



ANNA CAROLINA STEINMETZ

**A ÁGUA POTÁVEL COMO BEM FUNDAMENTAL SOCIAL E O MODELO
REGULATÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O SEU PAPEL DE GARANTIA**

CANOAS, 2022

ANNA CAROLINA STEINMETZ

A ÁGUA POTÁVEL COMO BEM FUNDAMENTAL SOCIAL E O MODELO
REGULATÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O SEU PAPEL DE GARANTIA

Dissertação apresentada à banca
examinadora do Programa de Pós-
Graduação em Direito e Sociedade da
Universidade La Salle – Unilasalle, como
exigência parcial à obtenção do grau de
Mestra em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

CANOAS, 2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S823a Steinmetz, Anna Carolina.
A água potável como bem fundamental social e o modelo regulatório
[manuscrito] : reflexões sobre o seu papel de garantia / Anna Carolina
Steinmetz. – 2022.
122 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas,
2022.
“Orientação: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori”.

1.Direito. 2. Garantismo. 3. Constitucionalismo garantista. 4. Direitos
fundamentais. 5. Água potável. 6. Direito humanos. I. Cademartori,
Sérgio Urquhart de. II. Título.

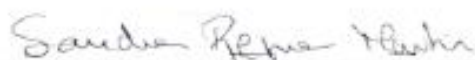
CDU: 342.7

Bibliotecário responsável: Michele Padilha Dall Agnol de Oliveira - CRB 10/2350

ANNA CAROLINA STEINMETZ

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle.

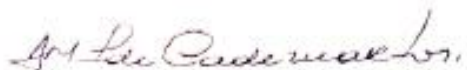
BANCA EXAMINADORA



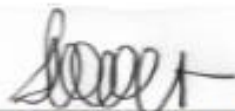
Profa. Dra. Sandra Martini
Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter



Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira
Universidade Federal do Rio de Janeiro -UFRJ



Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuck de Cademartori
Universidade La Salle



Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Orientador e Presidente da Banca - Universidade La Salle

Área de concentração: Direito e Sociedade
Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 26 de agosto de 2022.

Pensar neste trabalho como obra de alguém que se fez por si é não pensar. Quanto mais o tempo passava, maior era o meu esforço e a minha dedicação. Maior também era a minha ausência perante a minha família, de modo que tal esforço deve, também, ser atribuído aos meus. O apoio foi incessantemente crescente na medida em que esses dois anos foram se passando, razão pela qual eu dedico cada linha, cada página e as incontáveis horas de trabalho escondidas por trás desta pesquisa àqueles que estiveram sempre ali para mim.

Dedico todo o meu empenho à minha mãe Eliane, mulher que admiro sem ressalvas, que viveu este sonho – e as loucuras inerentes à academia – ao meu lado, pelo carinho, pela força e por todas as palavras motivacionais que me foram ditas desde o início, mas principalmente ao final da pesquisa. Ao meu pai Beto, quem esteve sempre presente nessa caminhada, a cada passo mais firme e orgulhoso da sua menina, demonstrando com apenas um olhar a grande admiração por este projeto, sendo essa a minha fonte inesgotável de energia.

Dedico as próximas linhas também ao meu companheiro de vida Lucas, quem sempre entendeu – e apoiou – as minhas ausências e noites em claro. Quem preparou muitos cafés e chimarrões para que eu contornasse o sono e conseguisse finalizar a pesquisa proposta para aquelas noites. Quem me presenteou com uma segunda família, a quem também dedico este trabalho. À minha segunda mãe Sirleni, que não mediu esforços para me auxiliar nesse período. À memória do meu segundo pai Juarez, uma das pessoas mais maravilhosas que conheci, quem ficou extremamente feliz com o meu ingresso no mestrado, e certamente estaria radiante neste momento de conclusão da pesquisa.

Ainda, dedico àqueles que se tornaram a minha família acadêmica, companheiros de luta e verdadeiros amigos, os quais pude contar do início ao fim, especialmente Sérgio e Débora. Vocês estiveram presentes nos melhores momentos dessa caminhada, mas também estiveram nos momentos de angústia e preocupação, nos quais foram, além de amigos, grandes parceiros que conseguiram aliviar a tensão com palavras de apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, e reiterando a dedicatória, aos meus pais, sem os quais não seria possível realizar este sonho acadêmico, pelos anos de trabalho e dedicação árduos para que eu pudesse sempre estudar nas melhores instituições, pelo incentivo ao longo dos anos para que eu nunca parasse de estudar, mas, principalmente, pelo amor e carinho desses quase 29 anos. Ao meu grande amor, que comemora as minhas conquistas como se dele fossem e me motiva e incentiva a sempre conquistar os meus sonhos.

Agradeço ao meu orientador – e grande amigo – Prof. Dr. Sérgio Cademartori, pela acolhida nessa caminhada, pela confiança em minha pesquisa e pela orientação atenciosa e profundamente qualificada, sem a qual este trabalho não seria desenvolvido de forma tão capacitada. Registro não apenas o meu agradecimento, mas uma frase que repeti algumas vezes ao longo desses anos, que me sinto honrada de ter sido orientada neste trabalho por um ser humano ímpar, de vasto – e reconhecido – conhecimento acadêmico e domínio em todas as áreas da filosofia jurídica e constitucional.

Agradeço à minha querida colega – e grande amiga – Débora Baptista, pela constante troca e aprendizado, bem como por todas as conversas e desabafos nesse período de tanto trabalho e dedicação. A caminhada foi muito mais agradável – e menos árdua – a partir do momento em que passamos a andar juntas.

RESUMO

O trabalho tem por objeto analisar a água potável como direito humano e bem fundamental indispensável ao surgimento e à manutenção da vida humana. Nesta perspectiva, busca ilustrar a importância da indisponibilidade desse recurso elementar frente aos avanços do cenário mercadológico e as reiteradas tratativas de precificação de um bem fundamental dotado única e exclusivamente de valor. Qualificar a água como mercadoria provocaria extrema desigualdade no que tange à garantia de acesso aos indivíduos sem poder econômico. Não somente a água, mas todos os recursos que possam prover algum valor financeiro em potencial acabam sendo apropriados e mercantilizados, tornando mais difícil a sua fruição por minorias economicamente vulneráveis. Por outro lado, reconhecer esse bem como direito fundamental – reivindicação da teoria garantista – atribuiria ao Estado o dever de garantir o mínimo essencial à população e suas futuras gerações, visando ao fornecimento qualiquantitativo do bem, como também ao planejamento da gestão dos recursos hídricos, de modo a regular e administrar o consumo do bem fundamental e a sua preservação. Além disso, o poder público passaria a tutelar a água de forma efetiva, promovendo e cumprindo políticas públicas que assegurem a potabilidade desse bem a todos os indivíduos. Partindo desse pressuposto, essa pesquisa propõe analisar o tratamento do fornecimento de água potável na América do Sul e, mais detalhadamente, no Brasil, e sua efetividade na materialização dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos existem para satisfazer às necessidades básicas do ser humano, como o direito à saúde e o direito à vida, corolários diretos da proteção à água como recurso vital e imprescindível, de modo a efetivar a dignidade da pessoa humana em sua totalidade.

Palavras-chave: Garantismo. Constitucionalismo Garantista. Direitos Fundamentais. Acesso à Água Potável. Direitos Humanos. Modelo Regulatório.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze drinking water as a human right and a fundamental good indispensable for the emergence and maintenance of human life. From this perspective, it seeks to illustrate the importance of the unavailability of this elementary resource owing to advances in the market scenario and the pricing negotiations of a fundamental good endowed solely and exclusively with value. Qualifying water as a commodity would cause extreme inequality in terms of guaranteeing access to individuals without economic power. Not only water, but all resources that might provide some potential financial value end up being appropriated and commodified, making it more difficult for economically vulnerable minorities to enjoy it. On the other hand, recognizing this good as a fundamental right – a claim of the guarantor theory – would assign the State the duty to guarantee the essential minimum for the population and its future generations, aiming at the qualitative and quantitative supply of the good, as well as the planning of the management of water resources, in order to regulate and manage the consumption of the fundamental good and its preservation. In addition, the public power would effectively protect water, promoting and complying with public policies that ensure the potability of this good for all individuals. Based on this assumption, this research proposes to analyze the treatment of drinking water supply in South America and, more specifically, in Brazil, and its effectiveness in the materialization of fundamental rights, since such rights exist to satisfy the basic needs of human beings, such as the right to health and the right to life, direct corollaries of the protection of water as a vital and essential resource, in order to implement the dignity of the human person in its entirety.

Keywords: Guarantee. Guaranteed Constitutionalism. Fundamental Rights. Access to Drinking Water. Human Rights. Regulatory Model.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ÁGUA POTÁVEL: DE DIREITO HUMANO A BEM FUNDAMENTAL.....	13
2.1 <i>Meio século de discussões: dos encontros internacionais ao efetivo reconhecimento da água potável como Direito Humano</i>	<i>13</i>
2.2 <i>O constitucionalismo garantista e a água como bem fundamental</i>	<i>22</i>
2.2.1 <u>O garantismo como fundamento do Estado Democrático e Social de Direito</u>	<u>22</u>
2.2.2 <u>Direitos fundamentais e garantias: um novo paradigma do Direito</u>	<u>35</u>
2.2.3 <u>A teoria dos bens fundamentais: uma proposta de proteção global</u>	<u>46</u>
3 O TRATAMENTO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NA AMÉRICA DO SUL	57
3.1 <i>Cooperação internacional sul-americana em matéria de águas e o pensamento complexo como premissa para a elaboração de políticas públicas comuns</i>	<i>57</i>
3.2 <i>O direito à água nas Constituições da América do Sul.....</i>	<i>63</i>
3.3 <i>O acesso à água potável na América do Sul: uma análise empírica</i>	<i>68</i>
3.3.1 <u>Orientações metodológicas.....</u>	<u>68</u>
3.3.2 <u>Grupo 1: Bolívia e Peru.....</u>	<u>69</u>
3.3.3 <u>Grupo 2: Brasil e Colômbia.....</u>	<u>72</u>
3.3.4 <u>Grupo 3: Chile e Argentina</u>	<u>76</u>
4 A GARANTIA DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL	79
4.1 <i>Da crise do Estado à Reforma Administrativa.....</i>	<i>79</i>
4.2 <i>As Agências Reguladoras no direito brasileiro.....</i>	<i>85</i>
4.2.1 <u>A Agência Nacional de Águas e as agências infranacionais: o campo regulador do setor de recursos hídricos</u>	<u>89</u>
4.3 <i>Duas propostas de normatização: da Emenda Constitucional nº 4/2018 ao Projeto de Lei nº 4.162/2019.....</i>	<i>93</i>
4.4 <u>O Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil: desafios e perspectivas</u>	<u>99</u>
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

Uma vida digna depende da efetivação das necessidades vitais da pessoa humana, sendo o bem-estar social o fundamento e a razão de ser do próprio Estado. Desse modo, para que uma determinada classe social – especialmente os indivíduos economicamente vulneráveis – seja inserida em um ambiente igualitário e digno, é de extrema importância que seus direitos e o mínimo essencial sejam garantidos pelo Estado Democrático e Social de Direito mediante a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção dos bens fundamentais da coletividade.

De forma geral, é cediço que uma vida digna demanda o acesso a um sistema de saúde de qualidade, à educação, à alimentação, à higiene, à assistência e à previdência social. Tão essencial quanto garantir o acesso aos direitos ora citados, é garantir o acesso universal à água potável como forma de preservação à saúde, no preparo da alimentação, nos hábitos de higiene, dentre outros. A falta de acesso a este recurso ou o seu acesso precário é uma realidade em inúmeros países ao redor do mundo, ocasionando milhares de mortes anualmente e a disseminação de doenças.

Sob essa perspectiva, este trabalho é pautado em uma pesquisa documental, posto que é fundamentado por disposições do ordenamento jurídico para o desenvolvimento da argumentação elencada ao longo do texto, cujo método de abordagem utilizado é o dedutivo. Além disso, é uma pesquisa com incursões bibliográficas, uma vez que são analisados livros e artigos científicos cujos assuntos são correlatos à distribuição de água potável, à proteção dos recursos hídricos, aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e suas garantias e temas afins.

O acesso à água potável – de forma universal e não onerosa – se mostra imprescindível à garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o intento deste trabalho é colocar ao centro, justamente, o problema da universalização do acesso à água potável e a sua efetivação por meio do modelo regulatório instituído. O tema se torna ainda mais relevante quando abordado o constitucionalismo e a teoria garantistas, centrando a análise em uma concepção do paradigma do Estado Constitucional de Direito, cuja principal característica é estabelecer a submissão do poder público – e da sociedade como um todo – ao texto constitucional.

A abordagem realizada no primeiro capítulo deste trabalho tem por finalidade traçar o desenvolvimento dos modelos teóricos e conceituais do sistema jurídico, referindo a grande mudança estrutural que originou o Estado Constitucional de Direito. A partir da implementação desse novo paradigma foi desenvolvida a teoria garantista, a qual visa à proposição de garantias que assegurem a efetivação dos direitos fundamentais. O garantismo é compreendido como

uma teoria constitucionalista do direito, consolidado como modelo de sistema jurídico, como teoria do direito e filosofia e teoria política.

Esse capítulo também apresenta o longo percurso de encontros internacionais no âmbito da Organização das Nações Unidas até o momento em que a água potável foi efetivamente reconhecida como direito humano essencial para o pleno gozo da vida e dos demais direitos humanos. Em que pese as inúmeras conferências e debates acerca da água como bem imprescindível à dignidade da pessoa humana, as pautas do cenário supranacional envolviam a valorização do meio ambiente, formas de evitar a poluição das águas, a redução de desastres naturais, dentre outros assuntos, restando silente quanto a garantir o acesso à água potável de forma universal.

Vislumbrado o ideal de materialização dos direitos da pessoa humana a partir dos valores essenciais reconhecidos pelo texto constitucional como fundamento e razão de ser do Estado em que estão inseridos, este trabalho propõe uma reflexão acerca da efetividade desses direitos. Especialmente no que tange à tutela da coletividade, se deve atentar para a capacidade de assegurar garantias compatíveis e eficazes para efetivar as necessidades vitais da pessoa humana de forma satisfatória e suficiente.

Partindo desse pressuposto, a parte final do capítulo ora elencado propõe uma análise pautada na teoria dos bens fundamentais, a qual reivindica o papel garantista do sistema jurídico e a proteção global desses bens. Isso significaria subtrair a disponibilidade dos bens fundamentais não apenas do âmbito mercadológico, mas, também, das arbitrariedades dos três poderes estatais que possam causar algum prejuízo aos grupos economicamente vulneráveis. Estabelecer um campo de proteção global desses bens compreende uma dimensão de garantias igualmente global, e propõe a construção de uma nova política pública de poderes supranacionais.

É evidente que o desenvolvimento de cada país, em especial dos países pobres, está cada vez mais atrelado a decisões tomadas no âmbito internacional e de grandes potências econômicas, sendo necessária a instituição de uma esfera pública planetária e de proteção global de garantias. Para além disso, os problemas que demandam a proteção dos bens e a tutela da coletividade são transfronteiriços, como ocorre com a água potável, que muito desafia os Estados por não atingirem a universalização desse recurso de forma qualiquantitativa a toda a população.

