

O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Miguel Borghezan¹

Resumo

Trabalhar para reconhecer e realizar concretamente os direitos fundamentais, nas três principais dimensões, é razão elevada das lutas no atual estágio de desenvolvimento do direito, de um modo geral. Trata-se de materializar o primado de que todos somos iguais em dignidade e direitos. Neste artigo realçamos ser nosso sistema jurídico constitucional aberto ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, sempre que dotados da elevada qualidade que os caracteriza, desenvolvendo argumentos no sentido de que o acesso à água potável configura-se um direito fundamental implícito de nosso ordenamento. Partimos da idéia matriz de ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental reconhecido pelo sistema constitucional; adensamos suportes teórico-normativos também do direito fundamental à saúde; juntando ainda outros apoios e arrimos constitucionais. Nesse contexto, deduzimos ser o acesso à água potável um direito fundamental implícito de nosso sistema jurídico, fibra essencial e indispensável da dignidade humana.

Sumário. Introdução. 1. Direitos fundamentais: noções gerais. 2. O conteúdo material aberto dos direitos fundamentais. 3. O acesso à água potável como direito fundamental implícito. Conclusão. Referências.

Introdução

Como conquistas históricas os direitos positivados sinalizam, marcam no tempo o desenvolvimento da humanidade. Em geral estão ligados a ocorrências seqüenciais de ordem filosófica, política e jurídica. Constroem-se teorias de base filosófica que, acolhidas por certo Estado, transformam seus conteúdos em normas adequadas à cultura para defesa e proteção de pessoas, comunidades e nações. A divisão do mundo em blocos com base no nível de desenvolvimento sócio-econômico tem por base, também e sem mais, a proteção de um mínimo existencial comum de dignidade a todos os seres humanos.

¹ Professor de Direito. Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais. Advogado. Ex-Presidente da OAB Subseção de Santarém. Vice-Presidente do FOPIESS (Fórum de Pesquisadores das Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa de Santarém). Presidente do IBDFAM, Núcleo de Santarém, Pará. Editor e coordenador do Jornal das Águas (CEULS/ULBRA), com o ISSN nº 1809-3329.

Noutro pólo do iníquo mundo globalizado estamos prestes a assistir o que antes parecia impensável: a união de nações, independente de credo, cultura, ideologia e sistema de governo, para estudar e, se possível, amenizar os impactos e efeitos das grandes transformações ambientais que ocorrem com a Terra. As alterações no clima são sérios sinais de advertência. Se as mudanças são conseqüências de abusiva ação humana ou do natural evolover das condições cósmicas do planeta, ou das duas causas, ainda não se sabe. O que aparece são visíveis processos de variações globais na natureza, nesta quadra não tão lentos como registros de outras eras, produzindo transformações importantes nas realidades naturais, gerando fortes e até irreversíveis impactos. As diversas análises dos cenários de mudanças causam impressão e provocam apreensão, chamando a atenção de ramos das ciências exatas e também do direito.

Será o fim dos tempos? Não cremos, contudo, necessário manter bases estáveis e redefinir prioridades. A Terra está fragilizada e nervosa. O que os governos podem (devem) fazer para favorecer as pessoas e o meio ambiente²? Cansamos de promessas vazias, de escândalos sem adequada punição, de corrupção escabrosa e afrontosa da consciência de todos (menos dos que se lambuzam e obtém vantagens da lama). Assistimos artimanhas de política baixa para acobertar veros crimes lesa-pátria criando situações e álibis para instalar dúvida, a fim de que interesses privados realizem-se com dinheiro público. Até ex-Presidentes da República são apontados como envolvidos, reduzindo a inconsistente credibilidade da classe política. *Que país é esse*, perguntou Renato Russo na canção (v.g., lembramos o escândalo do *mensalão* que mostrou uma face oculta do poder). A quem recorrer nesse cenário triste? Creio ser de rigor fortalecer o Judiciário e as instituições que têm compromisso com a ética, a moralidade pública, a defesa dos direitos fundamentais, enfim, com a justiça, a dignidade e os supremos valores constitucionais. Sem lutar contra a omissão (pior dos pecados), a impunidade (que tolera o ilícito), a falta de adequados serviços públicos (há bons, médios, ruins, péssimos e criminosos), o descaso e o abuso de autoridades, não teremos um país melhor.

Para enfrentar essas lutas precisamos de saúde plena. Esse elevado estado psicossomático requer água potável em quantidade suficiente a qualquer pessoa. Na verdade, a água de beber constitui-se um direito de todos, e não é daqueles comuns. Defendemos que

² Aqui referi mos tanto ao meio ambiente natural, seus ecossistemas e biomas, quanto ao meio ambiente artificial, compreendendo a parte do mundo natural com criações e alterações derivadas da ação do homem.

o acesso à água potável caracteriza-se efetiva e concretamente como um direito superior, fundamental à vida de qualquer pessoa, cuja maior dignidade reclama prioridade no atendimento pelos governos. Esse o significado e sentido de fundo deste trabalho que, com humildade, submetemos à análise e crítica da comunidade jurídica.

Realizar estudo mais aprofundado sobre determinada matéria empregando métodos justificadores, mormente quando se tem afeição ao assunto, é tarefa instigante, desafiadora e ingente na investigação e construção lógico-jurídica. A abordagem construtiva de um texto exige tomada de posições e põe visível a marca das convicções do autor, não obstante o rigor técnico. Não distoamos, embora as exigências de justificação. Ganha força a análise da matéria sob o enfoque da reconhecida força axiológico-normativa da Constituição, que assinala e demarca nosso modelo de justo.

É importante e desafiador direcionar a investigação aos contornos do problema central da pesquisa, dada a amplitude e abrangência da temática. Sem isto corre-se o risco da dispersão e da superficialidade. Assim, ao invés de detalhar com rigor os caminhos a percorrer, preferimos anotar pontos mais gerais adotando metodologia de cunho dedutivo³, “calcada na contínua apresentação e delimitação do tema, à medida que o texto vai sendo estruturado”⁴.

Não obstante cautelas exigidas quanto a justificação e o caráter técnico do trabalho, seria hipocrisia afirmar possível uma manifestação de neutralidade. Nem pretendemos desejá-la porque inegável e sentido o papel da ideologia⁵ no processo de criação jurídica.

³ Oportuna alusão a uma obra de Guastini, traduzida para o vernáculo e aqui editada, que versa sobre a interpretação (objetos, conceitos, teorias), princípios de direito, garantias dos direitos constitucionais e a teoria da interpretação, dentre outros temas que podem enriquecer o interessado. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

⁴ Recolhemos em Sarlet a idéia, que adotamos, de ampliar o leque da abordagem e de melhorar a justificação, inclusive com apoio interdisciplinar, buscando, contudo, não resvalar para o vezo da dispersão e da superficialidade. Esperamos alcançar o intento, cuja dimensão, reconhecemos, é desafiadora. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-129; transcrito das fls. 88.

⁵ Sobre ideologia, acolhemos a idéia de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida: “A ideologia, de maneira mais genérica, pode ser definida como todo conjunto organizado e coerente de idéias que servem de parâmetros para a conduta individual ou coletiva. Toda ideologia implica, portanto, uma interpretação da realidade a partir de uma posição social específica, com o intuito de justificar as decisões que são tomadas a partir de lá”. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito*

Registramos adesão à chamada fase “pós-positivista” da metodologia jurídica, de cunho marcadamente pragmatista, sem descurar da segurança jurídica⁶. Acreditamos que para concretização do direito não há um único caminho. As melhores técnicas interpretativas, desde os chamados “métodos modernos de interpretação jurídica”⁷ até os “métodos de interpretação constitucional”⁸, têm contribuições sérias à causa do direito e da Justiça. Nessa direção, parece-nos adequado trabalhar com métodos que promovam uma abordagem “a partir dos fatos tal como se dão concreta e particularmente, em relação aos quais se estuda a ordem jurídica, procurando utilizá-la para enquadrá-los com respeito aos valores consagrados em seus princípios fundamentais”⁹.

Esperamos que o resultado possa, de alguma maneira, contribuir para avanços nas lutas do direito em direção à proteção da dignidade das pessoas deste país, de tantas esperanças e expectativas, mas ainda tão cruel na realidade diária.

1. Direitos fundamentais: noções gerais

O melhor modo de designar os direitos fundamentais, se em *gerações* ou *dimensões*, tem relevo semântico e interpretativo, não importando divergências filosófico-jurídicas quanto à nota de fundamentalidade justificadora. Hoje a doutrina pacificamente reconhece três grandes grupos de direitos fundamentais, diferenciados por sua natureza, conteúdo axiológico e função. Preferimos a expressão *dimensões* por evitar problemas com

ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 426-454; transcrito das fls. 432.

⁶ A propósito desse assunto, ver BARROSO, LUIS Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In Temas de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Tomo I, p. 51 e seg.

⁷ Segundo CARVALHO, Márcia Haydée Porto de (*Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*). Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997, p.49-51), os métodos modernos de interpretação jurídica são: a) *lógico-sistemático*, onde toda norma jurídica pertence a um sistema, do qual não pode ser ilhada, sob pena de não se manter a coerência; b) *histórico-teleológico*, tem caráter evolutivo e progressista, defendendo uma interpretação mais ou menos livre, a fim de adaptar o conteúdo da norma às exigências práticas da evolução social e dos novos interesses; c) *voluntarista*, refere-se à interpretação feita por um órgão judiciário para aplicar a lei, sendo mais um ato de decisão do que de cognição.

⁸ Cfme. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de (*Hermenêutica constitucional: métodos ... cit.*, p. 61-70), os principais métodos de interpretação constitucional são: a) *método integrativo ou científico-espiritual*, de Rudolf Smend (In Eduardo García de Enterría. ‘Hermenêutica e supremacia constitucional’. *Revista de direito público*, vol. 77, nº 19, jan-mar/1986, p. 36/37); b) *método tópico*, desenvolvido por Theodor Viehweg e Josef Esser (apud Paulo Bonavides. *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 404); e c) *método concretista*, que teve contribuições importantes de outros três autores alemães: Konrad Hesse (método hermenêutico-concretizante), Friedrich Müller (método concretista-estruturante) e Peter Häberle (método concretista da Constituição aberta).

⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 187.

relação à vigência e eficácia. Conforme observa Ataíde Júnior¹⁰, a expressão *gerações* tenderia à possibilidade de interpretação equívoca desses direitos, podendo parecer que a *segunda geração* sucederia à *primeira*, e a *terceira* à *segunda*, “o que levaria a outro entendimento equivocado, qual seria, o da não cumulatividade dos direitos humanos em decorrência da substituição de uma geração por outra”.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm raízes no iluminismo, corrente de idéias que se propôs a combater com luz a opressão das trevas representadas pelo Estado absolutista. A *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em junho de 1776* e as editadas na independência dos Estados Unidos em 04 de julho seguinte, juntamente com o novel sistema jurídico implantado pela revolução francesa em 1789, foram os momentos históricos de implantação desse grupo de normas fundamentais que passaram a proteger as liberdades do cidadão contra os abusos do Estado. Eis o berço da primeira dimensão de direitos fundamentais, reunindo direitos civis e políticos oponíveis ao Estado absoluto, ilimitado. Bonavides¹¹ os classifica como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Caracterizam-se por estabelecer um dever de abstenção estatal.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram em razão da enorme concentração de renda em mãos de poucos no regime das liberdades. A insuficiência de ações concretas para o bem de todos nos campos social, econômico e cultural pôs em cheque o Estado Liberal. A incapacidade de dar respostas adequadas à complexidade dos problemas crescentes mostrou haver uma sociedade injusta e politicamente insustentável. O primado da igualdade de todos não teve forças para ultrapassar a construção teórica e materializar-se no âmbito da realidade. Igualdade em que, afinal? De acordo com Sarlet¹², esse grupo de direitos fundamentais caracteriza-se, ainda hoje, “por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Assim, ações positivas em direção a alguma igualdade material devem ser implementadas, respeitados alguns limites porque o Estado não pode tudo. As exigências dos valores e princípios constitucionais reclamam a diminuição das distâncias

¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. *Os direitos humanos e a questão agrária no sudeste do Pará*. Belém: UFPA, 2003 (Dissertação de Mestrado), p. 86.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 517.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49/50.

entre miseráveis e ricos, cultos e incultos, patrões e empregados. Reduzir as desigualdades econômicas, sociais e culturais agora é objetivo e dever inafastável do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão derivaram de um grupo de fatores, sendo de maior relevo o horror da Segunda grande Guerra no campo dos direitos humanos, que assombrou políticos e juristas no *front* dos vencedores. O homem deparou-se com uma perspectiva sombria e trágica ante a descoberta do holocausto, do poder irracional das bombas, notadamente a bomba atômica. Neste cenário soturno do pós-guerra nasceu a ONU (Organização das Nações Unidas), repositório de esperanças diante do caos. Foi então que o homem redescobriu sua fragilidade e pequenez diante da ameaça nuclear global, do triunfo do mal sobre o bem, do ódio sobre o amor, das trevas sobre as luzes. Viu-se a necessidade de maior solidariedade entre os países, entre os povos de diversas raças, culturas, línguas e credos. Era preciso proclamar o valor supremo da vida humana sobre o poder econômico, político e bélico. Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram para proteger o homem enquanto membro da sociedade ou de grupos, em situações não vinculadas ao indivíduo na sua singularidade, em geral sem as limitações territoriais típicas dos direitos de primeira e segunda dimensões. Segundo Brega Filho¹³, entre eles podem ser citados o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos. Aqui trabalha-se o valor solidariedade, a fraternidade.

2. O conteúdo material aberto dos direitos fundamentais.

Quando aludimos à idéia da existência de um *conteúdo material* dos direitos fundamentais, devemos ter em conta que a nota de fundamentalidade desses direitos possui também um sentido formal. Com esta significação fazemos a leitura do art. 5º, § 2º, da Constituição¹⁴, que permite a inclusão em nosso sistema jurídico de outros direitos e garantias não expressamente nela previstos, inclusive derivados de tratados internacionais. Essa compreensão traduz que, além dos direitos fundamentais previstos na Constituição (sentido formal), podem existir outros residentes fora dela. Assim, a relação dos inseridos expressamente na Constituição é exemplificativa, não esgotando as possibilidades

¹³ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 23.

¹⁴ Constituição Federal: art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

materiais de reconhecer outros por via de Tratados Internacionais e ainda da interpretação de nosso sistema constitucional, quando decorrentes do regime, da axiologia e dos princípios constitucionalmente adotados (aspecto material).

A idéia central será a defesa da maior dignidade humana pela promoção do modelo de justiça, de bem-estar social e de pluralismo formadores e informadores da base dura da Constituição. Divisamos nessa abertura constitucional clara mostra da dinâmica do direito, e por óbvio também dos direitos fundamentais, o que favorece a proteção da dignidade pela via interpretativa, da evolução do direito internacional e do progresso da humanidade.

3. O acesso à água potável como direito fundamental implícito

Parece-nos grandioso moral, social e eticamente, por isto sustentável juridicamente, construir e defender que todos têm direito de acesso à água potável, bem de interesse público e uso comum do povo, porque fundamento da sadia vida humana. Não queremos mal aos seres irracionais e às plantas, com os quais vivemos e viveremos em harmonia. Mas não podem eles estar em pé de igualdade com as exigências de cidadania, de desenvolvimento, de qualidade de vida e dignidade do homem. Daí a força da idéia retora¹⁵ de uma Declaração Universal de *Direitos do Homem* (ou do ser humano) proclamada pela ONU que, acolhidos em espécie pela ordem jurídica de certo Estado, convertem-se em concretos *direitos humanos fundamentais*.

Partimos do pressuposto de que a Constituição consigna as normas que traduzem nosso modelo de justo, nossa cultura¹⁶ e proposta de desenvolvimento humano, nossos valores maiores, os fundamentos democráticos de legitimação do poder, os princípios de organização, desenvolvimento econômico e convivência, enfim, a estrutura geral do Estado, escudo e sustentáculo de nossa felicidade, sonhos, dignidade e direitos. A partir desta base podemos reconhecer e adensar, primeiramente, a nota de fundamentalidade que caracteriza o direito fundamental ao meio ambiente¹⁷ ecologicamente equilibrado.

¹⁵ Persuasiva, eloqüente de sentido, expressão retórica, não na direção da simples construção do discurso de convencimento de modelo oratório e tribunício, mas carregada de vigor filosófico, de valores éticos e sociais.

¹⁶ Ao buscar estabelecer um conceito científico-cultural dos direitos fundamentais, Peter Häberle parte da premissa básica de que a Constituição denota a cultura de certa nação, com isto exprimindo seus valores democráticos fundamentais. *El concepto de los derechos fundamentales. In Problemas actuales de los derechos fundamentales*, p. 83. Apud LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu editora, 2002, p. 54.

¹⁷ Respeita-se a idéia – e em parte concorda-se – de que a expressão *meio ambiente* é redundante para efeitos da língua portuguesa escoreita. Bem o expôs GAVIÃO FILHO, Anízio Pires, em nota de rodapé no início de

Silva¹⁸ anota que a *proteção ambiental*, “abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como forma de direito fundamental da pessoa humana”. Sendo o direito à vida matriz de todos os demais direitos fundamentais, por meio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado protege-se a qualidade de vida. Assim resume-se a nota de fundamentalidade desse novo direito fundamental, ainda segundo Silva:

O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade de vida*.

Um direito é reconhecido como fundamental quando contribui de modo direto e importante para promover a dignidade humana. Quanto mais propende a realizar o primado da dignidade, mais se acentua a nota de fundamentalidade e o caráter de essencialidade do direito. É assim, dessa maneira, que os direitos fundamentais se levantam frente ao Estado, como insubstituíveis cláusulas da autonomia e da liberdade humanas contra o arbítrio, ou vinculam o Estado, protegendo e promovendo a dignidade do ser humano mediante ações positivas. Construiu-se para isto o Estado Social e Democrático de Direito por via de lutas históricas, que moldaram direitos especiais, levando Canotilho¹⁹ a destacar que “o Estado de direito é um *Estado de direitos fundamentais*”, indagando, em seguida: “Não será óbvio que um Estado de direito tem no sistema de direitos fundamentais o seu próprio coração?”. Nessa perspectiva ganham força os princípios constitucionais, cujo maior peso e

sua obra *Direito fundamental ao ambiente* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13), explicitando a opção por *ambiente*. Não obstante, desconhece-se a inutilidade ou a superabundância no pleonasma *meio ambiente* que, no caso, parece conferir maior clareza, realce e vigor ao conteúdo da expressão, imitando situações da literatura. Certamente não foi por esmero gramatical que o constituinte a preferiu, mas pela força cultural nela contida. Por tais razões usamos ambas, não configurando vício vernacular nem reducionismo. A propósito, Massimo Giannini, citado por LANFREDI, Geraldo Ferreira (*Política ambiental*. São Paulo: RT, 2002, p. 68), defende que a expressão *meio ambiente* se manifesta mais rica de sentido, exprimindo conexão de valores, abarcando ainda as interações, além dos elementos físicos, bióticos e abióticos que o compõe.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58 e 70.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Cadernos democráticos. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 53 e 56.

importância haverão de servir de guias na produção das respostas e dos resultados, porque representativos dos valores plasmados na Constituição. Esses princípios podem ser explícitos e implícitos.

Verli²⁰, depois de tratar dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência sob o viés do sistema tributário, aborda a questão do conflito entre princípios. O autor critica posições rígidas, mecanicistas, onde preponderam aspectos formais, e assim sugere:

Não há solução universal *a priori* para a colisão desses valores. Ela só poderá derivar da análise de adequação e necessidade de restrições a um dos princípios e do sopesamento dos valores constitucionais sempre em limites casuísticos. Como é inviável o descarte de qualquer dos princípios, a ponderação serve como método, senão perfeito, possível para preservar a integridade da ordem jurídica e otimizar a normatividade de ambos.

