortinar o cidadão sobre um agir pautado na sustentabilidade e moderação, instigar a consciência da sociedade para a fundamentalidade deste bem.

3.1. A ÁGUA NO VIÉS DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Um direito humano fundamental compreende aquele que é nato de toda e qualquer pessoa pelo simples fato desta ser um ser humano. Tais direitos devido a sua supremacia constitucional possuem aplicação imediata, constituem cláusulas pétreas, possuem hierarquia constitucional e possuem como pedra basilar a dignidade da pessoa humana.

Esta por sua vez, na concepção de Marmelstein (2013, p. 16), “é violada sempre que um indivíduo seja rebaixado a objeto, (...), sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada ou desconstituída de direitos,” ideia esta aberta e insuficiente para acolher todos os âmagos deste princípio. No entendimento de Sarlet (2002, p. 62):

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as constituições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, verificável em seu aspecto material, bem como um conteúdo normativo, ou seja, formal, no viés jurídico, esta categoria de valores é seleta, pois apenas se enquadram neste rol os valores que a sociedade, formalmente reconheceu através das normas jurídicas, isto é, sob o

ponto de vista jurídico-normativo, somente se considera como um direito fundamental aquele direito que tiver seu valor agregado na Constituição do País. Estes valores possuem ligação direta com a limitação do poder estatal e à ideia de dignidade humana, positivadas no âmago da Carta Magna, fundamentando e legitimando todo o ordenamento jurídico, levando consigo um sistema de valores com força coercitiva para afetar todo o restante do ordenamento jurídico.

No entender de Moraes (2013, p. 22) tais direitos possuem como características a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, universalidade, inviolabilidade, efetividade, complementaridade e interdependência. Os mesmos possuem, “normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito,” conforme as palavras de Marmelstein (2013, p. 246), possuem capacidade de efetuar a jurisdição constitucional².

Ocorre que o estabelecimento de um direito humano fundamental não compreende sua simples positivação do ordenamento jurídico, mas “o conjunto de valores éticos, preexistentes, que estão relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões,” conforme assegura Baez (2010, p. 17), pois uma pessoa que interpretasse o contrário incorreria em erro visto que os direitos humanos fundamentais, conforme transcrito, não compreendem somente aqueles expressos, em virtude de que a ação do ordenamento não é o de criar direitos, mas sim, declará-los e protegê-los. Assim não é possível efetuar uma interpretação restritiva, pois o que fornece vida a estes direitos não são suas expressões, mas sim, “a própria existência humana e sua característica inconfundível de racionalidade e autonomia” (2010, p. 17).

Com relação à água constata-se que a conscientização sobre seu valor é recente, assim a clarificação global a respeito de sua inadequada disponibilidade e acesso apenas atualmente foi enfocada como um fenômeno crítico e ameaçador. Por consequência afirma Machado (2013, p. 505) que a humanidade se encaminha para o momento em que será acolhida a teoria de que tudo que possui vida, automaticamente compreende um sujeito detentor de dignidade, mesmo que este não constitua um sujeito de direito, mas que “necessite dos seres humanos para defenderem seus direitos”.

Neste sentido, a água é vista como um direito humano fundamental por compreender um ser único, em sua concepção, em satisfazer as necessidades humanas

² *Jurisdição constitucional*: forma pela qual um órgão imparcial e independente exerce a função de fiscalizar o cumprimento da Constituição. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4 ed.-São Paulo: Atlas, 2013, p. 249.

vitais, desta feita o direito a utilização da água para consumo pessoal constitui parte intrínseca à vida, pois sem este líquido não há vida. Nesta acepção a Conferência de Berlim de 2004 traz em seu art. 17 que “cada indivíduo tem o direito de acesso à água, de forma suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e oferecida, para alcançar as necessidades humanas vitais do indivíduo.” As necessidades do homem podem ser relacionadas em três, para bebida, para preparo alimentar e para a higiene.

Por esta lógica, Machado (2013, p. 506) afirma que “o ser humano está vinculado à água de forma indissolúvel, pois ele não pode passar mais de quatro dias sem líquido. A água faz parte do direito à vida e, portanto, negar a água a uma pessoa, ou dificultar-lhe o acesso ou não colaborar na sua obtenção é condenar essa pessoa a morte,” assim também é o entendimento implícito³ do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ocorre que o acesso à água não é algo utópico, porém depende de fatores como o número de pessoas e a quantidade de água disponível, desta feita, hidrologia e demografia precisaram estar conectadas.

O acesso individual à água merece ser entendido como um direito humano universal, significando que qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta de água, e, ao mesmo tempo, fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico. A noção do direito de acesso à água não requer que nele se insira, necessariamente, a gratuidade ou o pagamento de água consumida. Quem puder pagar a água, por ela pagará; mas a quem não puder pagá-la, não se pode permitir que se lhe negue o acesso para as necessidades vitais, ou seja, o acesso à “água vital”.