É nesse sentido que o segundo capítulo analisa o tratamento do fornecimento de água potável na América do Sul, onde está localizada a maior bacia hidrográfica do mundo, delineando a cooperação internacional dos países sul-americanos como forma de estabelecer

mecanismos de colaboração mútua entre as mais diversas regiões. A proposição de solidariedade e cooperação deve visar à revalorização dos recursos hídricos e ser estabelecida nas mais diversas posições, desde a conduta individual do cidadão às tomadas de decisões em âmbito internacional.

Mas essa revalorização deve ser consagrada no âmbito interno de cada país, uma vez que as premissas internacionais não possuem efeito juridicamente vinculante. Diante disso, serão analisados os textos constitucionais dos 12 países sul-americanos, a fim de verificar quais reconhecem a água potável como direito fundamental para além do compromisso político internacional estabelecido entre os Estados. Para tanto, os países são segmentados em três grupos.

O primeiro grupo abrange os textos constitucionais de países que reconhecem a água como direito fundamental de forma explícita. O segundo é composto por constituições que não reconhecem esse direito expressamente, mas positivaram a competência ou a prestação de políticas públicas no âmbito dos recursos hídricos. Por fim, o terceiro grupo elenca as disposições constitucionais dos países que silenciam quanto ao reconhecimento da água como direito fundamental e respectivas políticas públicas, mas preveem a proteção e a manutenção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Essa segmentação é utilizada na pesquisa empírica deste trabalho, adentrando na análise dos litígios e suas respectivas decisões nas mais altas cortes de dois países do grupo 1, dois países do grupo 2 e dois países do grupo 3. A análise consiste em 38 julgados coletados formalmente, e tratados a partir de uma perspectiva expositiva que tem por objeto verificar quais decisões possuem uma abordagem garantista de acesso à água potável. São empregados os termos “água potável”, “acesso à água”, “direito fundamental” e “direito humano”, no marco temporal de 1º de janeiro de 2017 até 1º de julho de 2022.

Por fim, o último capítulo analisa a distribuição dos serviços de água potável no território brasileiro e sua efetividade na garantia dos demais direitos inerentes à pessoa humana. A abordagem tem por finalidade traçar uma evolução histórica desde a crise do Estado até a Reforma Administrativa, propondo uma análise do liberalismo econômico e seus reflexos na sociedade e a consequente proposição intervencionista do Estado para assegurar o desenvolvimento social e a materialização dos direitos básicos do ser humano.

A partir da análise da Reforma Administrativa, são ponderadas as características do modelo regulador do Estado, o qual é responsável por orientar a realização de determinados serviços públicos e fiscalizar o desempenho dessas atividades mediante uma gestão descentralizada. Essa gestão descentralizada é desempenhada no setor dos recursos hídricos,

razão pela qual é analisada a efetividade do modelo regulatório na distribuição de água potável no Brasil de forma universal.

No terceiro capítulo também é desenvolvida uma análise acerca da repercussão do reconhecimento da água potável como direito humano no âmbito internacional e a posituação desse direito no texto constitucional brasileiro. Duas propostas de normatização internas são ponderadas, a Proposta de Emenda Constitucional nº 4/2018, formulada pelo Senador Jorge Viana, e o Projeto de Lei nº 4.162/2019, de iniciativa do Poder Executivo, o qual originou a Lei nº 14.026/2017, instituindo o Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Por fim, são propostas algumas considerações acerca do novo modelo regulatório de saneamento básico inerentes à perspectiva garantista proposta por este trabalho e os desafios oriundos da nova lei. Estes apontamentos serão fundados na ideia central da pesquisa, a qual pretende demonstrar a importância de garantir a indisponibilidade dos recursos hídricos no âmbito do mercado e de materializar a universalização do acesso à água potável visando à efetivação do bem comum.

2 ÁGUA POTÁVEL: DE DIREITO HUMANO A BEM FUNDAMENTAL

2.1 Meio século de discussões: dos encontros internacionais ao efetivo reconhecimento da água potável como Direito Humano

Os indivíduos são, ao mesmo tempo, criatura e modelador de seu meio ambiente, o que engloba o seu sustento físico e a oportunidade de crescer de forma intelectual, moral, social, cultural e espiritual. Há uma diferenciação entre o meio ambiente natural e o meio ambiente constituído pelo homem, mas é evidente que ambos são essenciais para a satisfação da humanidade e para o gozo dos direitos humanos básicos, a exemplo do direito à vida. (UN, 1972)

Os direitos fundamentais das pessoas são objeto de crescente proteção e implementação de políticas públicas para a sua satisfação, especialmente quando analisado o desenvolvimento humanitário, cujas normativas iniciam na constatação das problemáticas internas de cada Estado e se prolongam até o seu reconhecimento e sua efetiva proteção em âmbito global. Partindo de tal premissa, discute-se a garantia de acesso à água potável, visto que a crescente miserabilidade dos países subdesenvolvidos promoveu ampla discussão acerca do acesso a esse bem fundamental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹, aprovada após o fim da Segunda Guerra Mundial, em dezembro de 1948, dispõe acerca do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e seus direitos igualitários e inalienáveis, os quais são fundados na liberdade, na justiça e na paz do mundo. (UN, 1948) Conforme as disposições da Declaração de Viena, a DUDH constitui uma norma de diretivas morais e políticas a serem alcançadas por todos os povos e nações, consubstanciada como fonte de inspiração às Nações Unidas para o seu avanço na proteção dos direitos humanos. (UN, 1993)

A Segunda Guerra Mundial é considerada um grande marco quando os temas centrais de debate são os direitos da humanidade no âmbito do fenômeno da globalização. Isso porque os sentimentos de nacionalidade aplicáveis apenas no âmbito local de cada Estado dão espaço a uma nova concepção de mundo, fazendo com que os indivíduos pertençam a uma grande comunidade internacional, ultrapassando as fronteiras dos Estados e visando a um cenário global humanitário. (SATO, 2015)

¹ A DUDH é um documento revolucionário, haja vista ser a primeira declaração a promover a ideia de que todos os indivíduos merecem ser reconhecidos como sujeitos de direitos, reconhecendo a sua dignidade e a igualdade de direitos perante os demais, sendo os direitos humanos universais e internacionais. (UN, 1948)

Ao lado dos novos riscos mundiais tais como a ameaça representada pela globalização do capital financeiro e os ataques terroristas, verifica-se uma grande preocupação com as ameaças ecológicas, de modo que a modernização, as inovações tecnológicas, o rápido avanço do conhecimento da humanidade e as decisões político-econômicas afetam diretamente o ecossistema em escala global, de forma que os Estados demandam, urgentemente, uma humanização da globalização. (BECK, 2016)

Atentando-se para a sobrevivência e a garantia de uma vida digna aos seres humanos, importante analisar o Estado Democrático de Direito como um todo sob uma perspectiva dedicada à proteção de valores, bens e interesses elencados pela sociedade como essenciais. Essa proteção foi efetivada por meio da positivação desses elementos no ordenamento como direitos fundamentais, visando à máxima efetivação dos interesses e das necessidades dos indivíduos. (CADEMARTORI, 2014)

Para além disso, é importante analisar o cenário supranacional e suas tratativas no cuidado e na proteção da pessoa humana ante a escassez dos recursos hídricos. Em que pese o longo período de conferências e debates acerca da água como bem imprescindível para o surgimento e a manutenção da vida humana no planeta, o acesso a esse recurso natural jamais foi reconhecido como um direito propriamente dito. A própria DUDH preconiza diversos direitos garantidos à humanidade, não elencando a água em seu rol normativo.

O Regulamento de Helsinque, aprovado em agosto de 1966, prevê, mesmo que de forma sutil, dispositivos que visam à preservação das águas internacionais. Nesse sentido, os Estados deveriam evitar qualquer ato que pudesse poluir as águas ou aumentar eventual poluição já detectada. Além disso, atentando-se para a poluição já existente em uma bacia, os Estados deveriam tomar todas as medidas razoáveis visando à redução da poluição, evitando qualquer dano que pudesse ser causado no âmbito de outro Estado. (UN, 1966)

Poucos anos depois da aprovação do Regulamento de Helsinque ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, em junho de 1972. O objetivo desse encontro entre Estados era concatenar princípios e visões em comum para os povos das diferentes nações que visassem à prevenção e à valorização do meio ambiente humano, discutir as mudanças climáticas e a qualidade da água, bem como, buscar soluções para reduzir os desastres naturais. (UN, 1972)

Reconhecendo os avanços tecnológicos e científicos e suas consequências lesivas ao meio ambiente, os indivíduos precisariam começar a moldar suas ações com um cuidado mais prudente em relação ao ecossistema. Isso porque, seja em razão da ignorância ou da indiferença, podem existir danos intensos e irreversíveis ao ambiente ao qual as vidas e o bem-estar da

humanidade estão submetidos. Os Estados comprometeram-se, na ocasião, a não mais descarregar substâncias tóxicas ou liberar calor em quantidades ou concentrações que pudessem exceder a capacidade do meio ambiente de torná-las inofensivas. (UN, 1972)

Nesse sentido, embora a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano não tratasse exclusivamente sobre as águas, verifica-se um avanço no âmbito dos Estados e nas discussões a nível global ao discorrer sobre a relevância da conservação do ecossistema para surgimento e manutenção da qualidade de vida. Os Estados passaram a reconhecer que o meio ambiente é indispensável à manutenção e à preservação da espécie humana.

Mas foi o Plano de Ação oriundo da Conferência das Nações Unidas sobre Água, ocorrida em março de 1977, na cidade de Mar del Plata, que reconheceu, pela primeira vez, a água como um direito, ao declarar que “todos os povos, seja qual for o seu estágio de desenvolvimento e as suas condições sociais e económicas, têm direito a ter acesso a água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas”. A esse tempo, a preocupação dos Estados em preservar os recursos hídricos era significativa, de modo a determinar, na ocasião, que o período de 1980 a 1990 seria designado a Década Internacional de Água Potável e Saneamento Ambiental. (UN, 1977)

Voltando-se para um foco humanitário, os Estados formularam um Plano de Ação visando ao fornecimento de água potável e serviços de saneamento para todos até o ano de 1990, cabendo a cada Estado a formulação de políticas públicas para tanto. Além disso, o Plano continha recomendações atentando para a busca da eficiência no uso da água, da avaliação dos recursos hídricos e sua conservação, prevenção da contaminação desses recursos e da propagação de doenças causadas por sua exploração. (UN, 1977)

O objetivo de fornecer água potável e serviços de saneamento a toda a população do território de cada Estado não foi concluído até o seu termo final, em 1990, sendo prorrogado até 2015 por meio da Declaração do Milênio, constituída em 2000. (ONU, 1977) Em que pese o insucesso na implementação, verifica-se que os Estados estavam cada vez mais atentos ao uso da água e à preservação dos recursos hídricos, bem como, à garantia de distribuição desse bem ao longo de seus territórios para toda a população, buscando evitar uma crise de água e visando à cooperação internacional para a resolução de conflitos internos – que a essa altura já eram considerados globais – dos Estados Membros.

Em janeiro de 1992 foi elaborada em Dublin a Declaração sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, a qual foi pensada com base nos interesses dos Estados que exigiam abordagens fundamentais novas para avaliação, desenvolvimento e gestão de recursos

de água doce, sob pena de ocorrer uma situação crítica no futuro. Isso apenas poderia ocorrer caso houvesse comprometimento político e envolvimento dos mais altos níveis de governo, desde as altas classes às pequenas comunidades. (UN, 1992)

O preâmbulo dos quatro princípios orientadores da Declaração de Dublin prevê a necessidade de uma ação concentrada visando a reverter o consumo excessivo da água, a poluição e as ameaças de secas e enchentes. A água é um recurso finito e vulnerável, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente, de modo que a gestão dos recursos hídricos exige uma abordagem abrangente, vinculando o desenvolvimento social e econômico à proteção dos ecossistemas naturais. (UN, 1992)

Dever haver também a integração da comunidade no cuidado aos recursos naturais, de modo que o desenvolvimento e a gestão da água devem ser baseados em uma abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e agentes políticos em seus mais variados níveis. Nesse sentido, há que falar-se em grande envolvimento dos usuários no planejamento e na implementação de projetos que visem à preservação desse recurso natural. Para além disso, em uma grande conscientização da população de cada Estado para a importância da valorização desse recurso elementar. (UN, 1992)

À época, as mulheres eram consideradas provedoras e usuárias da água e guardiãs do ambiente em que vivem, uma vez que desempenham função central no fornecimento, gestão e proteção da água. Todavia, esse papel raramente era refletido nos arranjos institucionais para o desenvolvimento e gestão dos recursos hídricos. Estes, cujo valor econômico era reconhecido pelos Estados, deveriam ser reconhecidos como bens econômicos. Apesar dessa definição, Declaração é clara quando prescreve a importância de reconhecer, inicialmente, o direito básico que todos os seres humanos devem ter de acesso à água potável e saneamento básico a um preço acessível. (UN, 1992)

A Declaração seria implementada por todos os líderes mundiais que participassem da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida pouco tempo depois, em junho de 1992, no Rio de Janeiro, também conhecida como Rio 92, Eco 92, Cimeira do Verão e Cúpula da Terra. Importantes acordos foram assinados na ocasião, a exemplo das Convenções do Clima e da Biodiversidade, da Declaração de Princípios Florestais e, merecendo destaque, da Agenda 21. Trata-se de um plano de ação elencado em um documento de quarenta capítulos que versam sobre a necessidade de se adotar uma abordagem equilibrada e integrada nas demandas relativas ao meio ambiente e desenvolvimento. (CASTILLO, 2009)

O preâmbulo da Agenda 21 atenta para as disparidades existentes entre os Estados no âmbito internacional e sua comunidade no plano interno, o crescimento da pobreza, da fome, das doenças e do analfabetismo, problemas graves que ainda são acompanhados pela deterioração do meio ambiente e seus recursos naturais, imprescindíveis à preservação e à manutenção da vida humana. Nesta perspectiva, almeja-se a satisfação das necessidades básicas do ser humano, uma vida digna aos indivíduos e a proteção ao meio ambiente, de modo a garantir um futuro próspero e seguro às futuras gerações. (UN, 1992)

O capítulo dezoito desse documento trata especificamente sobre a proteção e a qualidade do abastecimento dos recursos hídricos, de modo a elaborar critérios que assegurem o desenvolvimento, o manejo e a utilização dos recursos. A introdução do capítulo já menciona a essencialidade da água como componente da Terra e parte indispensável de todos os ecossistemas terrestres, bem como, a sua importância para todos os aspectos da vida humana. (UN, 1992)

Ao longo do capítulo são desenvolvidas algumas áreas de programas e seus objetivos. Deve-se atentar ao desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos, visando a satisfazer às necessidades hídricas de todos os países para o seu desenvolvimento sustentável. Além disso, os recursos hídricos devem ser constantemente avaliados, com o objetivo de assegurar a avaliação e a previsão da quantidade e qualidade dos recursos no futuro, além de tentar prever possíveis conflitos entre a quantidade existente e a demanda pretendida. (UN, 1992)