Com existir diferença qualitativa, de grau e de generalidade entre princípios e regras, o conflito de princípios resolve-se por via da máxima ponderação, na hipótese do caso concreto, sem ocorrer perda de conteúdo axiológico nem força normativa do princípio posposto, tido em menor conta. Por óbvio, para solução que engrandeça o direito e promova a justiça em certo caso, um princípio precederá a outro por atuar mais na hipótese, conforme a imperatividade dos valores constitucionais a proteger, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas da situação. Neste passo, conquanto possam existir princípios mais importantes que outros, na Constituição, o acolhimento da precedência de um em tensão com outro em certo caso não estabelece hierarquia entre ambos. *Ipsa facto*, as possibilidades fáticas e jurídicas, aliadas ao conteúdo material dos valores em conflito, é que determinarão, em cada hipótese específica, a ponderação de maior precedência deste ou daquele princípio²¹. Atuará junto sempre o princípio da razoabilidade, para que não

²⁰ VERLI, Fabiano. *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2004, p. 193.

²¹ Fabiano Verli registra, em nota de rodapé (*in op. cit.* p. 196/197), observação de Mariá A. Brochado Ferreira (*Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. Monografia do curso de pós-graduação em Filosofia do Direito, Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 1998, p. 30-32), indicando a crítica de boa parte da doutrina contra o critério de precedência defendido por Alexy no juízo de ponderação, citando, por todos, Konrad Hesse, que não reconhece adequado assim o critério da ponderação de bens, de interesses. De acordo com Hesse, melhor solução viria com a aplicação do *princípio da concordância prática*, de acordo com o qual “deve haver uma coordenação entre os bens protegidos pela Constituição de modo que todos os princípios sejam atualizados ao ponto máximo”. O centro da crítica está em que a ponderação pode afetar a unidade da Constituição ao estabelecer a precedência de um princípio sobre outro. O *princípio da concordância prática* trabalha mais com o critério da proporção coordenada na auto-limitação da eficácia dos bens e interesses em confronto, exemplificando com a liberdade de opinião e lei geral limitadora, “em que deve haver uma coordenação proporcional entre o exercício da liberdade de opinião e os bens jurídicos protegidos pela lei geral”. Na primeira hipótese um princípio prevalece sobre outro (precedência pontual valorativa, Alexy), no segundo, não há precedência mas auto-limitação coordenada, proporcional à valoração

reste anulado o conteúdo de um dos valores fundamentais em tensão, reduzindo o sacrifício ao mínimo possível, vez que abstratamente não há supremacia de um sobre o outro. A doutrina é de Barroso²²:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

Sob esta perspectiva maior insere-se a compreensão que vislumbramos para tratar adequadamente o acesso à água doce potável como um direito fundamental. Dizemos ser o *acesso à água doce potável* a essência, o conteúdo central do direito fundamental, visto caracterizarmos a água (gênero) como *bem ambiental de interesse e domínio público* para fins de gerenciamento e gestão²³, inalienável por força do disposto no art. 18 da Lei nº 9.433/97 e, por óbvio, também assim a água potável (espécie)²⁴. Logo, não pode ser tratada como coisa, bem dominial sob o aspecto da titularidade, embora passível de ser exigido seu fornecimento como prestação positiva do Estado. Respeitamos doutrina que sugere a inconstitucionalidade²⁵ do art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.433/97, sob o argumento de ser a

dos bens em cotejo, de acordo com a Constituição (concordância prática, Hesse). Com todas as vênias, no fundo parece-nos que a crítica é mais de cunho filosófico e teórico do que prático, concreto, visto que as duas concepções trabalham com o critério da ponderação dos valores e fundamentos modelados na Constituição.

²² BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32 e 33.

²³ Pensamos haver distinção qualitativa entre *gerenciamento* e *gestão*. A *gestão* significa obrigação, ofício, competência, função ou atribuição cometida por norma jurídica, convênio ou contrato; enquanto que o *gerenciamento* parece designar a atividade própria, a atuação específica, a realização e concretização no mundo dos fatos, a efetividade de medidas de execução eleitas como fundamentais e necessárias. A gestão é superlativo genérico, exprime a generalidade de competências e atribuições de acordo com a norma ou o contrato. Por outro lado, gerenciar é servir como gerente *de certa atividade*, é otimizar os resultados concretos com os elementos e recursos disponíveis. Assim, gerencia-se o funcionamento normal, a concordata, o passivo, a liquidação e a extinção (falência) de uma empresa, processos que configuram modelo de gestão empresarial. Daí falar-se com melhor técnica em *gestão ambiental* e *gerenciamento dos recursos hídricos*.

²⁴ Lei 9.433/97, art. 18: “A outorga não implica alienação parcial das águas, *que são inalienáveis*, mas o simples direito de seu uso”. Por aí infere-se que o preço cobrado é pelo serviço de tratamento, fiscalização e distribuição da água potável, não o custo material dela, embora detenha em si conteúdo econômico.

²⁵ Citamos, e. g., posição defendida por SOUZA, Luciana Cordeiro de (*Águas e sua proteção*. 1 ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005): “Dessa forma, concluímos pela existência de uma inconstitucionalidade no art. 1º, inc. I da Lei 9.433/97, tendo em vista que a **água** é um bem difuso, o que significa total e absoluta

água um bem ambiental difuso. Acolhemos moderna compreensão da doutrina italiana sobre a natureza jurídica da água, identificando-a como *bem de interesse social*, e não apenas bem ambiental difuso. Logo, permanece a idéia de *bem*, não no sentido de coisa privada ou pública exclusiva posta à venda, mas *bem de interesse público*, cujo serviço de adequado tratamento e permanente distribuição está sujeito à eficiente²⁶ gestão e gerenciamento pelo Poder Público.

O reconhecimento da fundamentalidade há de estar ligado, no âmbito material, ao princípio da dignidade humana, protegendo e promovendo a vida, a qualidade de vida, o bem-estar individual e social que aspira e oferta condições para uma vida feliz, para a felicidade. Justificam-se pela força e vigor que receberam ao longo do processo histórico de desenvolvimento humano, sob os aspectos material e espiritual. Segundo Galupo²⁷,

[...] isso significa, antes de qualquer coisa, que os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.

Registrando constar as expressões “necessária disponibilidade de água” e o “efetivo exercício do direito de acesso à água” na Lei nº 9.433/97, Machado (2002, p. 14/15) destaca que “essa lei quer – e não podia deixar de querer – que todos tenham água. O Brasil reconhece, sem dúvida alguma, o direito à água”. Linhas adiante discorre sobre o “direito à água e gratuidade” e, referindo à tese de doutoramento de Teles da Silva, anota:

O valor de uso dos recursos naturais ‘não pode ser somente econômico e inserir-se no quadro do mercantilismo dos recursos, mas deve ser dotado de um valor ético. Se a dimensão econômica desses recursos reflete sua raridade, certos limites devem ser impostos para que cada um, razoavelmente, tenha direito ao acesso, em quantidade e qualidade, à água e ao ar sadio’.

Inconstitucional e ilegal o corte de água feito por qualquer órgão público ou por concessionárias do serviço público de abastecimento de água com relação àqueles que não puderem pagar o *quantum* mínimo desse recurso necessário para sua sobrevivência. Além da ação civil pública, o mandado de segurança e a ação popular são instrumentos eficazes para corrigir esse acintoso desvio de poder.

incompatibilidade com a natureza jurídica que a referida lei lhe concedeu. Um bem ambiental, ou seja, difuso, não pode ser tratado como público”. (assunto tratado nas fls. 95-110; transcrito da fl. 110).

²⁶ O princípio da eficiência é um dos pilares fundamentais da administração pública (art. 37, *caput*, CF).

²⁷ GALUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

Infere-se da manifestação que o direito de acesso à água não é em relação a qualquer água, mas específica e exatamente àquela que for capaz de atender as necessidades básicas humanas com qualidade, respondendo e correspondendo às exigências para uma vida digna das pessoas. Trata-se da água destinada ao “serviço de abastecimento” público, noutras palavras, da água doce potável. Depois de referir à água potável como definida no art. 4º, I, da Portaria nº 518, de 25.01.2004, do Ministério da Saúde, sendo ela segura e palatável ao consumo humano, Machado²⁸ prossegue registrando que “a distribuição de água potável no Brasil é ato administrativo vinculado, excluindo a discricionariedade”. E conclui em seguida afirmando que “a consecução do direito fundamental à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*, da CF) passa, aí, a ter efetiva aplicação, tendo prioridade sobre qualquer outra despesa pública”. Desse modo, o acesso à água doce potável no Brasil converte-se em direito fundamental de toda pessoa, sob pena de sobrepor-se o interesse econômico (do Poder Público ou concessionária) ao primado da dignidade humana, valor material supremo do direito (art. 1º, III, CF). É natural que este direito fundamental esteja sujeito, no âmbito da interpretação e aplicação, aos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, avaliando-se o peso e a importância dos outros valores em cotejo, consideradas as condições de fato e de direito do caso concreto. *Ipsa facto*, jurídico afirmar que o acesso não será a qualquer quantidade de água potável, mas àquela que atenda às necessidades humanas básicas²⁹, sem exageros, excessos nem desperdício.