É nesta logicidade que se orienta o Protocolo sobre Água e Saúde de Londres/1999, arraigado em seu princípio 5º, inc. 1, que expressamente definiu que a água potável por compreender um bem vital é assegurada a todos indistintamente, na mesma direção encaminha-se a Conferência de Berlim de 2004, não obstante, a ONU, por meio da Resolução 64/292, de 28.07.2010, reconhece a água sob os mesmos aspectos destacados.

Imprescindível se faz (acho q n precisa isso) que a água seja identificada como um direito humano fundamental que o és, para que então possa ser assegurada sem resistência, e com a devida dimensão que possui, para que não haja

³ *Direito implícito*: um direito não escrito, mas que decorre do sistema legal, por força de suas expressões. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4 ed.-São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

margens para dúvidas ou interpretações restritivas acerca de sua fundamentalidade vital ao ser humano.

4. AUTOAFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Conforme o amplamente expresso é inegável à água a definição de direito fundamental, neste sentido as decisões magistrais tendem que a distribuição deste bem de forma plena e adequada compreende um serviço público essencial, posto que conforme sua característica de bem fundamental, a mesma deve ser prestada de forma digna, suprimindo as necessidades básicas do ser humano, tal direito é imposto a toda sociedade, conforme os preceitos que a Carta Magna de 88 lhes impõe.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM ALDEIA INDÍGENA.

1. O direito ao fornecimento de água de forma plena e adequada é serviço público essencial. Isto é, sendo o direito à água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano. Toda a população tem direito ao acesso à água em padrão de qualidade adequado ao uso. Não basta que o fornecimento de água seja feito de forma insuficiente e insustentável como vem sendo realizado em relação à aldeia Vera Tupã.

(Rel. MARGA INGE BARTH TESSLER. TRF4. 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 05.05.2014.).

No mesmo sentido cita-se outra decisão do Egídio tribunal em comento, “sendo o fornecimento de água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano.”⁴ Ou seja, a água vista por este prisma compreende um dever prestacional do Estado de não apenas disponibilizá-la a todo e qualquer cidadão, mas fazê-lo de forma digna, de maneira a suprir as necessidades básicas, isto é, garantir um mínimo existencial. Ademais, mesmo sendo elementar a afirmação do meio ambiente como um direito fundamental há muitas controvérsias atinentes ao assunto.

No entanto, mesmo efetuando uma vista superficial, desde logo se conclui

⁴ TRF-4 - AG: 14410 RS 2008.04.00.014410-0, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 27/08/2008, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 15/09/2008.

que o meio ambiente compreende tanto um direito à prestação (positivo- de intervenção estatal), quanto um direito de defesa (negativo- de não intervenção estatal), em outras palavras, direitos de defesa e direitos de prestações, ocorre que todos os direitos sociais são fundamentais, o que indubitavelmente garante ao meio ambiente, e por corolário a água este status, encontrando-se estes na posição em que estiver no texto constitucional, pois o que lhe define esta circunstancia são suas diretrizes, seu aspecto interno e não seu posicionamento.

Salienta-se que hodiernamente muito se discute sobre o tema da dignidade ou vida digna, porém, pouca concordância se encontra, sendo então necessário encontrar o que seria um mínimo encontrável para se dizer que se vive com dignidade, qual o patamar a se alcançar para isto? Desta forma, Sarlet (2007, p. 33) argumenta que viver com dignidade abrange mais que a garantia de simples sobrevivência, situando-se assim, no limite da pobreza absoluta. Registre-se então que neste curso a dignidade humana apenas se efetiva no instante que seja possível a materialização completa do rol de direitos fundamentais. Neste entendimento, qual seria o conteúdo deste mínimo existencial? E qual a possibilidade de seu alcance?

Em resposta o respectivo autor emprega o termo mínimo fisiológico, que compreende as condições materiais mínimas para a existência de um ser humano, que para além de conferir uma proteção básica, garante o direito de inserção social, estando conectado intimamente ao direito à vida e à dignidade, sendo substanciado através do princípio da igualdade. Este por sua vez não se confunde com o mínimo vital, já que este garante apenas o direito à vida, indo além, este último engloba em seu núcleo a qualidade de vida. Impedir que alguém sucumba à sede, indubitavelmente é o primeiro passo para o encontro de uma vida digna, no entanto, não é suficiente para o direito à vida, à dignidade humana, e ao mínimo existencial encontram-se intimamente conectados de maneira que o Estado não pode se eximir de assegurar aos seus cidadãos uma vida saudável e neste entendimento, a água potável é insubstituível.