Os Estados também devem atentar à proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos, na pretensão de avaliar as consequências das ações dos vários usuários da água sobre o meio ambiente, além de travar um esforço na luta contra as moléstias relacionadas à água não tratada e na proteção dos ecossistemas. O abastecimento de água potável e saneamento também constitui uma de programa, e tem por objetivo oferecer o acesso à água potável em quantidade suficiente e de boa qualidade, bem como, o saneamento adequado a todos. (UN, 1992)

O desenvolvimento urbano sustentável também foi tema da Agenda 21, abordando justamente o rápido crescimento da população e da industrialização, os quais submetem os recursos hídricos a intensos momentos de negociações e precificações no cenário mercadológico, diminuindo a capacidade de proteção ambiental de muitas cidades e suas populações carentes. O objetivo é, portanto, apoiar os Estados no desenvolvimento nacional e, ao mesmo tempo, implementar estratégias que visem à preservação do meio ambiente e da vida humana. (UN, 1992)

Por fim, deve-se relacionar a água para a produção de alimentos e desenvolvimento rural sustentáveis, visto que tal prática depende cada vez mais do uso e conservação da água para a irrigação, o suprimento de água para a criação de animais e pesqueiros de águas interiores. A falta de abastecimento de água tratada é um fator significativo e limitante na produção animal para a subsistência de comunidades rurícolas, cujas necessidades variam conforme a espécie do animal e o meio ambiente em que se desenvolvem. (UN, 1992)

Pouco tempo após a Rio 92, a Conferência Ministerial de Água Potável e Saneamento foi realizada em março de 1994, em Noordwijk, cujo principal objetivo era viabilizar a implementação da Agenda 21 no que tange à gestão de recursos hídricos. (ONU, 1994) Trata-se de um evento de considerável notoriedade em âmbito internacional, visto que reuniu no evento “cerca de trezentos delegados de oitenta países e cerca de vinte organizações multilaterais, além de representantes da sociedade civil”. (RIBEIRO, 2008, p. 88)

O evento foi marcado por sessões de discussão, as quais originaram um novo Plano de Ação com cinco prismas inter-relacionados: água e população; água, saúde e ambiente; água e mobilização de recursos financeiros; água no mundo. Todavia, apenas três anos após a Conferência de Noordwijk, em 1997, foi realizado o primeiro Fórum Mundial da Água, também nos países baixos. Todavia, os resultados do Fórum não trouxeram uma inovação significativa sequer, sendo reconhecidos apenas por ratificar as diretivas das conferências anteriores. (RIBEIRO, 2008)

Em março de 1998, foi realizada em Paris a Conferência Internacional da Água e Desenvolvimento Sustentável, a qual contou com a presença de “600 participantes de 84 países, além de representantes de organizações não governamentais”. (RIBEIRO, 2008, p. 103) Assim como nos eventos anteriores, foram elaborados um Plano de Ação e uma Declaração Ministerial, a qual reconheceu o papel fundamental da água na preservação da vida humana, e estimulou o ingresso de investimentos privados em sua gestão, inclusive mediante parcerias público-privadas, considerando a situação econômica de cada país. (UN, 1998)

Os recursos hídricos foram qualificados como essenciais para a manutenção das necessidades humanas básicas, mas não foram reconhecidos como um direito humano. Discorreu-se acerca da importância do papel das organizações não governamentais e da cooperação internacional na gestão desses recursos, bem como, sobre a tomada de decisões, as quais devem ocorrer mediante um processo participativo e aberto. Verifica-se que “o evento de Paris não acrescentou nada de relevante ao debate internacional sobre os recursos hídricos”. (RIBEIRO, 2008, p. 103)

Em dezembro de 2001 foi realizada a Conferência Internacional sobre Água Doce, em Bonn, também denominada “Água – A Chave para o Desenvolvimento Sustentável”, a qual elencou uma série de medidas a serem ratificadas na Conferência de Joanesburgo, na África do Sul, prevista para o ano seguinte. Na ocasião, os Estados abordaram o saneamento básico como uma das principais recomendações das ações de Bonn, visando a reduzir pela metade a proporção de pessoas sem acesso ao saneamento até o ano de 2015, uma vez que a água é parte integrante do desenvolvimento sustentável. (UN, 2001)

Como consequência do tema exposto acima, os Estados discorreram acerca da governança, gestão integrada e novas parcerias, tratando do paradoxo entre o desenvolvimento de infraestrutura e a redução da pobreza. Assim, a prioridade seria adotar uma abordagem baseada em direitos para a prestação de serviços básicos, identificar mecanismos financeiros eficazes e inovadores e fornecer ambientes propícios para provedores de serviços de pequena escala. (UN, 2001)

Algumas recomendações de ação nos principais setores se mostraram presentes, quais sejam, a mobilização de recursos financeiros, incluindo o setor privado na manutenção e distribuição dos recursos hídricos, e a capacitação e o compartilhamento de conhecimento, visando à educação ambiental, coleta de dados e disponibilização de informações, além de instituições mais participativas e efetivas e tecnologias inovadoras. (ONU, 2001) Todavia, ainda restaram pendentes algumas discussões essenciais ao tema: o reconhecimento da água potável como direito humano; a priorização dos serviços de distribuição de água potável para toda a população; a qualificação da água como bem social, fundamental e não mercantilizável; dentre outros.

A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável ocorreu em setembro de 2002, um ano após a Conferência de Bonn, em Joanesburgo, visando à reafirmação do compromisso com o desenvolvimento sustentável. Na ocasião, os Estados traçaram uma perspectiva desde a primeira conferência sediada em Estocolmo, que na época contava com trinta anos, em que havia sido tratado sobre a urgência de preservar o meio ambiente e evitar sua deterioração. Similar aos termos da conferência realizada no Rio de Janeiro, em 1992, a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento social e econômico são fundamentais para o desenvolvimento sustentável, de modo a alcançar as metas abordadas na Agenda 21. (CASTILLO, 2009)

Também foram analisados os desafios enfrentados pelos Estados no alcance das metas anteriormente estabelecidas, merecendo destaque a globalização, a qual acrescentou uma nova dimensão aos desafios. Isso porque a rápida integração dos mercados, a mobilidade do capital e os aumentos de fluxos de investimento geraram novas dificuldades na busca de um

desenvolvimento sustentável, visto que os benefícios e custos da globalização são distribuídos de forma desigual entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Justamente em razão de a globalização ser um grande desafio à manutenção de um meio ambiente sustentável, é que os Estados concordaram que precisariam de mais eficiência, democracia e, principalmente, do fortalecimento do multilateralismo nas questões relativas ao meio ambiente. (UN, 2002)

O fato é que as questões atinentes à gestão, preservação e distribuição dos recursos hídricos é um tema recorrente e extremamente relevante nos debates entre os Estados. Em razão disso, e tendo em vista as dificuldades enfrentadas na materialização das metas proferidas nos encontros internacionais ao longo dos anos desde a instituição do Regulamento de Helsinque, em 1966, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2010, por meio de sua Resolução nº 64/292, reconheceu o *Direito à água potável e limpa e o Direito ao saneamento* como direitos humanos essenciais para o pleno gozo da vida e dos demais direitos humanos. (UN, 2010)

A votação contou com 122 votos favoráveis ao reconhecimento da água potável e limpa e do saneamento como direitos humanos, sendo o Brasil um deles. Nenhum Estado votou contra a proposição, ao lado de 41 abstenções e 29 ausências. Maria Luiza Ribeiro Viotti, representante permanente do Brasil na ONU à época do evento, ressaltou que o Direito à água potável e ao saneamento básico estão diretamente ligados aos direitos à vida, à saúde, à alimentação e à habitação, e que é responsabilidade dos Estados a efetividade desses direitos em seu âmbito interno mediante a gestão dos recursos hídricos e a garantia de acesso a esse bem essencial. (COSTA, 2014)

À época do encontro entre os Estados para votação da Resolução nº 64 os dados eram alarmantes no cenário global. Aproximadamente 884 milhões de pessoas não contavam com o acesso à água potável, e mais de 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso a saneamento básico. Em razão dessas faltas graves, estimou-se que aproximadamente 1,5 milhões de crianças menores de 5 anos morriam a cada ano em razão de doenças relacionadas à água e ao saneamento. (UN, 2010)

Verifica-se, portanto, que a ONU e suas entidades são extremamente importantes e necessárias na transformação do Estado com a ruptura do nacionalismo, propondo a efetivação de uma nova ordem mundial em que os direitos humanos sejam efetivados em escala global, visando a uma ordem mundial mais justa e solidária. (LEVES, 2017) Além disso, há uma aceitação generalizada da questão do meio ambiente como tema global. Isso porque a degradação ambiental não ameaça apenas os indivíduos de um único Estado, mas do planeta

como um todo, visto que o ar, os mares internacionais e a camada de ozônio não têm fronteiras. (ALVES, 2003)

É inegável que as inovações tecnológicas e a expansão acelerada dos Estados tendem, ao mesmo tempo que apresentam diversos progressos e desenvolvimentos no cenário econômico, a apresentar riscos ao meio ambiente e ocasionar uma degradação significativa do ecossistema. Em razão disso se faz necessário, cada vez mais, pensar e tutelar os direitos humanos como um todo, razão pela qual é fundamental adotar um novo modo de pensamento global e, ao mesmo tempo, humanitário.

É nesse sentido que Ferrajoli (2011b) propõe a construção de uma política global e a implementação de instituições de garantias primárias e secundárias independentes e a nível supranacional, visando a tutelar o meio ambiente e garantir o acesso de todos à água potável, bem como, sancionar o não cumprimento das referidas proposições e as violações das garantias, visando a assegurar o seu efetivo cumprimento. Nesse sentido, tais instituições deverão seguir e promover as Cartas internacionais e suas garantias, as quais deverão qualificar, em seu texto normativo, a água potável como direito humano e bem fundamental.

A Alta Comissão dos Direitos Humanos da ONU trabalha para reforçar, proteger e efetivar os direitos humanos, uma vez que estes são universais e de caráter global. Para tanto, estabeleceu normativas nesse sentido e instituiu a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), a qual sintetiza que o direito à água “habilita todas as pessoas à água suficiente², segura, aceitável, fisicamente acessível e disponível para o uso pessoal e doméstico. Uma quantidade adequada de água segura é necessária para evitar a morte por desidratação, reduzir o risco de doenças e fornecer água para o consumo, cocção e higiene pessoal”. (UN, 2013)

Diante de tais considerações, é evidente que negar às pessoas o acesso à água potável é equivalente a negar-lhes o direito à vida digna. Garantir a distribuição qualiquantitativa desse recurso é imprescindível à saúde pública, haja vista tratar-se, a poluição, de um dos maiores fatores de risco para a saúde, principalmente em nações ainda em desenvolvimento, onde ocorrem as maiores taxas de mortalidade. A água contaminada está diretamente ligada à transmissão de doenças como cólera, diarreia, disenteria, hepatite A, febre tifoide e

² O abastecimento de água e a disponibilidade de saneamento para cada pessoa deve ser contínuo e suficiente para usos pessoais e domésticos. Estes usos incluem, habitualmente, beber, saneamento pessoal, lavagem de roupa, preparação de refeições e higiene pessoal e do lar. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), são necessários entre 50 a 100 litros de água por pessoa, por dia, para assegurar a satisfação das necessidades mais básicas e a minimização dos problemas de saúde. (UN, s/d)

poliomielite, causando graves consequências até mesmo em outras áreas da Administração, como o setor de saúde pública e combate a endemias. (UN, 2020)

2.2 O constitucionalismo garantista e a água como bem fundamental

2.2.1 O garantismo como fundamento do Estado Democrático e Social de Direito

Os percursos da modernidade jurídica são compreendidos mediante a aferição de três modelos teóricos e conceituais do sistema jurídico, os quais abrangem diferentes normas de reconhecimento e noções de validade do Direito³. Trata-se de diferentes paradigmas que se desenvolveram ao longo do tempo no continente europeu até a atualidade, a saber, o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional. (FERRAJOLI, 2014)

O primeiro modelo é identificado como o direito jurisprudencial pré-moderno, cujas características refletem o direito romano e o direito comum até surgirem as primeiras codificações. Este modelo teórico abrange determinados princípios e precedentes judiciais arraigados por meio da cultura e da prática jurisdicional e doutrinária. A norma de reconhecimento do paradigma jurisprudencial é intrínseca à ideia de justiça, uma vez que a existência e a validade das normas se subordinavam à substância e ao conteúdo prescriptivo. Verifica-se, portanto, que este modelo teórico confunde direito e moral, validade e justiça. (FERRAJOLI, 2014)

A modernidade jurídica surge com o segundo paradigma, o legislativo, também denominado paleojuspositivista, marcado por uma revolução institucional, cujo monopólio de produção legislativa foi atribuído ao Estado. A norma de reconhecimento deste modelo é qualificada pelo princípio da legalidade, uma vez que tal produção normativa existe simplesmente pelo fato de ser produzida, independentemente de seu conteúdo e seu grau de justiça. Este modelo separa o direito da moral, posto que a validade das normas depende única e exclusivamente de sua posituação, possibilitando a existência de normas positivadas no ordenamento jurídico, porém injustas, e de normas justas, porém não positivadas. (FERRAJOLI, 2014)

Por fim, o terceiro modelo teórico é definido como um aperfeiçoamento dos paradigmas supracitados, denominado constitucional ou neojuspositivista, originando o Estado constitucional de Direito. Este paradigma surgiu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, em meio à criação de constituições rígidas, às quais foram atribuídos os parâmetros de validade

³ A regra de reconhecimento é o critério ou conjunto de critérios que em cada sociedade nos permite reconhecer e distinguir as normas jurídicas das morais, costumeiras etc. Cf. HART, H. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

do direito positivo. Surge, portanto, a segunda revolução institucional, caracterizada pelo princípio da legalidade em seus aspectos formal e substancial. (FERRAJOLI, 2014)

O princípio da legalidade formal mantém a norma de reconhecimento do paradigma legislativo, uma vez que a existência ou a validade de uma norma depende da forma na qual ela é produzida e positivada. A inovação do paradigma constitucional é condicionar a validade da norma ao seu conteúdo, que vincula a legalidade substancial à correlação com os direitos e princípios estabelecidos pelo texto constitucional. Verifica-se, portanto, que as atuais constituições rígidas podem conter normas válidas porque produzidas conforme os ditames formais, qualificando um sistema nomodinâmico⁴, porém inexistentes, quando contrárias à constituição paradigma e introduzidas em um sistema nomostático⁵. (FERRAJOLI, 2014)

Nesse sentido, Ferrajoli (2014, p. 22) refere a grande mudança estrutural do Estado de Direito:

Não se tratou apenas da subordinação ao direito do próprio poder legislativo, mas também da subordinação da política a princípios e direitos estipulados nas Constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico. Tratou-se, portanto, de uma transformação e de uma integração, além das condições de validade do direito, também das fontes de legitimidade democrática dos sistemas políticos, vinculados e funcionalizados à garantia de tais princípios e direitos.