Trata-se de direito fundamental deduzido de várias previsões constitucionais, não sendo expresso, mas implícito³⁰. Anotamos algumas disposições constitucionais, inclusive

²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

²⁹ De acordo com a Agenda 21 (*Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3 edição, Brasília: Senado Federal, Subsec. de Ed. Téc., 2001, p. 358, item 18.58, letra “a”), é meta dos Estados “garantir que todos os residentes em zonas urbanas tenham acesso a pelo menos 40 (quarenta) litros *per capita* por dia de água potável e que 75 por cento da população urbana disponha de serviços de saneamento próprios ou comunitários”. Eis parâmetro para atender as necessidades básicas. De anotar ainda que Peter H. Gleick sugere por volta de 13 galões por pessoa/dia (50 litros), sendo 5 litros para beber; 20 litros para saneamento; 15 litros para banho; e 10 litros para preparar a comida (*The world’s water2000-2001: the biennial report of freshwater resources*. Washington: Island, 2002, p. 11; *apud* FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 383).

³⁰ Julgamos importante registrar a defesa pela doutrina de outros direitos fundamentais implícitos, e. g., a proteção da biodiversidade, feita em artigo por Sandra Akemi Shimada Kishi. Proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 709-727. Sendo a biodiversidade considerada um direito fundamental implícito, com maior razão também deverá sê-lo o acesso à água doce potável.

princípios³¹, que informam e são sustentáculos conformadores da nota de fundamentalidade do direito de acesso à água doce potável: (i) o direito à vida e à igualdade (art. 5º, *caput*, e inciso I, CF); (ii) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); (iii) a promoção do bem de todos como objetivo nacional (art. 3º, IV, CF); (iv) a promoção e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), merecendo transcrito o art. 22 do CDC (Lei nº 8.078/90): “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Sobre o direito do consumidor à água de qualidade, ver artigo de Ragazzi (*In Genesis* n. 29, julho/setembro 2003, p. 539-547); (v) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), sendo de anotar a importante e necessária relação deles com o meio ambiente e as águas, devendo o Brasil defender esses valores constitucionais da nação nas relações externas; (vi) o direito fundamental à saúde como fundamento da qualidade de vida (art. 6º, e art. 196, CF), devendo-se registrar que o corpo humano, em média, tem de 60% a 70% de água³², com certeza de água doce potável, sob pena de inexistir saúde física nem psíquica; (vii) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como suporte para a melhor qualidade da vida humana (art. 5º, LXXIII, art. 129, III, e art. 225, CF); (viii) a função social e ambiental da propriedade³³, com vistas ao desenvolvimento sustentável (art. 5º, XXIII, art. 170, III e VI, art. 186, CF). Desses suportes constitucionais decorre o implícito direito fundamental de acesso à água doce potável, no ordenamento normativo constitucional brasileiro³⁴.

³¹ Para uma visão de incidência dos princípios constitucionais, ver artigo de CUSTÓDIO, Helita Barreira. Princípios constitucionais da proteção das águas. *In* KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 518-552.

³² TUNDISI, José Galízia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. São Carlos: RiMa, ITE, 2003, p. 4.

³³ Sobre o assunto, ver os artigos de MANIGLIA, Elisabete, Atendimento da função social pelo imóvel rural. *In O direito agrário na Constituição*. BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-44; e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade agrária. *In* BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). *O direito agrário na Constituição* cit., p. 271-304.

³⁴ Não é demais lembrar que a Constituição, por ser aberta, reconhece o fenômeno das *normas implícitas* (art. 5º, § 2º). Contudo, há que se resguardar a unidade e coerência de nosso sistema de princípios e valores. Servimo-nos aqui de uma das técnicas de construção das normas implícitas de Riccardo Guastini, citadas no artigo de BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, na seguinte passagem: “4. Para encontrar ‘princípios implícitos’, pode-se partir de regras ou de princípios (mais gerais) já conhecidos. Na primeira hipótese, procede-se por indução, levando em conta os escopos, as intenções e os valores perseguidos e consagrados pelo ordenamento jurídico no momento em que ele reconhece a(s) regra(s) tomada(s) como paradigma. Na segunda, busca-se chegar, por dedução, até princípios mais específicos que colaboram para a realização dos

Vários documentos a nível internacional reconhecem direitos fundamentais humanos, conforme registra Farias³⁵, entre os quais está o direito à vida, à qualidade de vida, à alimentação adequada e à proteção contra doenças. Contudo, destaca este autor que, “apesar do direito à água limpa (consumo da água) estar implicitamente mencionado como pré-requisito a esses direitos, a água só é explicitamente mencionada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças” (datada de 1989). A explicação pode estar no fato de que, quando celebrados os Tratados e as Convenções anteriores, o problema da água doce potável não era ainda visível e efetivo como ocorre hoje.

Outra importante declaração a nível internacional sobre as águas ocorreu na Holanda, por ocasião do II Fórum Mundial da Água, no ano de 2000. A chamada *Declaração de Haia* enfocou a visão ecocêntrica, proclamando que a água é vital para a vida e para a saúde das pessoas e dos ecossistemas, exigência básica ao desenvolvimento dos países. Outras conclusões relevantes: a) a pobreza tem fortes vínculos com a falta de acesso à água doce potável, com a degradação do meio ambiente e a poluição; b) a enorme diversidade de necessidades e situações ao redor do mundo impõe uma exigência comum: garantir água para todos no Século XXI; c) é preciso democratizar o uso e o consumo, garantindo o acesso de todos à água em quantidade, qualidade e custos adequados; d) consolidar e realizar as necessidades básicas, reconhecendo que o acesso aos mananciais de água, ao abastecimento suficiente e ao serviço de saúde pública são exigências humanas fundantes, essenciais à saúde e ao bem-estar. Destacou-se a necessidade de cobrança pelo uso da água relacionada com o custo de sua disponibilização, como também, o gerenciamento e a administração da água com sabedoria, garantindo o envolvimento dos usuários e da população em geral.

Fechando a abordagem da construção do direito fundamental ao acesso à água doce potável a nível internacional, após as referências anotadas e no essencial destacadas,

princípios gerais, como acontece com o princípio da imparcialidade do juiz em relação ao princípio do devido processo legal”. (*Sobre o reconhecimento e a fundamentação de normas implícitas no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 829, novembro de 2004, p. 90-102; transcrito da fl. 101). Aderindo à segunda hipótese, parece aceitável que o direito fundamental de acesso à água doce potável possa derivar de outro mais amplo, no caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamento da melhor qualidade de vida.

³⁵ FARIAS, Paulo José Leite, relaciona a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Convenção Européia dos Direitos Fundamentais (1950); a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Tratado de São José da Costa Rica – 1969); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989). *Água: bem jurídico, econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 381/382.

Farias³⁶ assim conclui:

O fator comum a todas estas declarações é a atribuição de valores econômicos, éticos, sociais, ecológicos e culturais à água, que deve ser vista não só de forma direta, em benefício do homem, mas, também, vinculada à proteção dos ecossistemas por meio de uma gestão participativa, que não se esqueça da ponderação dos diversos valores que a água representa.

Por outro lado, destaca-se a construção nos documentos internacionais de um direito humano internacional ao uso da água (Declaração de Paris 1998 e Haia 2000) a ser protegido pelo direito internacional, com reflexos nos direitos nacionais dos países.

À vista desses sintéticos argumentos, e de outros que podem ser agregados, estamos convencidos de que o acesso à água potável, à água tratada adequada ao consumo humano saudável, pode e deve ser proclamado e reconhecido como um direito fundamental, que decorre implicitamente dos valores e fundamentos ordenadores de nosso sistema jurídico constitucional, embora não previsto expressamente na Constituição. Trata-se de direito fundamental que promove e defende a dignidade humana emprestando materialidade ao direito à saúde e ao primado da dignidade humana. Não se pode falar em dignidade sem acesso à água doce potável, fundamento da convivência social e da liberdade e autonomia individual. Sem acesso à água doce potável os princípios e valores superiores protegidos pela Constituição não promoverão a dignidade humana, porque pregarão no deserto. Sem acesso à água doce potável não haverá vida feliz, não haverá paz, simplesmente, não haverá vida.

Conclusão

À luz dessa sintética exposição, parece-nos adequado proclamar que o acesso à água potável é direito fundamental de todo brasileiro. Não abordamos a questão que envolve as escusas do Estado, com a invocação da chamada cláusula de “reserva do possível”³⁷, sustentadora de que o Poder Público só pode fazer o possível, de acordo com os recursos disponíveis. Essa escusa tem sido utilizada largamente para retardar e deixar de atender direitos fundamentais, mas só se justifica excepcionalmente. Tendo em vista o

³⁶ FARIAS, Paulo José Leite. *In obra citada* p. 391.

³⁷ Sobre “reserva do possível” ver, dentre outros, AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre os poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119; SARLET, Ingo W.. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 331-339.

conteúdo normativo da Constituição, a eficácia e efetividade de seus enunciados impõem condutas forçadas e obrigatórias aos administradores públicos. Cabe tomar em conta existirem na Constituição normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas de eficácia limitada ou reduzida, em geral dependentes da complementação de normas infraconstitucionais para gerarem plenamente e por inteiro seus efeitos³⁸.

De modo explícito, o art. 5º, § 1º da Constituição comanda que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Por dedução lógica, impõe-se a realização efetiva dos direitos fundamentais no campo das realidades da vida, racionando os recursos públicos e dando-lhes a destinação proclamada na Constituição. Descabem escusas formais, do tipo “a lei do orçamento não prevê”. A lei orçamentária é lei menor. Há que cumprir a Constituição e remanejar os recursos disponíveis para responder e corresponder ao sentimento normativo constitucional. Caso assim não faça o administrador público, competirá ao Judiciário, acionado, ordenar de modo pontual o atendimento dos direitos fundamentais violados. Trata-se de concretizar os valores constitucionais por meio da judicialização de políticas públicas, garantindo a supremacia normativa da Constituição na permanente defesa e promoção da dignidade humana, fundamento material supremo de nosso ordenamento jurídico (art. 1º, III, CF).

Não temos dúvida de que, nesse contexto, as associações de bairro, as organizações da sociedade civil e, inclusive, o cidadão comum, podem pleitear no Judiciário o atendimento do novel direito fundamental de acesso à água potável, pois sem ela não haverá saúde nem vida digna. Em análise mais aguda, nos parece que o acesso à água potável ao cidadão comum é direito que só depende de prova da existência e residência. Impossível sufocar o clamor da dignidade humana com a escusa de falta de verbas. Basta de tapeação e promessas politiqueiras. Precisamos ver cumpridos concretamente pelo Poder Público os compromissos nacionais superiores inscritos como prioridades na Constituição.