Por decorrência reduzir o mínimo existencial para um mínimo fisiológico poderia ser perigoso à sociedade por estar induzindo ao Estado apenas à prestação de condições sociais mínimas que impeçam o cidadão de desfalecer, servindo então como pretexto para a redução do mínimo existencial ao mero mínimo vital. Importante ponto a ser ressaltado é que a dignidade precisa ser respeitada e promovida através do Estado, razão pela qual, determinadas prestações tornam-se indissociáveis das mãos deste ente público. Importa destacar que a garantia à um mínimo existencial independe de expressão legal, visto que decorre do princípio da dignidade humana.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Via de regra não cabe ao Judiciário interferir nas escolhas relativas a políticas públicas, pois a destinação dos recursos estatais, em face de sua escassez, compete ao Poder Executivo, legitimado democraticamente para tal. Contudo, em situações excepcionais, configurada omissão que atinja direitos fundamentais dos cidadãos, como o de saúde decorrente da higiene, ou existindo grave lesão a bens coletivos de hierarquia constitucional, como a proteção ao meio ambiente, pode e deve o Judiciário intervir quando provocado. Danos ambientais causados à vegetação e ao curso d'água existentes em área de preservação permanente. Despejo de resíduos sólidos e esgoto doméstico sem tratamento em recurso hídrico. Existência de moradias em área de risco de inundação e desabamento. APELO DO AUTOR PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053993200, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 23/10/2013).

Por meio da referida apelação civil foi possível extrair que o judiciário não pode ficar omissos frente à invasão de direitos fundamentais, apesar do ativismo judicial constituir uma exceção, já que, via de regra, este órgão não deve interferir no âmbito de políticas públicas, sob pena de estar desrespeitando o princípio da separação de poderes, ocasionando um conflito de atribuições por efetivar um direito prestacional sem a devida intervenção legislativa, sobre o que Marmelstein (2013, p. 311) esclarece:

Se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de serem transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Assim é que as questões do âmbito jurídico nunca se encerram, porém, sempre alcançam concordância, pois que, negar a aplicação e materialização dos preceitos da Carta Magna é o mesmo que negar-se ao Estado Democrático de Direito, posto que, é esta que lhe assegura e resguarda seus cidadãos, baseada na premissa de que são as leis que estão para a nação e não o povo que estão para as leis, isto é, são as leis que se curvam às necessidades dos cidadãos e não o contrário.

5. DEFINIÇÕES CONCLUSIVAS

Por meio do presente manuscrito foi desenvolvida uma análise acerca de considerar à água como um direito humano fundamental, assim foi discorrido sobre o que são estes direitos e qual a sua aplicabilidade e eficácia em um Estado Constitucional de Direito, levantando discussões e promovendo soluções acerca da temática. Um dos pontos levantados compreendeu em tornar a água um bem disponível a todo o cidadão, por decorrência ela compreenderia um direito exigível através do Estado, por meio de políticas públicas e em última instância através do judiciário. Levantando então a questão da separação de poderes e a capacidade que possui este órgão magistral de atuar frente à inércia legislativa.

Tal teoria baseia-se na dignidade humana e na questão do mínimo existencial, considerando que em um Estado cuja Constituição carrega 250 artigos, garantir ao homem o direito a uma mera sobrevivência seria negar totalmente sua irradiação ao plano material, seria até mesmo incabível. Tal posicionamento foi reforçado através de decisões magistrais, enfocando em suas diretrizes e bases como meio de afirmação deste direito, pois a água potável compreende um bem único e essencial para a existência de qualquer ser humano.

Ademais, analisar o texto constitucional para verificação de um direito, compreender ou não uma norma constitucional vai além de analisar sua redação, mas abrange analisar todo o seu corpo, isto é, seus dizeres, visto que nem sempre um direito fundamental se encontra expresso em lei, mas nem por isso deixa de ser capital. A premissa que se vale é de que são as leis que são feitas para o homem e não o contrário, por decorrência o direito é mutável tal como as necessidades do ser humano se modificam conforme fatores externos a este como a cultura, a moral, a política etc.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 1997.

_____. *Conceito e validade do direito*. Org. Ernesto Garzón Valdés ... [et al.]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes.-São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Direito Fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7 ed. ver. ampl. atual. –Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. Coord: Narciso Leandro Xavier Baez; Rogério Gesta Leal; Orides Mezzaroba. –São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BOM DIA BRASIL. *Sistema de dessalinização de água já é usado em nove estados do Brasil*. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/sistema-de-dessalinizacao-da-agua-ja-e-usado-em-nove-estados-no-brasil.html>. Acesso em 18.02.2015.

CANOTILHO, J.J Gomes ... [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*.-São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ESTADÃO, notícias. *Rio estuda implantar usina de dessalinização contra crise da água*. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/governo-do-rio-estuda-implantacao-de-usina-de-dessalinizacao/>. Acesso em 18.02.2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22 ed. ver. ampl. atual. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4 ed..-São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da Revisão Constitucional. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 5, n° 21. São Paulo: Revista dos Tribunais: out./dez 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1 ao 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.