A transformação proposta pelo constitucionalismo jurídico na estruturação do Estado é aferida mediante quatro postulados, aos quais estão conexas duas garantias primárias e duas garantias secundárias. O primeiro postulado é o princípio da legalidade, nas acepções formal e substancial, que no antigo paradigma legislativo não era totalmente difundido. No paradigma constitucional, este princípio assume uma nova complexidade como princípio normativo e, ao mesmo tempo, princípio lógico. (FERRAJOLI, 2014)

De acordo com este princípio normativo, devem existir normas primárias, formais e substanciais, onde qualquer poder, seja público ou privado, Executivo, Legislativo ou Judiciário, estatal, extra estatal ou supraestatal estarão submetidos aos limites e aos vínculos de suas garantias primárias, correspondentes aos direitos e interesses estabelecidos pelo texto constitucional, bem como, à separação dos poderes, impedindo a confusão ou concentração entre eles. (FERRAJOLI, 2014)

⁴ Nos sistemas nomodinâmicos de direito positivo, a existência ou inexistência de uma situação jurídica, ou seja, de uma obrigação ou de uma proibição ou de uma permissão ou de uma expectativa jurídica, depende da existência de uma norma positiva que a preveja, a qual, por sua vez, não é deduzida da existência de outras normas, mas é induzida, como fato empírico, do ato de sua produção. (FERRAJOLI, 2011a, p. 36)

⁵ De acordo com Ferrajoli (2011a, p. 36) “nesse sistema, a existência ou a não existência de figuras deonticas é implicada pela existência ou pela inexistência daquelas a elas correlativas assumidas como *dadas*. Consequentemente, não existem nem antinomias nem lacunas: onde duas normas sejam entre elas contraditórias, uma das duas deve ser excluída como inexistente, ainda antes do que como inválida”.

Ao mesmo tempo, a legalidade como princípio lógico elenca o respeito à hierarquia das fontes, equivalendo ao princípio da não contradição, devendo as prescrições produzidas pelo exercício de qualquer poder, inclusive o Legislativo, assumir coerência com as normas supraordenadas:

Ao princípio da mera legalidade, por força do qual a lei é condicionante da validade de todos os atos prescritivos a ela subordinados, o constitucionalismo rígido acrescenta o princípio da estrita legalidade, por força do qual a própria lei, por sua vez, é condicionada, dependendo a sua validade da conformidade das suas formas e da coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substanciais, sobre a sua produção. Trata-se de uma inovação estrutural em relação ao paradigma legislativo, em razão da natureza específica que diferencia a lei e as fontes a esta equivalentes de todos os atos jurídicos prescritivos. (FERRAJOLI, 2014, p. 22)

O segundo postulado é o princípio da completude deôntica, também lógico e normativo, que prevê, onde existem direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, a existência de seus deveres correspondentes como garantias primárias. Nesse sentido, há uma proibição de lesar tais direitos e a obrigação de tutelá-los e satisfazê-los, mediante as funções e instituições de garantias⁶ primárias, separadas de qualquer outro poder. Este princípio determina a regulamentação de leis de atuação, precipuamente para introduzir as garantias primárias de todos os direitos sociais e das normas voltadas à garantia dos direitos de liberdade ou imunidade. (FERRAJOLI, 2014)

O terceiro postulado é o princípio da jurisdicionalidade, que impõe, onde previstas as normas e garantias primárias, a formulação de normas secundárias contra possíveis violações, as quais demandam a intervenção de garantias secundárias ou jurisdicionais “levadas a efeito por funções ou instituições de garantia, por sua vez secundárias, também estas separadas de qualquer outro poder [...] ao controle jurisdicional da legalidade próprio do paradigma legislativo sobre os atos regulados pela lei se acresceu, na verdade, o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre a própria lei”. (FERRAJOLI, 2014)

O quarto e último postulado, por fim, é o princípio da acionabilidade, que pressupõe uma garantia secundária à jurisdição, devendo ser acionada pelos titulares dos direitos e interesses lesados e, de modo complementar e subsidiário, por parte de um órgão público que possa suprir a inércia ou hipossuficiência daqueles. Ferrajoli (2014) sintetiza que, havendo a lesão a um direito, deve existir não apenas um juiz, mas outra instituição que garanta da mesma forma o acesso à justiça, a exemplo do Ministério Público.

⁶ Ferrajoli (2011a, p. 532-533) distingue funções e instituições de governo e de garantia: aquelas são destinadas ao exercício de atividades discricionárias, de opção e inovação política no que o jurista denomina *esfera do decidível*. Estas, por outro lado, estão vinculadas às garantias dos direitos fundamentais universalmente estabelecidos, e, deste modo, ao que o jurista denomina *esfera do indecidível*.

Os quatro postulados acima expostos exprimem a formação do Estado constitucional de Direito:

Trata-se de um conjunto de regras que disciplinam a produção do direito, dando lugar, no caso de sua possível violação, ao virtual aparecimento do direito ilegítimo. Precisamente, os dois primeiros princípios exprimem as relações, de caráter normativo e ao mesmo tempo lógico, entre os diversos níveis do paradigma constitucional: às expectativas negativas e às expectativas positivas estabelecidas no âmbito constitucional na forma de direitos de liberdade ou de direitos sociais correspondem, respectivamente, a limites ou proibições de lesão e vínculos ou obrigações de prestação, levados a efeito por poderes normativos de nível legislativo.

Por essa razão se mostra imprescindível analisar o Direito como sistema de garantias, ancorado na rigidez das atuais constituições, o qual, todavia, enfrenta profundas e crescentes crises nos países cuja democracia é percebida em um estágio mais avançado. Nesse sentido, Ferrajoli (1999, p. 15) atenta para três aspectos dessa crise: a *crise da legalidade*, *crise do Estado social* e *crise do Estado nacional*, e impõe ao sistema garantista a tarefa de remediar o caos normativo.

A primeira crise, da legalidade, está diretamente relacionada às violações sistemáticas das regras atribuídas aos titulares de alto escalão e detentores de elevado poder no aparato estatal. É percebida mediante a ausência – ou ineficácia – dos controles internos e externos da Administração, o que facilita, em maior ou menor grau, sustentar a ilegalidade do poder. Essa crise evidencia uma espécie de estado paralelo, “deslocado para sedes extralegais e extrainstitucionais, administradas por burocracias partidárias e lobbies empresariais que têm seus próprios códigos de conduta”. (FERRAJOLI, 1999, p. 15)

O jurista italiano ainda reflete sobre a ilegalidade pública também manifestada em forma de crise constitucional, a qual consiste na degradação das regras institucionais e dos limites e vínculos que estas impõem aos detentores de poder. É o que ocorre, por exemplo, quando o chefe do Executivo atenta contra a Constituição, o legislativo foge à competência e ao conteúdo da função delegada pelo texto constitucional ou quando um poder não apoia a independência e a harmonia entre os poderes. (FERRAJOLI, 1999)

A segunda crise, do Estado social, sintetiza o conflito estrutural das funções na transição do Estado de Direito para o Estado de bem-estar social, intensificada pelo caráter seletivo e desigual derivado da instabilidade estatal. A crise do Estado social é vinculada à contradição entre o paradigma clássico do Estado de Direito, que estabelece um conjunto de limites e proibições visando à abstenção do poder público para proteger as liberdades individuais, e do Estado social, que, em contraposição, vincula o agir estatal de forma positiva, exigindo a satisfação dos direitos sociais mediante a implementação de políticas públicas, “afastada dos

princípios da certeza e da legalidade estrita e confiada à mediação burocrática e partidária”. (FERRAJOLI, 1999, p. 16)

Essa crise é oriunda da pressão de interesses setoriais e corporativos, da perda da generalidade e abstração das leis e sua crescente produção, e, principalmente, da falta de desenvolvimento de um sistema de garantias dos direitos que exigem uma contraprestação do Estado, o qual detém capacidade e competência reguladora e de controle para tanto. A ausência da materialização desses direitos não apenas representa um contexto ineficaz de efetivação, mas, também, demonstra o quão propício é tal cenário para a corrupção e o arbítrio estatal. (FERRAJOLI, 2019)

Há, ainda, a crise do Estado nacional, a qual sintetiza o enfraquecimento do constitucionalismo advindo das mudanças dos lugares da soberania dos Estados. O processo de integração cada vez mais evidente entre os diversos países oculta as fronteiras dos Estados nacionais e seus centros de poder e decisão reservados à soberania interna, seja em matéria militar, política, monetária ou social. Embora a globalização proporcione evidente progresso e desenvolvimento no âmbito interno de cada Estado, acaba, também, por colocar em crise o Estado constitucional, visto que ausente um constitucionalismo global. (FERRAJOLI, 2019)

O novo paradigma do Estado constitucional de Direito, dada sua principal característica de submissão do poder público e da sociedade ao texto constitucional, possibilitou a idealização da teoria garantista, compreendida como uma teoria constitucionalista do direito a ser delineada sob três acepções: o garantismo como modelo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia e teoria política. Todavia, nas três acepções o garantismo pode ser qualificado como um projeto normativo idealizado mediante a implementação de políticas públicas e de leis de atuação, visando à proposição de garantias idôneas e suas respectivas instituições de garantias. (FERRAJOLI, 2018)

Como modelo de sistema jurídico, o garantismo é caracterizado pela positivação dos princípios que devem nortear a produção normativa, enfatizando um sistema jurídico cujos procedimentos formais e conteúdos normativos são dotados de característica vinculante de submissão ao texto constitucional. Dessa forma, resta caracterizado um sistema de limites impostos pelas Constituições rígidas⁷, visando a efetivar o princípio da igualdade e os direitos

⁷ Canotilho (1991, p. 289) sintetiza o conceito de rigidez constitucional: designa-se por rigidez constitucional justamente a existência de limites à revisão constitucional, que distinguem a alteração da lei fundamental em relação à alteração das demais leis. [...] A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A Constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode alterá-la, livremente e em qualquer motivo.

de liberdade, cuja violação por comissão gera antinomias, de modo que devem, as leis inválidas, ser anuladas por meio do controle concentrado de constitucionalidade⁸ no âmbito do Poder Judiciário. (FERRAJOLI, 2018)

É o que ocorre quando o Poder Legislativo promulga uma lei cujos dispositivos contrariam o texto constitucional, a exemplo da exigência de carteira de trabalho assinada para usufruir do Sistema Único de Saúde. Trata-se de expressa violação ao direito fundamental à saúde, previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal⁹, posto que um de seus princípios fundamentais é a universalidade, de modo a garantir à população, sem qualquer discriminação, o acesso aos serviços de saúde, sendo direito de todos e dever do Estado a implementação de políticas públicas.

Resta caracterizado, também, um sistema de vínculos que exigem um agir positivo do poder público, de modo a efetivar as garantias relativas aos direitos sociais de forma plenamente eficaz, cujas violações por omissão correspondem ao descumprimento do direito positivado. Originam-se, dessa forma, as lacunas¹⁰ no ordenamento jurídico, devendo ser sanadas por meio da intervenção do Poder Legislativo, de modo a atribuir à legislação infraconstitucional o dever de suprir a ausência de regulamentação sobre o tema. (FERRAJOLI, 2018)

Essa omissão pode ser compreendida, por exemplo, quando um direito fundamental exige uma lei infraconstitucional que regule a sua materialização, porém o legislador queda silente. É o que ocorre com o direito de greve do servidor público¹¹, previsto pelo texto constitucional desde 1998, cujo exercício ainda pende de regulamentação de lei específica a ser proposta pelo Poder Legislativo. Essa omissão do legislador cria uma lacuna no ordenamento jurídico, a qual viola gravemente o direito fundamental à greve dos servidores públicos.

⁸ Demonstra a razão de ser do terceiro postulado do constitucionalismo garantista, de modo que o princípio da jurisdicionalidade é “essencial à manutenção do Estado de direito, pois as garantias jurisdicionais secundárias ou instrumentais são uma condição necessária da efetividade das garantias primárias ou finais, formuladas com base nos princípios da legalidade e da completude: sem o controle jurisdicional sobre as violações do direito e, particularmente, sobre o direito ilegítimo, o próprio princípio da legalidade, seja em sentido amplo ou estrito, resultaria esvaziado”. (FERRAJOLI, p. 23)

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

¹⁰ Remete-se ao princípio da completude deontica como postulado do constitucionalismo garantista que exige leis de atuação para que sejam introduzidas as garantias primárias dos direitos sociais. Quando não efetivado, é observada a incompletude do ordenamento, isto é, “a virtual e ilegítima existência de lacunas estruturais”. (FERRAJOLI, 2014, p. 23)

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

Qualifica-se, portanto, um modelo de direito que sintetiza como devem ser as leis, em seus aspectos formal e material, vinculando o agir dos governantes e da sociedade à rigidez do texto constitucional. Além disso, o paradigma constitucional exige a regulamentação do direito positivo mediante a complementação normativa em conformidade com a Constituição, haja vista a unicidade do ordenamento jurídico, visando a garantir a eficácia dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2018)

Como teoria do direito, o constitucionalismo garantista aborda o *dever ser* e o *ser* do direito, contrapondo as noções de validade e vigência normativas. Se determinada norma entra em vigor em obediência à competência e ao procedimento exigidos pelo texto constitucional, conclui-se que a lei é vigente, visto que cumpridos os requisitos formais para sua existência. Todavia, se, apesar de cumpridos os requisitos formais, a lei contrariar a Constituição, aquela é vigente, porém, inválida, de modo a originar as supracitadas antinomias. (FERRAJOLI, 2018)

Verifica-se, portanto, que a noção de validade no âmbito do constitucionalismo garantista não é aferida apenas mediante a estruturação formal ou procedimental do direito positivo como ocorria no paradigma paleojuspositivista, mas, também, por meio do seu conteúdo. A norma que viola qualquer direito fundamental já nasce inválida, independentemente de sua estruturação formal, devendo tal antinomia ser sanada mediante a provocação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade.

Por fim, o constitucionalismo positivista como filosofia política desenvolve a teoria da democracia, abrangendo uma dupla noção, formal e substancial. A primeira, consubstanciada no processo eleitoral, sintetiza que um governo democrático é aquele eleito por meio de eleições legítimas. Contudo, este governo somente passa a compor uma democracia substancial quando respeitados os limites de atuação na esfera das liberdades individuais e implementadas as políticas públicas de efetivação das garantias dos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2018)

O mandatário eleito de forma legítima que governa violando os direitos fundamentais se contrapõe à noção de democracia proposta pelo constitucionalismo garantista como teoria política, de modo a originar uma autocracia eletiva. Um bom governo deve ser amparado, portanto, na democracia formal e substancial, cuja essência pressupõe a materialização do Estado Democrático de Direito, devendo este ser regido por uma constituição rígida, de modo a vincular qualquer ato normativo e assegurar a submissão dos três poderes ao texto constitucional.

Em nenhuma das três dimensões, todavia, o constitucionalismo garantista admite a conexão entre direito e moral: “ao contrário, a separação entre as duas esferas é por ele reforçada, seja sob o plano assertivo da teoria do direito, seja sob o plano axiológico da filosofia

política”¹². (FERRAJOLI, 2012, p. 25) Esse paradigma é proposto pelo jurista italiano como contraposição ao neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo principialista, jusnaturalista e argumentativo – cuja normatividade constitucional é mais fraca quando comparada à sistemática garantista, considerado uma concepção do modelo pós-positivista. Para Ferrajoli (2012, p. 27),

O constitucionalismo positivista e garantista diferencia-se do constitucionalismo não-positivista e principialista pela rejeição de todos aqueles que são os seus três elementos principais: (1) a conexão entre direito e moral; (2) a contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa; (3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional.