Nessa direção, citamos o sentimento atual da doutrina e jurisprudência. De acordo com diversos estudos jurídicos, mostra-se possível o controle de políticas públicas pelo Judiciário. A questão ainda gera controvérsias, mas após a decisão (monocrática) do

³⁸ Queremos aludir à clássica lição de SILVA, José Afonso da, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6 edição, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 3, 68 e 253, que construiu no direito brasileiro a divisão tricotômica quanto à eficácia das normas constitucionais, com base em lições da doutrina italiana.

Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF (DJU de 04.05.2004, p. 12), a possibilidade desse controle judicial parece mais consolidada. Arenhart (Jus Navigandi. Teresina, ano 9, nº 777, acesso em 05.11.2006), destacando trechos da decisão do Ministro Celso de Mello, bem descreve pontos de interesse para materializar os direitos fundamentais:

Muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente esse papel lhe é conferido “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

.....
“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que resulte o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (o que está entre aspas foi transcrito do despacho do Ministro Celso de Mello).

Reconhecido que o acesso à água potável configura um direito fundamental implícito de nosso ordenamento jurídico, defendemos sua eficácia e efetividade mediante reclamos à administração pública, gestora do sistema de distribuição e, na falta de respostas adequadas, por meio de pedidos ao Judiciário para que determine seu concreto atendimento. Este é um sentimento constitucional tornado norma superior, legítimo e necessário à promoção da dignidade humana.

Referências

Agenda 21. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3 edição, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre os poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Artigo publicado na internet, Jus Navigandi. Teresina, ano 9, nº 777, 19.08.2005, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, acesso em 05.11.2006.

ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. *Os direitos humanos e a questão agrária no sudeste do Pará*. Belém: UFPA, 2003 (Dissertação de Mestrado).

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luis Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In *Temas de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Tomo I, p. 51.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade agrária. In BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). *O direito agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre o reconhecimento e a fundamentação de normas implícitas no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 829, novembro de 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Cadernos democráticos. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997,

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Princípios constitucionais da proteção das águas. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*.

Monografia do curso de pós-graduação em Filosofia do Direito, Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 1998.

GALUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental*. São Paulo: RT, 2002.

LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu editora, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. In *O direito agrário na Constituição*. BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAGAZZI, José Luiz. *Do direito do consumidor à água de qualidade*. In GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, n. 29. Curitiba, julho/setembro 2003, p. 539-547. Site: www.genedit.com.br

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. 1 edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

TUNDISI, José Galízia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. São Carlos: RiMa, ITE, 2003.

VERLI, Fabiano. *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2004.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 426-454; transcrito das fls. 432.

O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

Miguel Borghezan³⁹

Sumário. Introdução. 1. Direitos fundamentais: as dimensões dos direitos fundamentais. 2. O conteúdo material aberto dos direitos fundamentais. 3. O acesso à água potável como direito fundamental implícito. Conclusão. Referências.

Introdução

Como conquistas históricas, os direitos positivados sinalizam, marcam no tempo o desenvolvimento da humanidade. Em geral estão ligados a ocorrências e fatos de cunho filosófico-político-jurídicos. Constroem-se teorias de base filosófica que, acolhidas por certo Estado, transformam seus conteúdos em normas para defesa/proteção de nações e povos. É sentida a divisão do mundo em blocos com base no nível de desenvolvimento sócio-econômico e interesses comerciais.

No outro extremo do iníquo mundo globalizado, estamos prestes a assistir a o impensável: a união de todas as nações para estudar e, se possível, minimizar os impactos e efeitos das grandes transformações que ocorrem com a mãe Terra. As fortes alterações do clima são sérios sinais de advertência. Se as mudanças são conseqüências da abusiva ação humana, ou do natural evoluir do

³⁹ Professor de Direito. Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais. Advogado.

planeta, ou das duas causas juntas, ainda não se sabe. O que transparece são visíveis processos de mudanças globais, desta vez não tão lentos, com transformações importantes da realidade natural, gerando fortes e até irreversíveis impactos.

Precisamos redefinir prioridades, o que os governos devem fazer em favor das pessoas e do meio ambiente. Entre nós cansamos de promessas, de escândalos sem adequada punição, de corrupção afrontosa e interesses privados realizados com dinheiro público. Precisamos fortalecer o Judiciário e instituições que têm compromisso com a ética, a moralidade pública, a defesa dos direitos fundamentais, valores constitucionais supremos. Devemos lutar, e muito, contra a omissão, a falta de adequado atendimento, o descaso e o abuso de autoridades. Para lutar precisamos de saúde, e a saúde requer água potável em quantidade suficiente, um direito de todos. Mais que um direito comum, defendemos que o acesso à água potável caracteriza-se como direito fundamental da pessoa humana, cuja dignidade superior reclama prioridade no atendimento.

1. Direitos fundamentais: as dimensões dos direitos fundamentais

A discussão sobre o melhor modo de designar os direitos fundamentais, se em *gerações* ou *dimensões*, tem importância semântica e interpretativa, não havendo divergências filosófico-jurídicas quanto à nota de fundamentalidade justificadora deles. Hoje praticamente há consenso em doutrina reconhecendo três grandes grupos de direitos fundamentais, os quais, no geral, são diferenciados por sua natureza, conteúdo axiológico e função. Assim, chamar de “gerações” ou “dimensões” a esses grupos de direitos superiores é questão de menor conta teórica, não afetando a essencialidade e magnitude que possuem. Não obstante, preferimos a expressão *dimensões* porque evita problemas com relação à vigência e eficácia. Conforme observa Ataíde Júnior (2003, p. 86), a expressão *gerações* tenderia à possibilidade de interpretação equívoca desses direitos, podendo parecer que a *segunda geração* sucederia à *primeira*, e a *terceira* à *segunda*, “o que levaria a outro entendimento equivocado, qual seria, o da não cumulatividade dos direitos humanos em decorrência da substituição de uma geração por outra”.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO. Vigorava o regime absolutista em França, Século XVIII, cuja expressão maior (Luiz XIV) chegara a afirmar que a lei era ele (*L'Etat, c'est moi*). A opressão e violência estatais eram praticadas em todos os níveis. Nesse cenário de submissão pela força, de supressão das liberdades, desenvolveu-se o iluminismo, corrente de idéias que se propôs a combater com luz a opressão das trevas representadas pelo Estado. A revolução francesa foi o momento de implantação das idéias e ideais iluministas, com tomada do poder político e conseqüente edição de um novo corpo de normas fundamentais que protegeriam as liberdades do cidadão contra os abusos do Estado. Este o berço da primeira dimensão de direitos fundamentais, os direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado absolutista que predominava na época. Bonavides (1999, p. 517) os classifica como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Caracterizam-se pelo estabelecimento de um dever de abstenção por parte do Estado.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO. O regime das liberdades desenvolveu-se frutuosamente por mais de um Século, transformando definitivamente a organização social. Não obstante, ocorreu enorme concentração de renda em mãos de poucos. A inconsistência nas ações concretas para o bem de todos nos campos social, econômico e cultural pôs em cheque a doutrina das liberdades. A incapacidade de dar respostas adequadas à complexidade dos problemas crescentes mostrou ser ela socialmente injusta e politicamente insustentável. Um dos lemas da revolução francesa, a igualdade, não teve forças para transpor a base teórica e interferir no âmbito da realidade. Com isto, aprofundou-se a distância nos campos econômico, social e cultural das classes mais baixas em relação à sociedade burguesa. Igualdade em que, afinal?

De acordo com Sarlet (2003, p. 49/50), esses direitos fundamentais caracterizam-se, mesmo em nossos dias, “por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Assim, ações positivas em direção a alguma igualdade material seriam sentidas. Há limitações porque o Estado não pode tudo em favor da grande massa de desfavorecidos, mas avanços são exigências dos valores e

princípios constitucionais, na medida em que reclamam a diminuição das distâncias entre pobres e ricos, cultos e incultos, burgueses e operários, patrões e empregados. Reduzir as desigualdades econômicas, sociais e culturais agora é objetivo fundamental do Estado, alcançável por meio de medidas, programas, projetos, políticas públicas com ações positivas e concretas em favor da implementação desses novos valores.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO. Com a Segunda grande Guerra, a humanidade viveu o horror no campo dos direitos humanos. O desrespeito foi de tal monta que assombrou políticos e juristas até no *front* dos vencedores. O homem estava diante de uma perspectiva sombria e trágica com a descoberta do holocausto, do poder irracional das bombas, notadamente da bomba atômica. Como ficaria a vida dos civis, maiores vítimas do terrível conflito? Neste cenário soturno do pós-guerra nasceu a ONU (Organização das Nações Unidas), repositório de esperanças diante do caos. E já se vislumbrava nova luta pela supremacia no mundo por meio da força e dos armamentos, em especial os atômicos. Iniciava ali a chamada Guerra Fria, onde as duas superpotências tentavam uma sobrepujar-se à outra em poderio bélico e domínio ideológico.

Foi então que o homem redescobriu sua fragilidade e pequenez diante da ameaça nuclear global, que seria o triunfo do mal sobre o bem, do ódio sobre o amor, das trevas sobre as luzes. Surgiu aí a necessidade de maior solidariedade entre os países, entre os povos de diversas raças, culturas, línguas e credos. Era preciso proclamar o valor supremo da vida humana sobre o poder econômico, político e bélico. Nasceram assim os direitos fundamentais de terceira dimensão, para proteger o homem enquanto membro da sociedade ou de grupos, em situações não vinculadas ao indivíduo na sua singularidade, em geral sem as limitações territoriais típicas dos direitos de primeira e segunda dimensões. Dentre eles podem ser citados, segundo Brega Filho (2002, p. 23), o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos.