Ainda, se deve atentar aos riscos ligados ao constitucionalismo principialista: “(1) uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognitivismo ético; (2) o enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; (3) o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição”. (FERRAJOLI, 2012, p. 27)

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2012) sintetiza um sistema que reforça o positivismo jurídico, de modo que a separação entre direito e moral é a principal garantia de submissão dos governantes, legisladores e magistrados à lei. Nesse paradigma, não há que se analisar o conteúdo subjetivo da norma para verificar sua validade, sequer o fato de ser – ou não – justa ou conveniente. Assim, no positivismo jurídico a validade normativa depende do procedimento formal que originou a norma, de forma a verificar se foi iniciada pelo órgão competente e se compatível com as normas de hierarquia superior. Para Coppetti Neto (2016, p. 29),

A fórmula da separação entre direito e moral, portanto, sendo compreendida como justificação interna, em senso assertivo, acabou por fundar a concepção juspositivista do direito, estabelecendo a tese garantista teórica – de caráter meta-lógico, científico e meta-científico – que se vinculou à autonomia dos juízos jurídicos em relação a qualquer outro critério que fosse aquele exclusivamente estabelecido por lei, cujo resultado era, propensamente, a garantia e a certeza do direito convencionado, expressamente declarado como tal.

¹² No sentido assertivo ou teórico, “a separação é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a garantia da submissão dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito (por eles suposto) justo e, para a garantia da autonomia crítica do ponto de vista moral externo ao direito, a derivação do direito justo do direito válido, mesmo se conforme a Constituição. No sentido prescritivo ou axiológico, a separação é um corolário do liberalismo político que rejeita, para a garantia das liberdades fundamentais em relação a tudo que não lesiona os outros, a utilização do direito como instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral. No primeiro sentido, a separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral; no segundo, entretanto, equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas”. (FERRAJOLI, 2012, p. 25)

Em oposição a esse sistema, o constitucionalismo principialista ultrapassa e supera o positivismo jurídico, mantendo e pressupondo necessária a conexão entre direito e moral, e, conseqüentemente, entre validade e justiça, sob o argumento de que as democracias atuais não mais conseguem ser sustentadas apenas por um modelo positivista. Assim, ser a norma proposta por quem detém a competência, apenas, não é razoável, de modo a exigir que ela seja justa e esteja em conformidade com o direito natural. (FERRAJOLI, 2012)

Outra peculiaridade do constitucionalismo argumentativo é qualificar os direitos fundamentais não como regras, mas como princípios a serem valorados em maior ou menor grau, a depender da análise do caso concreto. A consequência disso, além de enfraquecer a normatividade do texto constitucional, é a possibilidade de que tais princípios conflitem entre si, de modo a proceder ao cenário da discricionariedade para ponderação ou balanceamento dos princípios conflitantes, dando origem, então, a uma prática jurídica argumentativa ao analisar qual princípio deve ser mais valorado. (FERRAJOLI, 2012)

Em contrapartida, o constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2013) sintetiza rigorosamente o oposto, de modo a estabelecer que um Estado constitucional deve, necessariamente, garantir a separação entre direito e moral, a fim de garantir a efetividade do ordenamento jurídico e os limites por ele estipulados, bem como, a materialização do próprio Estado democrático de direito. Para tanto, as normas constitucionais que sintetizam objetivos políticos, valores morais ou direitos fundamentais devem ter a qualidade de regras, passíveis de subsunção.

O terceiro risco elencado por Ferrajoli (2012) ao analisar os pressupostos do constitucionalismo principialista deriva deste último, visto que a excessiva ponderação ao analisar os princípios conflitantes, em oposição à subsunção, intensifica o papel argumentativo na atividade jurisdicional. Resta caracterizado, portanto, o direito como prática jurídico-argumentativa, confiada, precipuamente, à atividade e vontade dos magistrados, de modo a facilitar a discricionariedade dos juízes e, por conseguinte, o ativismo judicial.

É imprescindível valorar o papel da ponderação na atividade legislativa, assim como, na interpretação das normas ao aplicá-las no âmbito jurisdicional. O maior embate, todavia, reside no fato de que no neoconstitucionalismo as decisões judiciais são fundamentadas em um vasto campo discricionário, de modo que os magistrados passam a originar um novo direito mediante uma ponderação excessiva ao sopesar os princípios conflitantes. Resta evidente a grave violação à separação dos poderes, visto que a decisão do magistrado vai ocorrer conforme os interesses envolvidos no caso concreto.

Ao pressupor que os direitos fundamentais são regras, não princípios, de forma a serem valorados em igual dimensão, o constitucionalismo garantista visa a afastar a legitimação política e moral das decisões judiciais. Dessa forma, prevalece a subsunção da norma ao caso concreto em oposição à ponderação de princípios, retirando o poder de solucionar os conflitos da esfera discricionária e arbitrária do Poder Judiciário.

À vista disso, o constitucionalismo rígido foi consolidado na Europa como forma de substituição à arbitrariedade do poder estatal, de modo a estabelecer os fundamentos do Estado e a sua verdadeira razão de ser. Partindo desse pressuposto, se tem a positivação das formas representativas da democracia e a definição da separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, bem como, dos direitos fundamentais, os quais vinculam a atuação estatal na efetivação de suas garantias e limitam o agir discricionário e arbitrário do poder público. Para Ferrajoli (2014, p. 10),

A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Difundido na Itália em meados dos anos setenta, o garantismo foi pensado como referência ao direito penal¹³, visando a limitar a redução das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade. Todavia, este paradigma deve ser compreendido no âmbito da teoria geral do direito como um todo, de modo a abranger todos os direitos da pessoa humana, cuja acepção ampla compreende um modelo teórico de direito que exige a subordinação e a vinculação de todos os poderes ao direito positivo e, principalmente, às garantias dos direitos fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional. (FERRAJOLI, 2014)

¹³ De acordo com Ferrajoli (2001, p. 851), o garantismo nasceu no âmbito do direito penal visando à defesa do Estado de Direito e da ordem democrática, como um mecanismo de limitação dos poderes. Todavia, hoje é possível distinguir as acepções do garantismo, diversos, porém relacionados entre si, que correspondem a temas da esfera criminal, mas, também, suscetíveis de serem transferidos para todos os demais campos do Direito. Diante disso, o garantismo será proposto nesse trabalho como sistema de garantias dos direitos fundamentais, que valoriza os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos da pessoa humana.

Isso porque o paradigma constitucional nasceu em meio às sombras do século XX, marcado pelo mal absoluto dos governos autoritários¹⁴ e totalitários¹⁵ e de acontecimentos devastadores, como o holocausto, as duas guerras mundiais e outras catástrofes que dizimaram milhões de vidas humanas. Ao mesmo tempo, o século XX foi marcado pelo nascimento da democracia política e pela consolidação dos direitos humanos, mediante a busca pela paz e pela igualdade, o que sequer era cogitado na primeira metade deste século. (FERRAJOLI, 2018)

Por essa razão o garantismo é sinônimo de *Estado constitucional de Direito*, o qual retoma o Estado liberal, mas o amplia em dois sentidos: o primeiro exige a subordinação ao direito positivo não apenas do Poder Judiciário, mas, também, do Legislativo e do Executivo e da sociedade como um todo; o segundo, que exige não apenas o dever de abstenção quando da intervenção na esfera das liberdades individuais da pessoa humana, mas a obrigação de implementar políticas públicas que permitam a efetivação dos direitos fundamentais, demandando uma atuação positiva do Estado no âmbito dos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2014)

Há, portanto, uma mudança significativa na estrutura do Estado, de modo que o Estado não mais é percebido apenas como Estado liberal, limitando-se a intervir na esfera individual da pessoa humana somente, mas, também, é reconhecido como Estado de direito social.¹⁶ Essa

¹⁴ Em sentido genérico, Bobbio (1998, p. 100) define o regime autoritário como sendo qualquer classe de regime antidemocrático, de modo que “a oposição entre Autoritarismo e democracia está na direção em que é transmitida a autoridade, e no grau de autonomia dos subsistemas políticos (os partidos, os sindicatos e todos os grupos de pressão em geral) [...] a oposição política é suprimida ou obstruída. O pluralismo partidário é proibido ou reduzido a um simulacro sem incidência real. A autonomia dos outros grupos politicamente relevantes é destruída ou tolerada enquanto não perturba a posição do poder do chefe ou da elite governante. [...] Para alcançar seus objetivos, os Governos autoritários podem recorrer apenas aos instrumentos tradicionais do poder político: exército, polícia, magistratura e burocracia. Quando existe um partido único, também acontece que ele não assume o papel crucial tanto no que diz respeito ao exercício do poder como no que diz respeito à ideologia, tal como acontece nos regimes “totalitários”. [...] O poder político governa diretamente as atividades econômicas ou as dirige para seus próprios fins, monopoliza os meios de comunicação de massa e as instituições escolares, suprime até manifestações críticas de pequeno porte ou de oposição, procura aniquilar ou subordinar a si as instituições religiosas, penetra em todos os grupos sociais e até na vida familiar. [...] Os regimes autoritários são sistemas políticos com um pluralismo político limitado e não responsável; sem uma ideologia elaborada e propulsiva, mas com mentalidade característica; sem uma mobilização política intensa ou vasta, exceção feita em alguns momentos de seu desenvolvimento; e onde um chefe, ou até um pequeno grupo, exerce o poder dentro dos limites que são formalmente mal definidos, mas, de fato, habilidosamente previsíveis”.

¹⁵ Nas palavras de Bobbio (1998, p.1247), a expressão *Estado totalitário* surgiu na Itália, em meados da década de 1920, para qualificar “as características do Estado fascista em oposição ao Estado liberal. A expressão está presente na palavra “Fascismo” da Enciclopedia Italiana (1932), quer na parte escrita por Gentile, quer na parte redigida por Mussolini, onde se afirma a novidade histórica de um “partido que governa totalitariamente uma nação”. Na Alemanha nazista, o termo, ao contrário, teve pouca voga, preferindo-se falar de Estado “autoritário”. Entretanto, a expressão começava a ser usada para designar todas as ditaduras monopartidárias, abrangendo tanto as fascistas quanto as comunistas.” O totalitarismo “não se limita a destruir as capacidades políticas do homem, isolando-o em relação à vida pública, como faziam as velhas tiranias e os velhos despotismos, mas tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas do homem, tornando-o estranho assim ao mundo e privando-o até de seu próprio eu.”

¹⁶ Cademartori (2006, p. 209-210) sintetiza a transição do Estado liberal para o Estado social de Direito: “O pensamento liberal concebeu o Estado de Direito limitado tão somente por proibições, correspondentes às garantias

transição ocorreu justamente quando a sociedade passou a concentrar o progresso técnico e o acúmulo de capitais, fazendo com que houvesse a reivindicação da população mais vulnerável por direitos trabalhistas, previdenciários e sociais como um todo, de modo a demandar uma atuação negativa e positiva do aparato estatal. (BONAVIDES, 2007)

Isso não apenas impede a arbitrariedade dos governantes, de forma a exigir, de todos os poderes, a materialização dos direitos estabelecidos pelo texto constitucional ante a proposição de proibições e obrigações, visando à efetivação da dignidade da pessoa humana como um todo. Para o jurista italiano, o garantismo “significa, em resumo, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais”. (FERRAJOLI, 2014, p. 12)

Este paradigma constitucional representa, portanto, uma complementação e um reforço do positivismo jurídico, visto que devem a jurisdição e a administração se subordinar à legislação, e a legislação deve estar em conformidade e vinculada à Constituição. Disso resultam dois nexos que unem o direito positivo ao sistema político: o nexo estrutural, entre positivismo jurídico e Estado de direito, pautado no princípio da legalidade; e o nexo instrumental, entre positivismo e democracia. (FERRAJOLI, 2014)

O primeiro nexo do Estado constitucional de direito assume uma complexidade estrutural e uma valoração garantista não conhecidos no paradigma legislativo, cujo princípio da legalidade pode ser concebido em duas subdivisões: o da mera legalidade e o da legalidade estrita, sendo, o primeiro, condição de existência do segundo. Nas palavras de Ferrajoli (2014, p. 12),

No primeiro significado, como norma de reconhecimento do direito existente, ele equivale ao princípio da positividade: é direito tudo e somente o que é posto ou produzido por intermédio do exercício dos poderes conferidos pela lei e nas formas, quaisquer que sejam, por esta estabelecidas. (...) No segundo significado, que supõe a positividade exigida pelo primeiro, o princípio da legalidade exprime a primeira garantia contra o arbítrio: é direito válido tudo e somente aquilo produzido por intermédio do exercício dos poderes igualmente subordinados à lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos de seu exercício.

do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais (vida, liberdade, propriedade). Com efeito, as garantias liberais ou negativas consistem em deveres públicos negativos de não fazer – deixar viver e deixar fazer –, as quais têm por conteúdo prestações negativas. Esses direitos se caracterizam por serem invioláveis, indisponíveis e inalienáveis, o que os torna diferentes de qualquer outro tipo de direitos, [...] Mas as constituições deste século passam a reconhecer, ao lado desses “direitos de liberdade” [...] outros direitos: à subsistência, à moradia, à saúde, à educação etc., que consistem em expectativas (ou “direitos a”), aos quais correspondem obrigações do estado. Diremos então que quando as constituições incorporam apenas as proibições em garantia dos direitos de liberdade, tem-se caracterizado um Estado de Direito liberal; quando incorporarem também obrigações correspondentes aos direitos sociais, estaremos perante um Estado de Direito social.”

O segundo nexos representa o paradigma teórico formal estabelecido entre o positivismo jurídico e a democracia. Para Ferrajoli (2014, p. 13), “a formulação em normas de direito positivo das normas sobre a produção jurídica é a técnica pela qual são estipulados as formas e os conteúdos aos quais são vinculadas as normas produzidas, e, portanto, em particular, também as formas da democracia política ou formal, como a representação popular e a separação dos poderes, bem como, os conteúdos da democracia constitucional ou substancial, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais”.

O juspositivismo fundado na primazia da lei *possibilitou* a positivação dos direitos fundamentais e suas respectivas garantias em dispositivos normativos. Todavia, o juspositivismo fundado na primazia da Constituição, cuja prevalência ocorre não apenas ante as leis, mas toda e qualquer atividade estatal, *exigiu* a positivação de tais garantias, transformando-as em princípios jurídicos e visando à efetivação da dignidade da pessoa humana em sua totalidade. (FERRAJOLI, 2014)

O embate entre razão e vontade foi resolvido mediante a positivação da lei da razão e dos princípios e direitos fundamentais, os quais atuam como limites impostos à lei da vontade, de modo a qualificar o constitucionalismo rígido como um reforço do positivismo jurídico. Tal perspectiva resolveu, de certa forma, o antigo dilema do pensamento filosófico-político que contrastava o governo das leis com o governo dos homens¹⁷, fundado no modo de governar de cada forma de governo. (BOBBIO, 1987)

Essa discussão assume um viés analítico quando sopesados o número de governantes e a forma reversa de um bom governo: a monarquia se transforma em tirania, a aristocracia na oligarquia, e a democracia na oclocracia ou no governo da rale. (BOBBIO, 1986) Disso resultam alguns impasses que afetam a sociedade como um todo, a exemplo do mau governo que utiliza o poder para satisfazer desejos pessoais ou que estabelece leis para benefício próprio ou de um terceiro pré-determinado.