2. O conteúdo material aberto dos direitos fundamentais.

Quando aludimos à idéia da existência de um *conteúdo material* dos

direitos fundamentais, de começo socorre-nos à mente que a nota de fundamentalidade desses direitos possui também um sentido formal. Com esta significação devemos fazer a leitura do art. 5º, § 2º, de nossa Constituição⁴⁰, que permite a inclusão em nosso sistema jurídico de outros direitos e garantias não expressamente nela previstos, podendo, inclusive, derivarem de tratados internacionais. Essa previsão remete à idéia de que, além dos direitos fundamentais previstos na Constituição, temos também a possibilidade de existirem direitos fundamentais residentes fora da Carta Magna. Assim, a relação de direitos fundamentais inseridos na Constituição é exemplificativa, não esgotando as possibilidades materiais deles. Podem outros ser reconhecidos por via de Tratados Internacionais em que o Brasil seja parte, ou ainda, derivar da interpretação do Supremo Tribunal Federal quando decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados.

A idéia mestra a solidificar será a defesa da maior dignidade humana pela proteção do modelo de justiça, de bem-estar social e de pluralismo formadores e informadores da base dura de nossa Constituição. Divisamos na abertura constitucional para inclusão de novos direitos humanos fundamentais por meio de Tratados, clara amostragem da dinâmica do direito, também do direito constitucional, sua consideração à evolução do direito internacional, e ao progresso da humanidade.

3. O acesso à água potável como direito fundamental implícito

Parece-nos importante moral, social e eticamente, por isto defensável juridicamente, afirmar e construir que todos têm direito de acesso à água potável, bem de interesse público e uso comum do povo, porque fundamento da sadia qualidade de vida humana. Não queremos mal aos animais irracionais e às plantas, com os quais vivemos e continuaremos vivendo em harmonia, mas não podem eles estar em pé de igualdade com as exigências de cidadania, de desenvolvimento, de qualidade de vida e dignidade do homem. Daí a força da

⁴⁰ Constituição Federal: art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

idéia retora⁴¹ de uma Declaração Universal de *Direitos do Homem* (ou do ser humano) proclamada pela ONU que, acolhidos em espécie pela ordem jurídica de certo Estado, convertem-se em concretos *direitos humanos fundamentais*.

Quais fundamentos determinam que o acesso à água potável deva ser reconhecido como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico? Partimos do pressuposto de que a Constituição consigna as normas que traduzem nosso modelo de justo, nossa cultura⁴² e proposta de desenvolvimento humano, nossos valores maiores, os fundamentos democráticos de legitimação do poder, os princípios de organização, desenvolvimento econômico e convivência, enfim, a estrutura global do Estado, escudo e sustentáculo de nossa felicidade, sonhos, dignidade e direitos. A partir desta base central podemos reconhecer e adensar, primeiramente, a nota de fundamentalidade que caracteriza o direito fundamental ao meio ambiente⁴³ ecologicamente equilibrado.

Silva (2004, p. 58 e 70) anota que a *proteção ambiental*, “abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como forma de direito fundamental da pessoa humana”. Sendo o direito à vida matriz de todos os demais direitos fundamentais, por meio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado protege-se a qualidade de vida. Nisto resume-se a nota de fundamentalidade desse novel direito fundamental, segundo Silva:

O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de

⁴¹ Persuasiva, eloqüente de sentido, expressão retórica, não na direção da simples construção do discurso de convencimento de modelo oratório e tribunício, mas carregada de vigor filosófico, de valores éticos e sociais.

⁴² Ao buscar estabelecer um conceito científico-cultural dos direitos fundamentais, Peter Häberle parte da premissa básica de que a Constituição denota a cultura de certa nação, com isto exprimindo seus valores democráticos fundamentais. *El concepto de los derechos fundamentales. In Problemas actuales de los derechos fundamentales*, p. 83. *Apud* LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu editora, 2002, p. 54.

⁴³ Respeita-se a idéia – e em parte concorda-se – de que a expressão *meio ambiente* é redundante para efeitos da língua portuguesa escoreita. Bem o expôs GAVIÃO FILHO, Anízio Pires, em nota de rodapé no início de sua obra *Direito fundamental ao ambiente* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13), explicitando a opção por *ambiente*. Não obstante, desconhece-se a inutilidade ou a superabundância no pleonismo *meio ambiente* que, no caso, parece conferir maior clareza, realce e vigor ao conteúdo da expressão, imitando situações da literatura. Certamente não foi por esmero gramatical que o constituinte a preferiu, mas pela força cultural nela contida. Por tais razões usamos ambas, não configurando vício vernacular nem reducionismo. A propósito, Massimo Gianninni, citado por LANFREDI, Geraldo Ferreira (*Política ambiental*. São Paulo: RT, 2002, p. 68), defende que a expressão *meio ambiente* se manifesta mais rica de sentido, exprimindo conexão de valores, abarcando ainda as interações, além dos elementos físicos, bióticos e abióticos que o compõe.

que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade de vida*.

Um direito é reconhecido como fundamental quando contribui de modo direto e importante para promover a dignidade humana. Quanto mais propende a realizar o primado da dignidade, mais se acentua a nota de fundamentalidade e o caráter de essencialidade do direito. É assim, dessa maneira, que os direitos fundamentais se levantam frente ao Estado, como insubstituíveis cláusulas da autonomia e da liberdade humanas contra o arbítrio, ou vinculam o Estado, protegendo e promovendo a dignidade do ser humano mediante ações positivas. Construiu-se para isto o Estado Social e Democrático de Direito, por via de lutas históricas, que moldaram direitos especiais, levando Canotilho (1999, p. 53 e 56) a destacar que “o Estado de direito é um *Estado de direitos fundamentais*”, indagando, em seguida: “Não será óbvio que um Estado de direito tem no sistema de direitos fundamentais o seu próprio coração?”. Nessa perspectiva ganham força os princípios constitucionais, cujo maior peso e importância haverão de servir de guias na produção das respostas e dos resultados, porque representativos dos valores plasmados na Constituição. Esses princípios podem ser explícitos e implícitos.

Verli (2004, p. 193), após discorrer sobre a teoria dos princípios citando doutrina de Crisafulli, Guastini, Dworkin, Larenz e Alexy, dentre outros, nos aspectos mais gerais, e tratar dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência sob o viés do sistema tributário, este último de aspecto ambivalente atuando sobre fins e meios na elaboração, interpretação e aplicação do direito, aborda a questão atual do conflito entre princípios. Como encaminhar solução adequada na hipótese de choque entre princípios (que promovem valores)? O autor critica posições rígidas, mecanicistas, que fazem preponderar aspectos formais, e assim sugere:

Não há solução universal *a priori* para a colisão desses valores. Ela só poderá derivar da análise de adequação e necessidade de restrições a um dos princípios e do sopesamento dos valores constitucionais sempre em limites casuísticos. Como é inviável o descarte de qualquer dos princípios, a ponderação serve como método, senão perfeito, possível para preservar a integridade da ordem jurídica e otimizar a normatividade de ambos.

Com existir diferença qualitativa, de grau e de generalidade entre princípios e regras, o conflito de princípios resolve-se por via da máxima da ponderação, na hipótese do caso concreto, sem ocorrer perda de conteúdo axiológico nem força normativa do princípio posposto, tido em menor conta. Por óbvio, para solução que engrandeça o direito e promova a justiça em certo caso concreto, um princípio precederá a outro por atuar mais na hipótese, conforme a imperatividade dos valores constitucionais a proteger, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas daquele caso. Neste ponto cabe o registro de que, conquanto possam existir, numa visão geral, princípios mais importantes que outros no conjunto da Magna Carta, o acolhimento da precedência de um em tensão com outro, numa certa situação de fato, não estabelece ordem de hierarquia entre ambos. Noutro caso concreto, aquele princípio antes posposto pode estar em posição de precedência. *Ipsa facto*, as possibilidades fáticas e jurídicas, aliadas ao conteúdo material dos valores em conflito, é que determinarão, em cada hipótese específica, a ponderação em favor da precedência deste ou daquele princípio⁴⁴. Atuará junto sempre o princípio da razoabilidade, para que não reste anulado o

⁴⁴ Fabiano Verli registra, em nota de rodapé (*in op. cit.* p. 196/197), observação de Mariá A. Brochado Ferreira (*Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. Monografia do curso de pós-graduação em Filosofia do Direito, Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 1998, p. 30-32), indicando a crítica de boa parte da doutrina contra o critério de precedência defendido por Alexy no juízo de ponderação, citando, por todos, Konrad Hesse, que não reconhece adequado assim o critério da ponderação de bens, de interesses. De acordo com Hesse, melhor solução viria com a aplicação do *princípio da concordância prática*, de acordo com o qual “deve haver uma coordenação entre os bens protegidos pela Constituição de modo que todos os princípios sejam atualizados ao ponto máximo”. O centro da crítica está em que a ponderação pode afetar a unidade da Constituição ao estabelecer a precedência de um princípio sobre outro. O *princípio da concordância prática* trabalha mais com o critério da proporção coordenada na auto-limitação da eficácia dos bens e interesses em confronto, exemplificando com a liberdade de opinião e lei geral limitadora, “em que deve haver uma coordenação proporcional entre o exercício da liberdade de opinião e os bens jurídicos protegidos pela lei geral”. Na primeira hipótese um princípio prevalece sobre outro (precedência pontual valorativa, Alexy), no segundo, não há precedência mas auto-limitação coordenada, proporcional à valoração dos bens em cotejo, de acordo com a Constituição (concordância prática, Hesse). Com todas as vênias, no fundo parece-nos que a crítica é mais de cunho filosófico e teórico do que prático, concreto, visto que as duas concepções trabalham com o critério da ponderação dos valores e fundamentos modelados na Constituição.

conteúdo de um dos valores fundamentais em tensão, reduzindo o sacrifício ao mínimo possível, vez que abstratamente não há supremacia de um sobre o outro. A doutrina é de Barroso (2003, p. 32/33):

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

Sob esta perspectiva maior, insere-se a compreensão que vislumbramos para tratar adequadamente o acesso à água doce potável como um direito fundamental. Dizemos ser *o acesso à água doce potável* a essência, o conteúdo central do direito fundamental, visto caracterizarmos a água (gênero) como *bem ambiental de interesse e domínio público* para fins de gerenciamento e gestão⁴⁵, inalienável por força do disposto no art. 18 da Lei nº 9.433/97 e, por óbvio, também assim a água potável (espécie)⁴⁶. Logo, não pode ser tratada como coisa, bem dominial sob o aspecto da titularidade, embora passível de ser exigido seu fornecimento como prestação positiva do Estado. Respeitamos doutrina que sugere a inconstitucionalidade⁴⁷ do art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.433/97, sob o

⁴⁵ Pensamos haver distinção qualitativa entre *gerenciamento* e *gestão*. A *gestão* significa obrigação, ofício, competência, função ou atribuição cometida por norma jurídica, convênio ou contrato; enquanto que o *gerenciamento* parece designar a atividade própria, a atuação específica, a realização e concretização no mundo dos fatos, a efetividade de medidas de execução eleitas como fundamentais e necessárias. A gestão é superlativo genérico, exprime a generalidade de competências e atribuições de acordo com a norma ou o contrato. Por outro lado, gerenciar é servir como gerente *de certa atividade*, é otimizar os resultados concretos com os elementos e recursos disponíveis. Assim, gerencia-se o funcionamento normal, a concordata, o passivo, a liquidação e a extinção (falência) de uma empresa, processos que configuram modelo de gestão empresarial. Daí falar-se com melhor técnica em *gestão ambiental e gerenciamento dos recursos hídricos*.

⁴⁶ Lei 9.433/97, art. 18: “A outorga não implica alienação parcial das águas, *que são inalienáveis*, mas o simples direito de seu uso”. Por aí infere-se que o preço cobrado é pelo serviço de tratamento, fiscalização e distribuição da água potável, não o custo material dela, embora detenha em si conteúdo econômico.

⁴⁷ Citamos, e. g., posição defendida por SOUZA, Luciana Cordeiro de (*Águas e sua proteção*. 1 ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005): “Dessa forma, concluímos pela existência de uma inconstitucionalidade no art. 1º, inc. I da Lei 9.433/97, tendo em vista que a **água** é um bem difuso, o que significa total e absoluta

argumento de ser a água um bem ambiental difuso. Já traduzimos a moderna compreensão da doutrina italiana sobre a natureza jurídica da água (que acolhemos), identificando-a como *bem de interesse social*, e não apenas bem ambiental difuso. Logo, permanece a idéia de *bem*, não no sentido de coisa privada ou pública exclusiva posta à venda, mas *bem de interesse público*, cujo serviço de adequado tratamento e permanente distribuição está sujeito à eficiente⁴⁸ gestão e gerenciamento pelo Poder Público.

O reconhecimento da fundamentalidade há de estar ligado, no âmbito material, ao princípio da dignidade humana, protegendo e promovendo a vida, a qualidade de vida, o bem-estar individual e social, que aspira e oferta condições para uma vida feliz, para a felicidade. Justificam-se pela força e vigor que receberam ao longo do processo histórico de desenvolvimento e progresso humanos, sob os aspectos material e espiritual. De acordo com Galupo (2003, p. 233)

[...] isso significa, antes de qualquer coisa, que os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.

Registrando constar as expressões “necessária disponibilidade de água” e o “efetivo exercício do direito de acesso à água” na Lei nº 9.433/97, Machado (2002, p. 14/15) destaca que “essa lei quer – e não podia deixar de querer – que todos tenham água. O Brasil reconhece, sem dúvida alguma, o direito à água”. Linhas adiante, discorre sobre o “direito à água e gratuidade” e, referindo à tese de doutoramento de Teles da Silva, assim pontifica:

O valor de uso dos recursos naturais ‘não pode ser somente econômico e inserir-se no quadro do mercantilismo dos recursos, mas deve ser dotado de um valor ético. Se a dimensão econômica desses recursos reflete sua raridade, certos limites devem ser impostos para que cada um, razoavelmente, tenha direito ao acesso, em quantidade e qualidade, à água e ao ar sadio’.

Inconstitucional e ilegal o corte de água feito por qualquer

incompatibilidade com a natureza jurídica que a referida lei lhe concedeu. Um bem ambiental, ou seja, difuso, não pode ser tratado como público”. (assunto tratado nas fls. 95-110; transcrito da fl. 110).

⁴⁸ O princípio da eficiência é um dos pilares fundamentais da administração pública (art. 37, *caput*, CF).

órgão público ou por concessionárias do serviço público de abastecimento de água com relação àqueles que não puderem pagar o *quantum* mínimo desse recurso necessário para sua sobrevivência. Além da ação civil pública, o mandado de segurança e a ação popular são instrumentos eficazes para corrigir esse acintoso desvio de poder.

Infere-se da manifestação que o direito de acesso à água não é em relação a qualquer água, mas específica e exatamente àquela que for capaz de atender as necessidades básicas humanas com qualidade, respondendo e correspondendo às exigências para uma vida digna das pessoas. Trata-se da água destinada ao “serviço de abastecimento” público, noutras palavras, da água doce potável. Depois de referir à água potável como definida no art. 4º, I, da Portaria nº 1.469, de 29.12.2000, do Ministro da Saúde, sendo ela segura e palatável ao consumo humano, Machado (2002, p. 16) prossegue registrando que “a distribuição de água potável no Brasil é ato administrativo vinculado, excluindo a discricionariedade”. E conclui em seguida afirmando que “a consecução do direito fundamental à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*, da CF) passa, aí, a ter efetiva aplicação, tendo prioridade sobre qualquer outra despesa pública”. Desse modo, o acesso à água doce potável no Brasil parece converter-se em direito fundamental de qualquer pessoa, sob pena de sobrepor-se o interesse econômico (do Poder Público ou da concessionária) ao primado da dignidade humana, valor material supremo de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF). É natural que este direito fundamental esteja sujeito, no âmbito da interpretação e aplicação pelo juiz, aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, avaliando-se o peso e a importância dos outros valores em cotejo, consideradas as condições de fato e de direito do caso concreto. *Ipsa facto*, lógico e jurídico afirmar que o acesso não será a qualquer quantidade de água potável, mas àquela que atenda às necessidades humanas básicas⁴⁹, sem exageros, excessos nem desperdício.

⁴⁹ De acordo com a Agenda 21 (*Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3 edição, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, p. 358, item 18.58, letra “a”), é meta dos Estados “garantir que todos os residentes em zonas urbanas tenham acesso a pelo menos 40 (quarenta) litros *per capita* por dia de água potável e que 75 por cento da população urbana disponha de serviços de saneamento próprios ou comunitários”. Eis parâmetro para atender as necessidades básicas. De anotar ainda que Peter H. Gleick sugere por volta de 13 galões por pessoa/dia (50 litros), sendo 5 litros para

Trata-se de direito fundamental deduzido de inúmeras previsões constitucionais, não sendo por isto expresso, mas, implícito⁵⁰. Anotamos algumas disposições constitucionais, inclusive principiológicas⁵¹, que informam e são sustentáculos conformadores da nota de fundamentalidade do direito de acesso à água doce potável: (i) o direito à vida e à igualdade (art. 5º, *caput*, e inciso I, CF); (ii) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); (iii) a promoção do bem de todos como objetivo nacional (art. 3º, IV, CF); (iv) a promoção e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), merecendo transcrito o art. 22 do CDC (Lei nº 8.078/90): “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Sobre o direito do consumidor à água de qualidade, ver artigo de Ragazzi (*In Genesis* n. 29, julho/setembro 2003, p. 539-547); (v) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), sendo de anotar a importante e necessária relação deles com o meio ambiente e as águas, devendo o Brasil defender esses valores constitucionais da nação nas relações externas; (vi) o direito fundamental à saúde como fundamento da qualidade de vida (art. 6º, e art. 196, CF), devendo-se registrar que o corpo humano, em média, tem de 60% a 70% de água⁵² e, com certeza, é de água doce potável, sob pena de não existir saúde física nem psíquica; (vii) o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como suporte para a melhor qualidade de vida humana (art. 5º, LXXIII, art. 129,

beber; 20 litros para saneamento; 15 litros para banho; e 10 litros para preparar a comida (*The world's water2000-2001: the biennial report of freshwater resources*. Washington: Island, 2002, p. 11; *apud* FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 383).

⁵⁰ Julgamos importante registrar a defesa pela doutrina de outros direitos fundamentais implícitos, e. g., a proteção da biodiversidade, feita em artigo por Sandra Akemi Shimada Kishi. Proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental. *In* KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 709-727. Sendo a biodiversidade considerada um direito fundamental implícito, com maior razão também deverá sê-lo o acesso à água doce potável.

⁵¹ Para uma visão de incidência dos princípios constitucionais, ver artigo de CUSTÓDIO, Helita Barreira. Princípios constitucionais da proteção das águas. *In* KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 518-552.

⁵² TUNDISI, José Galízia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. São Carlos: RiMa, ITE, 2003, p. 4.

III, e art. 225, CF); (viii) a função social e ambiental da propriedade⁵³, com vistas ao desenvolvimento sustentável (art. 5º, XXIII, art. 170, III e VI, art. 186, CF). Desses suportes constitucionais decorre o implícito direito fundamental de acesso à água doce potável, no ordenamento normativo constitucional brasileiro⁵⁴.