Dessa forma, o governo *sub lege*¹⁸ sintetiza o respeito à lei e à primazia do texto constitucional, impedindo o agir discricionário e arbitrário dos governantes em defesa de

¹⁷ Para Ferrajoli (2014, p. 14): “O nexos biunívoco quase generalizado entre Estado de direito em sentido forte e constitucionalismo jurídico reside no fato de que constituições rígidas positivaram aqueles princípios políticos em normas jurídicas de hierarquia constitucional, confiando a sua efetividade não apenas ao seu espontâneo respeito por parte dos juízes e legisladores, mas também ao controle jurisdicional de constitucionalidade relativamente às suas violações. A legalidade, que no primeiro significado, simples ou lato, é apenas condicionante do exercício válido dos poderes públicos, tornou-se, assim, no segundo significado, estrito ou forte, também ela condicionada, como legalidade por sua vez válida ou legítima, pelo respeito e pela implementação das normas constitucionais e dos direitos nelas estabelecidos. Dessa maneira, o constitucionalismo jurídico suprimiu a última forma de governo dos homens, que no antigo paradigma legislativo se manifestava na onipotência do legislador”.

¹⁸ Bobbio (1986, p. 155) faz a distinção entre governo *per leges* – mediante leis – e *sub leges* – submetido às leis – “Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto

interesses privados. (BOBBIO, 1986) Além disso, em que pese os atos emanados pelo Poder Legislativo possam estar pautados na lei da vontade, dotados de conteúdo moral ou de pretensão de justiça, ainda estão vinculados e subordinados à rigidez do texto constitucional, o qual preconiza os princípios de justiça, de eticidade e obedece à lei da razão.

Nesse contexto, além de observar a competência e o procedimento de elaboração da norma sob o viés formal, o legislador deve se ater ao conteúdo material proposto, analisando o que pode e o que não pode ser decidido, nem sequer por maioria, estabelecendo os limites de atuação do poder. Disso resulta a imposição de limites de atuação dos três poderes no que tange aos direitos fundamentais, ancorados na esfera do indecidível, sobre os quais não se pode dispor, ponderar, restringir ou decidir. (FERRAJOLI, 2016)

Compor a esfera do indecidível significa dizer que os direitos fundamentais demandam apenas efetividade e garantia por parte dos órgãos de poder, especialmente dos órgãos jurisdicionais, não cabendo-lhes dispor de tais direitos. A rigor, Ferrajoli (2014, p. 34) subdivide o indecidível em *indecidível que* e *indecidível que não*, de caráter deontico ou normativo: “aquilo que deonticamente não pode ser decidido, isto é, a violação dos direitos de liberdade, mas que, de fato, pode ser decidido; e aquilo que deonticamente não pode ser não decidido, isto é, a satisfação dos direitos sociais, mas que, de fato, não pode ser decidido”.

2.2.2 Direitos fundamentais e garantias: um novo paradigma do Direito

A perspectiva histórica dos direitos fundamentais nasce com o surgimento do Estado constitucional¹⁹, cuja principal atribuição é reconhecer e efetivar a dignidade da pessoa humana. Sob tal perspectiva, Sarlet (2021, p. 36) sintetiza que “há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder”, a qual foi reforçada com o estabelecimento do constitucionalismo garantista.²⁰

Os direitos fundamentais, hoje constitucionalmente reconhecidos, são qualificados mediante determinadas características. Bastos (1989, p. 151) sintetiza que esses direitos devem

é, não mediante ordens individuais e concretas. [...] As virtudes do governo *sub lege* consistem, como já se afirmou, em impedir ou ao menos obstaculizar o abuso de poder; as virtudes do governo *per leges* são outras. Mais ainda: deve-se dizer que a maior parte dos motivos de preferência pelo governo da lei em detrimento do governo dos homens, aduzidos a começar dos escritores antigos, são conexos ao exercício do poder mediante normas gerais e abstratas.”

¹⁹ De acordo com Diniz (1989, p. 12), “é da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação. Essa possibilidade de limitação jurídica é mais evidente no regime de Constituição rígida. A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas.”

²⁰ Para Bastos (1989, p. 151), “os direitos fundamentais são oponíveis não somente ao poder soberano, mas, também, ao econômico (mercado) e até mesmo ao próprio titular, por serem indisponíveis”.

ser compreendidos como “prerrogativas que têm o indivíduo em face do Estado”, o que demonstra a condição do primado e da superioridade dos cidadãos frente ao poder público, estabelecendo limites aos abusos de poder. Nesse sentido, Diniz (1989, p. 12) ratifica a condição limitadora do poder estatal e correlaciona “os elementos limitativos, que se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais, às garantias constitucionais, que restringem a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito”.

Este entendimento é corroborado por Silva (1984, p. 163), que define os direitos fundamentais como “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. A concepção desses direitos passa, então, a legitimar a democracia dos governos contemporâneos mediante os mecanismos de legalidade, “erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados por meio daqueles”. (CADEMARTORI, 2006, p. 25)

São, também, fruto de uma concepção individualista da sociedade, que propõe o surgimento do Estado mediante o acordo entre sujeitos livres e iguais, “soterrando, assim, uma concepção holística, que reivindica a ideia de que a sociedade é mais do que a soma de seus componentes”. (CADEMARTORI, 2006, p. 27) Essa concepção é verificada em Aristóteles e subsiste até o Renascimento, de modo a considerar recente o individualismo na história da humanidade e proporcionar um novo paradigma de legitimação do Estado. (DUMONT, 1985)

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua historicidade, visto que se desenvolvem em um determinado momento histórico entre os séculos XIV e XVII – quando do início do período Renascentista – até os dias atuais. Além disso, são caracterizados dessa forma porque surgiram conforme as exigências dos indivíduos em cada momento histórico, acompanhadas pelas condições subjetivas ou lógicas de idealização da vida humana e de igualdade perante os homens. (BOBBIO, 1992)

É cediço que a concepção desses direitos no modelo atual não se deu na pré-história, mas a influência da religião e da filosofia do mundo antigo deixou um legado no pensamento moderno quanto ao ser humano que, pelo simples fato de existir, é titular de determinados direitos naturais, indisponíveis e inalienáveis, especialmente no que tange aos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Já na Idade Média, “desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício”. (SARLET, 2021, p. 38)

A partir do século XV, a Idade Moderna²¹ recepcionou a doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualista, e, paralelamente a isso, a laicização do direito natural. Mas foi no século XVII, na Inglaterra, que “a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, nesse particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período”. (SARLET, 2021, p. 39)

Importante foi, também, a contribuição doutrinária de John Locke²² em sua obra sobre os autores iluministas, sendo o primeiro a reconhecer a oponibilidade dos direitos do homem aos detentores do poder. Todavia, apenas os cidadãos e proprietários poderiam ser beneficiados com o direito de resistência, perdendo o lugar de meros objetos do governo para assumir, de fato, a posição de sujeitos de direitos. (SARLET, 2021) A principal finalidade da sociedade civil passou a ser a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade, sendo este o próprio princípio legitimador do governo.

Deste modo, verifica-se que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito do direito positivo foi iniciado mediante o reconhecimento das prerrogativas, liberdades e deveres de cada um. Sarlet (2021, p. 42) elenca um breve histórico evolutivo dos direitos do homem:

De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa [...] nesse contexto, também podem ser enquadrados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos [...] impende citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente, a *Petition of Rights* [...] o *Habeas Corpus Act*, de 1679 [...] o *Bill of Rights*, de 1689 [...] o *Establishment Act*, de 1701 [...] nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos resultam da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.

Em que pese a grande importância da positivação dos documentos supracitados, imperioso referir que, apesar de limitarem o poder real perante as liberdades individuais, ainda

²¹ Ainda no contexto da Idade Moderna, “há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552-1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Rights* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da tríade vida, liberdade e propriedade”. (SARLET, 2019, p. 42)

²² Lafer (1997, p. 122) faz uma conexão direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais no constitucionalismo: “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu – que tem as suas raízes na teoria do governo misto, combinada com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição”.

não puderam ser considerados o marco inicial do nascimento dos direitos fundamentais. Isso porque tais documentos não vinculavam o Parlamento, de modo que este permanecia na esfera discricionária quando da emanção de atos legislativos, ainda carecendo da supremacia e estabilidade atribuída pela constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais.

Nesse contexto, Sarlet (2021, p. 43) refere a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, como os primeiros documentos a promoverem a transição de direitos de liberdade legais para direitos fundamentais constitucionais:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. [...] Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado, somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa. Igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França.

A positivação dos direitos do homem ocorrida na França, ante a concepção liberal-burguesa, foi decisiva para o processo de reconhecimento e constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais, ascendendo à afirmação do Estado de Direito e à transição para a concepção clássica dos direitos fundamentais de primeira dimensão²³. Esta é marcada por traços individualistas²⁴, a qual reconhece os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, demarcando uma zona limítrofe de não intervenção do poder público na esfera da autonomia privada. (SARLET, 2019)

Por essa razão são reconhecidos como *direitos de cunho negativo*, uma vez que exigem a abstenção do Estado²⁵, não um agir positivo de implementação de políticas públicas na esfera

²³ Sarlet (2021, p. 45) prefere denominar *dimensão à geração* dos direitos fundamentais, posto que se trata de um processo evolutivo de direitos, porém cumulativo, de complementaridade, “e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão *gerações* pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo *dimensões*”, o qual será adotado neste trabalho.

²⁴ Para Bobbio (1992, p.30), “concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...] em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos”.

²⁵ Nesse cenário, evidenciam grande relevância os direitos “à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião) [...] e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas

individual, “sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (BONAVIDES, 2004, p. 564)

Os direitos fundamentais de segunda dimensão foram pensados em razão dos impactos da industrialização e dos graves problemas econômicos e sociais que a acompanharam no decorrer do século XIX²⁶, visto que a positivação dos direitos de liberdade e de igualdade não mais garantiam a proteção dos indivíduos perante tais adversidades. Isso fez com que a sociedade passasse a reivindicar o reconhecimento progressivo de direitos e um comportamento ativo do aparato estatal visando à garantia desses direitos e à efetivação da justiça social. (SARLET, 2019)

A diferença dos direitos reivindicados neste período, portanto, reside na sua dimensão positiva, visto que além do dever de abstenção do Estado na esfera privada, este deveria, ainda, efetivar um “direito de participar do bem-estar social [...] tais direitos²⁷ – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade”. (LAFER, 1997, p. 127)

Além das prestações de dimensão positiva, tais direitos também englobam as *liberdades sociais*, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve, os direitos dos trabalhadores, que na Constituição Federal vigente estão consagrados no art. 7º, como o direito a férias, ao décimo terceiro salário, à limitação da jornada de trabalho e ao repouso semanal remunerado, à irredutibilidade do salário, o qual nunca poderá ser inferior ao mínimo vigente, à licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, dentre outros. (BRASIL, 1988)

A referência *social* a esses direitos encontra justificativa por serem considerados “uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações

corpus, direito de petição) também se enquadram nesta categoria, que, em termos gerais, correspondem aos assim chamados direitos civis e políticos”. (SARLET, 2019, p. 403)

²⁶ Os direitos fundamentais sociais foram previstos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849. Todavia, foram as Constituições do segundo pós-guerra que positivaram, de forma significativa, os direitos sociais, os quais também foram objeto de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2021)

²⁷ Os direitos sociais estão positivados na Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

com a classe empregadora”, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2021, p. 48)

A terceira dimensão dos direitos fundamentais surgiu em razão dos grandes impactos tecnológicos, do estado crônico dos povos beligerantes e do processo de descolonização do segundo pós-guerra, o que acarretou significativas consequências aos Estados e suas nações. Trata-se, portanto, de uma dimensão diretamente relacionada aos valores de fraternidade e solidariedade²⁸, conectados ao desenvolvimento, ao progresso, à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e à proteção ao patrimônio comum da humanidade. (SILVA, 1984)

O traço distintivo dos direitos da terceira dimensão reside em sua titularidade universal, abstraindo o ser humano em sua individualidade e reconhecendo o bem-estar da coletividade, a qual não pode ser mensurada, definida ou determinada. Exige-se, dessa forma, a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), de modo a reconhecer uma classificação de direitos que demandam novas estratégias de garantia e proteção quando destacada a sua complexidade. (SARLET, 2021)

Existem, ainda, autores que preconizam cinco dimensões de direitos fundamentais. Bonavides (2004, p. 571), que prefere o termo *geração* ao termo *dimensão*, propõe a globalização desses direitos de modo a universalizá-los no campo institucional, cuja normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, correspondendo à fase de institucionalização do Estado social. Para o autor, estão no rol dessa geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Destes depende, ainda, a concretização da sociedade aberta do futuro, prevista em sua máxima universalidade, “para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

À quinta geração, o autor acrescenta o direito à paz, com fundamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁹ e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Para Bonavides (2004, p. 583), “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração”.

²⁸ São assim reconhecidos “em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. (SARLET, 2021, p. 49)

²⁹ Para Bobbio (1992, p. 26), a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido, e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.

Oliveira Jr. (1996) também propõe uma teoria de cinco gerações de direitos fundamentais. À quarta geração são acrescidos aqueles direitos ligados à proteção no âmbito da manipulação genética, da biotecnologia e da bioengenharia. E, por fim, os direitos relacionados à proteção das relações no âmbito da cibernética e da realidade virtual, são adicionados à quinta geração de direitos.

Evidentemente, os direitos do homem foram evoluindo conforme as condições históricas vivenciadas pela sociedade, de acordo com as vulnerabilidades das classes sociais, com os interesses dos detentores do poder, das transformações técnicas e industriais, dentre outros. Direitos que não eram previstos no século XVIII³⁰, sequer eram imaginados, como os direitos sociais, hoje são reivindicados e protegidos com grande atenção pelo poder público e pela sociedade, razão pela qual não é de todo impossível a proclamação de novos direitos³¹ que hoje parecem impensáveis. (BOBBIO, 1992)

Para Bobbio (1992, p. 32), olhar para o futuro é prever a extensão dos direitos fundamentais às futuras gerações, “cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas”. Atenta-se para o fato de que por *armas* entende-se toda e qualquer intenção ou ação destrutiva dos valores humanos, a exemplo da vida digna do indivíduo, da saúde, da paz, seja pelas consequências do desenfreado desenvolvimento tecnológico, da sede de poder ou até mesmo do mercado que visa a conquistas no plano econômico independentemente do *porquê* e do *como*.

Mas não se trata apenas do reconhecimento de novos direitos, visto que “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva [...] poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações”. (BOBBIO, 1992, p. 32)

Ferrajoli (2011a, p. 9) ainda propõe uma definição teórica, alheia ao campo dogmático, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais: “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”. Por direito

³⁰ As lutas e revoluções ocorridas ao longo dos anos resultaram em garantias de igualdade e de uma vida digna para os seres humanos. Todavia, em tempos não tão distantes, os direitos fundamentais eram expressivamente limitados, ocasião em que muitas pessoas eram excluídas do âmbito de alcance desses direitos mediante a discriminação em razão da raça, do sexo, da cultura, da religião, dentre outros. Atualmente, os direitos fundamentais e suas garantias devem alcançar todos os indivíduos, de forma universal. (FERRAJOLI, 2011a)

³¹ Quanto à qualificação dos direitos do homem, Bobbio (1992, p. 13) elenca que não existem direitos fundamentais por natureza, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.

subjetivo, compreende-se toda e qualquer “expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um direito por uma norma jurídica”. Por fim, o jurista italiano define *status* como a “condição de um sujeito prevista também por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício”.