Existem vários documentos a nível internacional que reconhecem direitos fundamentais humanos⁵⁵ (Farias 2005, p. 381/382), entre os quais estão o direito à vida, à qualidade de vida, à proteção contra doenças e à alimentação adequada. Contudo, destaca Farias (2005, p. 382) que, “apesar do direito à água limpa (consumo da água) estar implicitamente mencionado como pré-requisito a esses direitos, a água só é explicitamente mencionada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças” (datada de 1989). A explicação pode estar no fato de que, quando celebrados os Tratados e as Convenções anteriores, o problema da água doce potável não era visível ou efetivo como ocorre hoje.

A última importante declaração a nível internacional sobre as águas ocorreu na Holanda, por ocasião do II Fórum Mundial da Água, no ano de 2000. A chamada *Declaração de Haia* enfocou a visão ecocêntrica, proclamando que a água é vital para a vida e para a saúde das pessoas e dos ecossistemas,

⁵³ Sobre o assunto, ver os artigos de MANIGLIA, Elisabete, Atendimento da função social pelo imóvel rural. *In O direito agrário na Constituição*. BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-44; e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade agrária. *In BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). O direito agrário na Constituição cit.*, p. 271-304.

⁵⁴ Não é demais lembrar que a Constituição, por ser aberta, reconhece o fenômeno das *normas implícitas* (art. 5º, § 2º). Contudo, há que se resguardar a unidade e coerência de nosso sistema de princípios e valores. Servimo-nos aqui de uma das técnicas de construção das normas implícitas de Riccardo Guastini, citadas no artigo de BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, na seguinte passagem: “4. Para encontrar ‘princípios implícitos’, pode-se partir de regras ou de princípios (mais gerais) já conhecidos. Na primeira hipótese, procede-se por indução, levando em conta os escopos, as intenções e os valores perseguidos e consagrados pelo ordenamento jurídico no momento em que ele reconhece a(s) regra(s) tomada(s) como paradigma. Na segunda, busca-se chegar, por dedução, até princípios mais específicos que colaboram para a realização dos princípios gerais, como acontece com o princípio da imparcialidade do juiz em relação ao princípio do devido processo legal”. (*Sobre o reconhecimento e a fundamentação de normas implícitas no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 829, novembro de 2004, p. 90-102; transcrito da fl. 101). Aderindo à segunda hipótese, parece aceitável que o direito fundamental de acesso à água doce potável possa derivar de outro mais amplo, no caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamento da melhor qualidade de vida.

⁵⁵ FARIAS, Paulo José Leite, relaciona a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Convenção Européia dos Direitos Fundamentais (1950); a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Tratado de São José da Costa Rica – 1969); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989). *In obra citada*, p. 381/382.

exigência básica ao desenvolvimento dos países. Outras conclusões relevantes: a) a pobreza tem fortes vínculos com a falta de acesso à água doce potável, com a degradação do meio ambiente e a poluição; b) a enorme diversidade de necessidades e situações ao redor do mundo impõe uma exigência comum: garantir água para todos no Século XXI; c) é preciso democratizar o uso e o consumo, garantindo o acesso de todos à água em quantidade, qualidade e custos adequados; d) consolidar e realizar as necessidades básicas, reconhecendo que o acesso aos mananciais de água, ao abastecimento suficiente e ao serviço de saúde pública são exigências humanas fundantes, essenciais à saúde e ao bem-estar. Destacou-se a necessidade de cobrança pelo uso da água relacionada com o custo de sua disponibilização, como também, o gerenciamento e a administração da água com sabedoria, garantindo o envolvimento dos usuários e da população em geral.

Fechando a abordagem da construção do direito fundamental ao acesso à água doce potável a nível internacional, após as referências anotadas e no essencial destacadas, Farias (2005, p. 391) assim conclui:

O fator comum a todas estas declarações é a atribuição de valores econômicos, éticos, sociais, ecológicos e culturais à água, que deve ser vista não só de forma direta, em benefício do homem, mas, também, vinculada à proteção dos ecossistemas por meio de uma gestão participativa, que não se esqueça da ponderação dos diversos valores que a água representa.

Por outro lado, destaca-se a construção nos documentos internacionais de um direito humano internacional ao uso da água (Declaração de Paris 1998 e Haia 2000) a ser protegido pelo direito internacional, com reflexos nos direitos nacionais dos países.

À vista desses sintéticos argumentos, e de outros que podem ser agregados, estamos convencidos de que o acesso à água potável, à água tratada adequada ao consumo humano saudável, pode e deve ser proclamado e reconhecido como um direito fundamental, que decorre implicitamente dos valores e fundamentos ordenadores de nosso sistema jurídico constitucional, embora não previsto expressamente na Constituição. Trata-se de direito fundamental que promove e defende a dignidade humana emprestando materialidade ao direito à saúde e ao primado da dignidade humana. Não se pode falar em dignidade sem

acesso à água doce potável, fundamento da convivência social e da liberdade e autonomia individual. Sem acesso à água doce potável os princípios e valores superiores protegidos pela Constituição não promoverão a dignidade humana, porque pregarão no deserto. Sem acesso à água doce potável não haverá vida feliz, não haverá paz, simplesmente, não haverá vida.

Conclusão

À luz dessa sintética exposição, parece-nos adequado proclamar que o acesso à água potável é direito fundamental de todo brasileiro. Não abordamos a questão que envolve as escusas do Estado, com a invocação da chamada cláusula de “reserva do possível”⁵⁶, sustentadora de que o Poder Público só pode fazer o possível, de acordo com os recursos disponíveis. Essa escusa tem sido utilizada largamente para retardar e deixar de atender direitos fundamentais, mas só se justifica excepcionalmente. Tendo em vista o conteúdo normativo da Constituição, a eficácia e efetividade de seus enunciados impõem condutas forçadas e obrigatórias aos administradores públicos. Cabe tomar em conta existirem na Constituição normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas de eficácia limitada ou reduzida, em geral dependentes da complementação de normas infraconstitucionais para gerarem plenamente e por inteiro seus efeitos⁵⁷.

De modo explícito, o art. 5º, § 1º da Constituição comanda que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Por dedução lógica, impõe-se a realização efetiva dos direitos fundamentais no campo das realidades da vida, racionando os recursos públicos e dando-lhes a destinação proclamada na Constituição. Descabem escusas formais, do tipo “a lei do orçamento não prevê”. A lei orçamentária é lei menor. Há que cumprir a Constituição e remanejar os recursos disponíveis para responder e corresponder ao sentimento normativo

⁵⁶ Sobre “reserva do possível” ver, dentre outros, AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre os poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119; SARLET, Ingo W.. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 331-339.

⁵⁷ Queremos aludir à clássica lição de SILVA, José Afonso da, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6 edição, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 3, 68 e 253, que construiu no direito brasileiro a divisão tricotômica quanto à eficácia das normas constitucionais, com base em lições da doutrina italiana.

constitucional. Caso assim não faça o administrador público, competirá ao Judiciário, acionado, ordenar de modo pontual o atendimento dos direitos fundamentais violados. Trata-se de concretizar os valores constitucionais por meio da judicialização de políticas públicas, garantindo a supremacia normativa da Constituição na permanente defesa e promoção da dignidade humana, fundamento material supremo de nosso ordenamento jurídico (art. 1º, III, CF).

Não temos dúvida de que, nesse contexto, as associações de bairro, as organizações da sociedade civil e, inclusive, o cidadão comum, podem pleitear no Judiciário o atendimento do novel direito fundamental de acesso à água potável, pois sem ela não haverá saúde nem vida digna. Em análise mais aguda, nos parece que o acesso à água potável ao cidadão comum é direito que só depende de prova da existência e residência. Impossível sufocar o clamor da dignidade humana com a escusa de falta de verbas. Basta de tapeação e promessas politiquieras. Precisamos ver cumpridos concretamente pelo Poder Público os compromissos nacionais superiores inscritos como prioridades na Constituição.

Nessa direção, citamos o sentimento atual da doutrina e jurisprudência. De acordo com diversos estudos jurídicos, mostra-se possível o controle de políticas públicas pelo Judiciário. A questão ainda gera controvérsias, mas após a decisão (monocrática) do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF (DJU de 04.05.2004, p. 12), a possibilidade desse controle judicial parece mais consolidada. Arenhart (Jus Navigandi. Teresina, ano 9, nº 777, acesso em 05.11.2006), destacando trechos da decisão do Ministro Celso de Mello, bem descreve pontos de interesse para materializar os direitos fundamentais:

Muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente esse papel lhe é conferido “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

.....
“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que resulte o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de

suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (o que está entre aspas foi transcrito do despacho do Ministro Celso de Mello).

Reconhecido que o acesso à água potável configura um direito fundamental implícito de nosso ordenamento jurídico, defendemos sua eficácia e efetividade mediante reclamos à administração pública, gestora do sistema de distribuição e, na falta de respostas adequadas, por meio de pedidos ao Judiciário para que determine seu concreto atendimento. Este é um sentimento constitucional tornado norma superior, legítimo e necessário à promoção da dignidade humana.

Referências

Agenda 21. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3 edição, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre os poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Artigo publicado na internet, Jus Navigandi. Teresina, ano 9, nº 777, 19.08.2005, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, acesso em 05.11.2006.

ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. *Os direitos humanos e a questão agrária no sudeste do Pará*. Belém: UFPA, 2003 (Dissertação de Mestrado).

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luis Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade agrária. *In BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). O direito agrário na Constituição*. BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA,

Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre o reconhecimento e a fundamentação de normas implícitas no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 829, novembro de 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Cadernos democráticos. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Princípios constitucionais da proteção das águas. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. Monografia do curso de pós-graduação em Filosofia do Direito, Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 1998.

GALUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no Século XXI: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental*. São Paulo: RT, 2002.

LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu editora, 2002.

MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. In *O direito agrário na Constituição*. BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; e SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org. e Colab.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAGAZZI, José Luiz. *Do direito do consumidor à água de qualidade*. In GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, n. 29. Curitiba, julho/setembro 2003, p. 539-547. Site:

www.genedit.com.br

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. 1 edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

TUNDISI, José Galízia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. São Carlos: RiMa, ITE, 2003.

VERLI, Fabiano. *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2004.