Sob tal perspectiva, não há que se falar em referência a normas de um determinado ordenamento jurídico em concreto, sendo qualificados como fundamentais todos os direitos atribuídos às pessoas físicas, cidadãos ou capazes de agir enquanto tais. Evidentemente, a previsão desses direitos pelo direito positivo é condição de existência ou vigência de um certo ordenamento, mas não é determinante ao definir o significado de direitos fundamentais, sequer sua previsão no texto constitucional, a qual será responsável, todavia, por nortear o legislador ordinário. (FERRAJOLI, 2007)

Há, ainda, uma definição formal – não topológica – ou estrutural dos direitos fundamentais “no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia unicamente sobre o caráter universal³² da sua imputação”. Sendo independente dos valores ou das necessidades substanciais tuteladas pelos direitos fundamentais, tal definição é amparada pela neutralidade ideológica, de modo a ser válida no âmbito de qualquer filosofia jurídica ou política: juspositivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista, antiliberal e antidemocrática. (FERRAJOLI, 2011)

Sendo cabíveis e aceitáveis em qualquer filosofia jurídica ou política, os direitos fundamentais estão alinhados a garantias estabelecidas no âmbito público ou privado da sociedade:

Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provém da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais supraordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou privados. (FERRAJOLI, 2011, p. 11)

³² São tutelados e compreendidos como universais, e, por conseguinte, fundamentais, os direitos relacionados à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento, aos direitos políticos sociais e os análogos a estes. Todavia, Ferrajoli elenca a exceção à universalidade e à fundamentalidade desses direitos no âmbito de uma sociedade escravagista ou mercantilista. (FERRAJOLI, 2011a)

Ademais, Ferrajoli (2011, p. 12) explicita que a personalidade, a cidadania e a capacidade de agir podem constituir parâmetros de igualdade e desigualdade ao definir o âmbito de alcance dos direitos fundamentais. Para o jurista, a capacidade de agir e a cidadania “restaram como as únicas diferenças³³ de *status* que ainda delimitam a igualdade das pessoas humanas”. Em razão disso, admite-se a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: o primeiro abrange os direitos da personalidade e os direitos de cidadania, os quais dizem respeito a todos ou somente aos cidadãos, respectivamente; o segundo compreende os direitos primários (substanciais) e os direitos secundários (instrumentais ou de autonomia), referindo todos ou somente as pessoas capazes de agir, respectivamente. (FERRAJOLI, 2011)

Nesse contexto, há que se falar em quatro classes de direitos: os direitos humanos como direitos primários, a exemplo do direito à vida, à integridade, à liberdade e à saúde; os direitos públicos, incumbidos de disciplinar os interesses do Estado, sendo primários, porém reconhecidos apenas a quem possui o *status* de cidadão, como o direito ao trabalho e à previdência social; os direitos civis, reconhecidos como secundários e destinados apenas a quem detém capacidade de fato, como o poder negocial e a liberdade contratual; e, por fim, os direitos políticos, manifestados pela autonomia política, também secundários, reservados apenas aos cidadãos detentores da capacidade de fato, a exemplo do direito ao voto e de acesso às funções públicas. (FERRAJOLI, 2011a)

Essa definição de direitos fundamentais é fundada em quatro teses propostas por Ferrajoli (2011a), consideradas essenciais no âmbito de uma teoria da democracia constitucional. A primeira tese sintetiza quatro diferenças estruturais entre os direitos fundamentais, vinculados à inteira classe de sujeitos, e os direitos patrimoniais, extensíveis a qualquer de seus titulares, com exceção de todos os outros. Essa diferença foi camuflada pela tradição jurídica³⁴ quando da utilização do termo *direito subjetivo*³⁵ para designar a oposição

³³ As diferenças da capacidade de agir vinculam os menores de idade. O *status* de cidadão, contudo, evidencia maior vulnerabilidade quando destacada a questão dos imigrantes e refugiados, que fogem de seus países visando a uma melhor condição de vida, e, em razão disso, são discriminados pelo simples fato de pertencerem a outro território nacional. (FERRAJOLI, 2011a)

³⁴ Para Ferrajoli (2011a, p. 15), isso ocorreu em razão das “diferentes ascendências teóricas das duas categorias de direitos: a filosofia jusnaturalista e contratualista dos séculos XVII e XVIII, no que tange aos direitos fundamentais; a tradição civilista e romanista, no que tange aos direitos patrimoniais”.

³⁵ De acordo com Cademartori (2006, p. 37), “a categoria *direitos subjetivos*, abrangente dos direitos fundamentais ao lado dos poderes, é fruto das teorias dos *direitos naturais* dos séculos XVII e XVIII, mas a sua sistematização foi uma tarefa da dogmática jurídica do século passado, que preconizou os direitos fundamentais como *direitos subjetivos públicos*, já não fundantes mas fundados pelo Estado. Tal concepção encontra ainda justificção na Declaração de Direitos francesa de 1789, cujo art. 22 postula que a meta de toda associação política é a conservação dos direitos naturais do homem, incluindo nesses direitos, além da liberdade, segurança e resistência à opressão, à propriedade. No entanto, os direitos fundamentais foram pensados pelo jusnaturalismo como um *prius* lógico com relação ao Estado e contrapostos aos poderes públicos como a sua antítese e padrão de justificação. Essa formulação foi profundamente alterada pelos juspublicistas alemães do século XIX, em coerência com o princípio

de determinadas situações: direitos inclusivos e exclusivos, direitos universais e singulares, direitos indisponíveis e disponíveis.

A primeira diferença reside no fato de que os direitos fundamentais – de liberdade, civis, políticos e sociais – por serem universais, são reconhecidos a seus titulares em igual forma e medida, são inclusivos e vinculam a igualdade jurídica, seja para a manifestação do pensamento, seja na proteção contra prisões arbitrárias, dentre outros. Os direitos patrimoniais – de propriedade, de usufruto, de autoria – por serem singulares, são exclusivos, de modo a formarem a base da desigualdade jurídica, visto que um indivíduo pode ser proprietário de diversos bens móveis e imóveis, e o outro de absolutamente nada.

Conexa à primeira, a segunda diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais refere que aqueles são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos; estes, por outro lado, são disponíveis, negociáveis e alienáveis. Estes são acumuláveis, existindo a possibilidade de um indivíduo se tornar cada vez mais rico, enquanto aqueles permanecem invariáveis, posto que não há possibilidade de se tornar juridicamente mais livre. Em razão disso, Ferrajoli (2011a, p. 22) analisa a indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais devem ser subtraídos do campo das decisões políticas e do cenário mercadológico:

Por força da sua indisponibilidade ativa, esses direitos não são alienáveis pelo sujeito que deles é titular: não posso vender a minha liberdade pessoal ou meu direito de voto, e, mais do que tudo, minha própria autonomia contratual. Por força da sua indisponibilidade passiva, esses direitos não são expropriáveis ou limitáveis por outros sujeitos, a começar pelo Estado: nenhuma maioria, por maior que seja, pode privar-me da vida, ou da liberdade, ou dos meus direitos de autonomia. Trata-se, evidentemente, de uma diferença conexa à primeira, ou seja, ao caráter singular dos direitos patrimoniais e àquele universal dos direitos fundamentais. Os direitos patrimoniais são singulares enquanto podem formar objeto de troca na esfera do mercado, além de que podem ser objeto de expropriação por utilidade pública. Os direitos fundamentais, ao revés, são universais enquanto são excluídos de tal esfera, não podendo ninguém se privar, ou ser privado ou menosprezado, sem com isso deixarem de ser iguais ou universais, e, portanto, fundamentais.

A terceira diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais decorre da segunda, referindo-se à estrutura jurídica destes. Por serem disponíveis, os direitos patrimoniais estão sujeitos a acontecimentos, podendo ser constituídos, modificados ou extintos mediante atos jurídicos. Em outras palavras, tais direitos refletem atos de tipo negocial ou provimentos singulares, a exemplo de contratos, doações, testamentos ou sentenças, os quais são predispostos por normas. Os direitos fundamentais, por outro lado, são todos *ex lege*, ou seja, previstos mediante regras gerais de grau normalmente constitucional. (FERRAJOLI, 2011)

positivista de que toda situação jurídica emana do Estado e é regrada pelo Direito; e todos os direitos, patrimoniais e fundamentais, são igualmente criados pelo Direito positivo e derivados do Estado.

Enfim, a quarta diferença entre tais direitos sintetiza que os direitos patrimoniais são horizontais e os direitos fundamentais são verticais. Em outras palavras, enquanto aqueles traduzem as relações jurídicas entre titulares como relações intersubjetivas de tipo civilístico – contratual, sucessório ou similar – estes refletem relações entre titulares do tipo publicístico, isto é, do indivíduo nos confrontos com o Estado. Ademais, enquanto os direitos patrimoniais correspondem à “genérica proibição de não lesão no caso dos direitos reais, ou também obrigações debitórias no caso dos direitos pessoais, aos direitos fundamentais correspondem proibições e obrigações por conta do Estado, cuja violação é caso de invalidade das leis”. (FERRAJOLI, 2011, p. 24)

A segunda tese proposta preleciona que, correspondendo os direitos fundamentais a interesses e expectativas de todos os sujeitos, são qualificados como o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, ratificando as garantias do Estado de Direito. Este, “modelado às origens do Estado moderno sobre a tutela somente dos direitos de liberdade e propriedade, pode bem ser vinculado ao Estado social, desenvolvendo-se neste século sem as formas e garantias do Estado de Direito, mas somente naquela da mediação política, e, hoje, também por isto, em crise”. (FERRAJOLI, 2011, p. 15)

A terceira tese descreve a moderna natureza supranacional dos direitos fundamentais em razão da promulgação de convenções e tratados internacionais, os quais qualificam os direitos fundamentais como direitos supraestatais. Após a ratificação pelo texto constitucional, tais direitos passam a estabelecer limites externos, além dos internos, aos poderes públicos, e a base normativa de uma democracia internacional, que, todavia, está distante do cenário prático. Ferrajoli (2011, p. 30) enfatiza, ainda, que os direitos da cidadania formam apenas uma subclasse no âmbito dessa tese, visto que devem ser reconhecidos como “direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias”.

Por fim, a última tese, que para o jurista italiano é a mais importante, analisa os direitos fundamentais e suas garantias. De acordo com Ferrajoli (2011, p. 16), “os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, às quais correspondem deveres (de prestações) ou proibições (de lesões)”. Os deveres e as proibições equivalem a garantias primárias, em complementação às garantias secundárias, as quais referem os deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões a direitos fundamentais, isto é, quando ocorrer a violação das garantias primárias.

Ao propor uma análise dos direitos fundamentais e suas garantias, há que se atentar, ainda, para o equívoco ao equiparar o significado destes termos, o que consistiria em negar a existência de direitos quando ausentes suas respectivas garantias:

Se confundirmos direitos e garantias resultam desqualificadas, sobre o plano jurídico, aquelas que são as duas mais importantes conquistas do constitucionalismo dos novecentos: a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, reduzidos um e outro, na ausência de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes. (FERRAJOLI, 2011, p. 36)

Ademais, Ferrajoli (2011) sustenta a tese da distinção de direitos fundamentais e suas garantias, “por força da qual a inexistência das relativas garantias equivale a uma inadimplência do direito positivamente estipulado e consiste, por isso, em uma indevida lacuna, que é dever da legislação suprir”. O jurista italiano ainda reflete acerca da importância dessa distinção não apenas em nível teórico, mas, também, em nível metateórico:

Sobre o plano teórico, essa distinção comporta a afirmação de que o nexo entre expectativas e garantias não é um nexo empírico, mas um nexo normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, então, a ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna, a qual é obrigação dos poderes públicos, internos e internacionais, completar. [...] Sobre o plano metateórico, a distinção comporta a afirmação de um papel não puramente descritivo, mas, sim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos com seu objeto: crítico nos confrontos com as lacunas e com as antinomias que ela tem o dever de revelar, e normativo em relação à legislação e à jurisdição a que ela impõe a sua completude ou a sua reparação. (FERRAJOLI, 2011, p. 40-41)

As quatro teses desenvolvidas por Ferrajoli (2011) representam o surgimento do constitucionalismo, idealizado no século XX, no âmago das constituições rígidas dos Estados democráticos, em oposição às flexíveis, passando a exigir um procedimento especial de reforma para sua modificação. Verifica-se a percepção de um novo paradigma do direito, fruto de profundas transformações no sistema jurídico, o qual visa à máxima vinculação e submissão dos três poderes e da sociedade ao texto constitucional, sendo este o fundamento e o fim do Estado de Direito.

2.2.3 A teoria dos bens fundamentais: uma proposta de proteção global

No constitucionalismo garantista se faz necessário tutelar as necessidades e os interesses vitais da pessoa humana, o que ocorre mediante o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais e a satisfação de suas garantias. Uma vida digna, o acesso a um sistema de saúde de qualidade, a preservação da integridade pessoal, dentre outros, compõem o conjunto de valores essenciais e vitais reconhecidos pelas constituições rígidas como o fundamento e a razão de ser do Estado em que estão inseridos. (FERRAJOLI, 2011) Ademais, foram esses direitos fundamentais que estabeleceram os limites e vínculos substanciais impostos ao poder público, reconhecendo uma esfera do indecível, a qual a nenhum poder é consentido decidir ou não decidir, nem sequer à maioria. (FERRAJOLI, 2011a)

No entanto, Ferrajoli (2011) coloca em xeque a efetividade desses direitos, e reflete se a estipulação destes e suas obrigações e proibições correlatas são capazes de assegurar uma garantia compatível com todas as necessidades vitais da pessoa humana, especialmente no que diz respeito à tutela da coletividade:

É suficiente, por exemplo, o reconhecimento do direito de todos a viver num planeta habitável – ao não aquecimento global, à não poluição dos mares, à não depredação dos recursos naturais – para sugerir as formas de prevenção de catástrofes provocadas por esses eventos, cujas dimensões vão muito além das possibilidades de intervenção de qualquer jurisdição? A atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuído em tantas cartas constitucionais e internacionais, é capaz de garantir a vida e a saúde aos milhões de pessoas que hoje vivem na indigência e que, na quase totalidade dos casos, não têm um juiz perante o qual demandar justiça, pela inexistência de tal juiz, ou por que não possuem os meios para requerê-la? Naturalmente, a afirmação de tais direitos e das respectivas obrigações e proibições é essencial para a sua tutela. Mas ela é também, nos casos exemplificados, suficiente? (FERRAJOLI, 2011, p. 50)

Atenta-se para o fato de que todos os eventos acima narrados exigem ora uma expectativa de não lesão, ora de prestação, e têm em comum a definição de um bem específico – a atmosfera, o equilíbrio ecológico, as águas – cuja garantia é, na verdade, a sua efetiva proteção. Diante disso, a partir da noção de *direitos*, o garantismo de Ferrajoli (2011) propõe deduzir a categoria dos *bens fundamentais*, os quais exigem uma maior disciplina no que tange à proteção e à preservação desses bens, o que vai muito além dos interesses e direitos da pessoa humana singular e sua capacidade e possibilidade de intervenção.

Desse modo, Ferrajoli (2019) propõe redefinir o conceito de bens, dada a sua tipologia, analisando, em um primeiro momento, o ordenamento e a teoria jurídica. Estes propõem uma definição de bem que designa as coisas enquanto disponíveis e passíveis de alienação como bens patrimoniais, ainda que existam bem que não são coisas, o que o jurista classifica, respectivamente, em bens materiais e imateriais. Em um segundo momento, a teoria preleciona a distinção entre bens patrimoniais e bens fundamentais, a qual o autor reputa mais importante, apesar de ignorada pela doutrina.

De acordo com Ferrajoli (2011), são bens patrimoniais todos os bens disponíveis no mercado mediante atos de disposição ou de troca, correlatos aos direitos patrimoniais dos quais são objeto, de modo a reservar a seus titulares o uso e o gozo do bem. Por outro lado, são bens fundamentais aqueles cuja acessibilidade é garantida a todos, sem distinção, porque objeto dos diversos direitos fundamentais, razão pela qual são subtraídos à lógica do mercado, a exemplo do ar, das águas e outros considerados essenciais à manutenção da vida digna e à preservação da coletividade. Estes podem ser classificados em três grandes grupos:

a) os bens personalíssimos, que são objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou liberdade da sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros: como os órgãos do corpo humano cuja integridade perfaz um todo com a salvaguarda da pessoa e da sua dignidade; b) os bens comuns, que são objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou liberdade de, isto é, no direito de todos de aceder ao seu uso e gozo: como o ar, o clima e os outros bens ecológicos do planeta, de cuja tutela depende o futuro da humanidade; c) finalmente os bens sociais, que são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde garantidos pela obrigação da sua prestação: como a água, os alimentos básicos e os assim chamados “medicamentos essenciais”. (FERRAJOLI, 2011, p. 58)

Recorrer a esta classificação dos bens fundamentais, reivindicadora do papel garantista do sistema jurídico, encontra justificativa em razão das consequências provocadas pelos avanços tecnológicos e industriais e a – cada vez mais – estreita relação entre homem e mercado. Muitos *objetos* foram valorizados quando do desenvolvimento da sociedade, razão pela qual tornaram-se coisas a partir do momento em que verificada a sua utilidade. Da mesma forma, muitas *coisas* foram transformadas em bens patrimoniais ante o crescimento da escassez e o esgotamento de uma disponibilidade ilimitada. Muitos *bens patrimoniais*, por fim, foram reconhecidos – ou seria necessário que o fossem – como bens fundamentais, a partir do momento em que a sociedade passou a compreender a sua vulnerabilidade em face da finitude dos recursos naturais, como é o caso da água. (FERRAJOLI, 2011)

As frequentes e grandiosas mudanças de *status* dos bens demandam, de forma efetiva, a intervenção do direito no âmbito dessas relações. Ao contrário do que ocorre na mudança de *status* dos objetos para coisas e das coisas para bens patrimoniais, a transformação destes em bens fundamentais exige a intervenção do aparato estatal para fazer valer a essencialidade desses bens. A grande valorização econômica destes e a ausência de uma intervenção estatal na proteção da fundamentalidade dos bens resulta exatamente no oposto: a privatização³⁶ dos bens essencialmente fundamentais, valorados em sua concepção meramente patrimonial.

Verificada a gravidade da vulnerabilidade desses bens, Ferrajoli (2011) propõe a inclusão de uma Carta de bens fundamentais nas diversas cartas e convenções, internacionais e constitucionais, visando a limitar, de forma rigorosa, a atuação do mercado e o desenvolvimento industrial, bem como, para assegurar a submissão do poder público à Carta, vinculando o agir estatal positivo na persecução de políticas públicas de garantia.

Ferrajoli (2011, p. 62) ainda pondera que o grau de rigidez desses limites deve levar em consideração o maior ou menor grau de vitalidade dos bens: “do caráter regenerável ou não

³⁶ A apropriabilidade e a disponibilidade natural de muitas coisas, como ocorre em grande evidência com a água potável, está fadada à apropriação mercadológica e à disponibilidade jurídica, promovendo, aos poucos, sua dissipação, destruição e a especulação da iniciativa privada. (FERRAJOLI, 2011a)

regenerável dos bens ecológicos, do caráter gratuito da sua cessão e dos usos aos quais são destinados”. Nesse sentido é que se fala na indisponibilidade dos bens fundamentais,

Isto é, inalienável e inviolável, e, portanto, subtraí-lo ao mercado e ao arbítrio das decisões políticas, portanto de maioria. Também sob este aspecto os bens fundamentais reafirmam o paradigma dos direitos fundamentais, dado que também as suas garantias equivalem a limites e a vínculos impostos, para a tutela de todos e de cada um, seja aos poderes privados, através da estipulação da sua indisponibilidade, seja aos poderes públicos, através da estipulação da sua inviolabilidade, e, ao mesmo tempo, a obrigação de garantir a todos a sua fruição. [...] se as cartas de direitos fundamentais evocam a ideia do “contrato social” de convivência pacífica entre homens, uma Carta internacional dos bens fundamentais configurar-se-ia como uma espécie de “contrato natural” de convivência com a natureza. (FERRAJOLI, 2011, p. 62)

Os bens personalíssimos estão diretamente vinculados aos direitos da pessoa humana, de modo que a sua indisponibilidade exprime uma proibição, a exemplo dos atos de disposição do próprio corpo quando ocasionarem uma diminuição permanente da integridade física, ou quando contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Um dos problemas de assegurar a sua garantia é oriunda do desenvolvimento tecnológico médico e cirúrgico, que apesar de possibilitar salvar vidas mediante o transplante de órgãos, tornou cada vez mais comum o mercado da sua alienação. (FERRAJOLI, 2011a)

Recebem a atenção da doutrina jurídica e uma especial reflexão teórico-política os bens comuns³⁷, referidos como bens ecológicos, na tentativa de interromper uma explícita violação: “o desfrute dos recursos naturais por parte dos países mais ricos e, sobretudo, a devastação do planeta provocada pelo desenvolvimento industrial. Foi desta devastação e do perigo de uma destruição irreversível dos bens e dos recursos vitais para o futuro do gênero humano que nasceu a temática dos bens comuns”. (FERRAJOLI, 2011a, p. 67)

Não é à toa que uma das ameaças mais eminentes e graves para as futuras gerações tem respaldo nos desastres provocados pelo aquecimento global oriundo das emissões de gás estufa – o qual pende de solução para sua redução – como o encolhimento das calotas de gelo, a elevação do nível dos mares, a devastação das florestas e a consequente redução da biodiversidade. Todavia, essa ameaça é frequentemente ignorada pelo Estado, no âmbito interno e externo, de forma a marginalizar os recursos naturais e propor uma herança de extrema miserabilidade às futuras gerações.

³⁷ De acordo com Ferrajoli (2011a, p. 67), “enquanto os bens personalíssimos são universais no sentido de que pertencem a cada ser humano e são acessíveis unicamente a ele com exclusão dos outros enquanto partes integrantes da sua pessoa, os bens comuns o são no sentido oposto de que pertencem e deve ser garantida a sua acessibilidade a todos *pro indiviso*, tanto assim que são configurados, em muitos tratados internacionais, como *patrimônio comum da humanidade*, isto é, de um sujeito que inclui também as futuras gerações”.

Por fim, Ferrajoli (2011b) qualifica os bens sociais, cuja classificação é de suma importância para o deslinde deste trabalho, como objetos dos direitos sociais, a exemplo da água potável³⁸. Os bens sociais não o são por natureza, de modo a serem produzidos ou distribuídos pelo homem, razão pela qual são convencionados como bens vitais. Por consequência, devem ser juridicamente acessíveis a todos, justamente por não proporcionarem à população um acesso natural e serem fundamentais à sobrevivência:

Sobreviver, portanto, é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato social. Daí, na ausência de garantias sociais de sobrevivência, as desigualdades crescentes nos países ricos e a miséria apavorante na qual vivem e sobretudo morrem todo ano milhões de seres humanos não obstante o enorme aumento da riqueza produzida sobre o planeta. E, em consequência, a mudança no alcance do “direito à vida” encontra-se hoje ameaçada pela falta dos bens sociais – a água, o alimento e os medicamentos essenciais – em medida incomparavelmente maior do que pela possibilidade da sua supressão violenta por obra da criminalidade e até das guerras. Por isso o clássico direito à vida não pode hoje não incluir, ao lado do direito de não ser morto, também o direito a sobreviver, e, portanto, à fruição dos bens necessários para tal fim. (FERRAJOLI, 2011a, p. 75)

A ausência desses bens fundamentais protagoniza três grandes emergências globais responsáveis por dizimar dezenas de milhões de vidas anualmente, tornando cada vez mais necessária a qualificação destes bens como fundamentais: a fome, a sede e as doenças curáveis, porém não curadas dada a miserabilidade em que se encontram determinadas pessoas. Para Ferrajoli (2011a, p. 76), a ameaça mais significativa gira em torno da ausência do acesso à água potável, objeto do corolário do direito à vida:

A água potável não é mais, de fato, um bem natural, nem muito menos um bem comum naturalmente acessível a todos. Mais de um bilhão de pessoas não tem possibilidade de aceder a ela; e, por esta impossibilidade, milhões de pessoas morrem todo ano. A água, de fato, tornou-se um bem escasso por dois motivos: pelas agressões ao patrimônio florestal, que provocam todo ano a devastação de milhões de hectares, muitos dos quais viram deserto; pela poluição das nascentes, dos rios e dos aquíferos, provocados pelas atividades industriais desreguladas; e pela massiva privatização, enfim, dos recursos hídricos que paradoxalmente são reduzidos a bens patrimoniais no mesmo momento em que se exige, pela sua escassez, a sua garantia como bens fundamentais.

Qualificar a água potável como bem patrimonial, e, conseqüentemente, como mercadoria, provocaria extrema desigualdade no que tange à garantia de acesso aos indivíduos sem poder econômico. Esse processo de mercantilização incide não somente sobre a água, mas sobre todos os demais bens fundamentais que possam prover algum valor financeiro em

³⁸ É imprescindível ilustrar a importância da indisponibilidade desse recurso elementar frente aos avanços do cenário mercadológico e as reiteradas precificações de um bem fundamental dotado única e exclusivamente de valor. Nesse sentido, Graf (2000, p. 51) sintetiza o valor inestimável que recai sobre a água: “além de ser um insumo indispensável à produção e um recurso estratégico para o desenvolvimento econômico, a água constitui um fator determinante na manutenção dos ciclos biológicos, geológicos e químicos que garante equilíbrio aos ecossistemas. É ainda um bem cultural e social indispensável à sobrevivência e à qualidade de vida da população”.

potencial, que acabam sendo apropriados, e, conseqüentemente, privatizados, impedindo a sua fruição pelas minorias vulneráveis.

Por outro lado, incluir a água potável no rol dos bens fundamentais sociais significa subtraí-la não apenas do mercado, mas da esfera do arbítrio estatal na tomada de decisões políticas e proposições legislativas prejudiciais aos grupos economicamente vulneráveis. Em razão disso, sendo a água potável um bem essencialmente fundamental, não deveria pertencer ao rol de bens patrimoniais, ao menos não sob a ótica do poder público, os quais ficam encarregados de seu fornecimento.

Para além disso, Ferrajoli (2011a, p. 77) propõe um tríplice estatuto de aplicação à sistemática de manutenção da água potável como bem fundamental: (a) a obrigação de sua distribuição não onerosa, a toda a população, de modo a garantir a satisfação do mínimo vital necessário, calculada de 40 a 50 litros diários por pessoa; (b) a proibição de sua destruição e consumo além de um limite máximo; (c) e a taxaçoão progressiva, enfim, ao consumo excedente ao limite mínimo, desde que respeitado um limite máximo.

Todavia, para proporcionar a fruição da água potável e garantir o mínimo vital a todos os indivíduos, há que se pensar em instituir, em nível internacional, uma instituição de garantia. Ferrajoli (2011a, p. 77) propõe a criação de uma Autoridade independente para a água potável,

Voltada à proteção dos recursos hídricos do planeta, ao controle de seu desperdício e de sua poluição, à taxaçoão dos consumos excedentes aos mínimos vitais e, sobretudo, à distribuição capilar para todos da água potável através da instalação no mundo inteiro de poços, aquedutos, fontes públicas, serviços hídricos e sistemas públicos de irrigação.

Uma proposta análoga é sugerida pelo jurista na tentativa de erradicar a fome no mundo, sendo o alimento tão essencial quanto a água potável, de modo a garantir aos indivíduos uma alimentação adequada na medida do mínimo vital. Para tanto, deve-se pensar em uma política alimentar que, em primeiro lugar, proteja e subvencione a agricultura dos países subdesenvolvidos, de modo a estimular o seu desenvolvimento, com o respaldo do Fundo Monetário Internacional que, atualmente, garante a proteção agrícola e as subvenções estatais para a agricultura dos países ricos e impõe a abertura do mercado aos países pobres. (FERRAJOLI, 2011a)

Da mesma forma, Ferrajoli (2011a, p. 78) elenca a importância de constituir uma instituição de garantia em nível internacional, que neste caso é a *Food and Agriculture Organization*, a qual deveria dispor de recursos para financiar as garantias no combate à fome, e, essencialmente, “ a distribuição gratuita dos alimentos em favor das populações famintas [...] trata-se de bens patrimoniais na medida em que excedam, para cada um, o mínimo vital, mas

de bens sociais na medida inferior a tal mínimo necessária à satisfação do direito fundamental à subsistência”.

A mesma proposta pode ser sugerida no âmbito de garantia dos medicamentos essenciais, os quais também compõem o rol de bens fundamentais, produzidos mediante o desenvolvimento científico e a tecnologia farmacêutica. São essenciais os medicamentos que satisfaçam as necessidades sanitárias da população, devendo, em razão disso, estarem disponíveis a qualquer momento a toda população, de forma não onerosa, em quantidade suficiente e na forma farmacêutica apropriada. (FERRAJOLI, 2011a)

Ocorre que alguns medicamentos e vacinas deixam de ser distribuídos em razão da ausência de demanda dos países ricos. Em outros casos, os medicamentos são patenteados e, portanto, tornam-se muito custosos para os países pobres. A consequência disso, além de não proporcionar o mínimo de igualdade na esfera de garantia do direito à saúde, é a grave omissão de socorro para os mais de “15 milhões de mortos por ano, vítimas, portanto, mais do que de doenças, das leis do mercado”. (FERRAJOLI, 2011a, p. 79)

Evidentemente, a Organização Mundial da Saúde também deveria dispor de recursos e funções de garantias necessários e à promoção desses bens fundamentais, visando a satisfazer o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana. Para isso, Ferrajoli (2011a, p. 80) propõe:

O financiamento público, internacional mais do que estatal, da pesquisa, sobretudo de doenças infecciosas e tropicais; a produção pública, por parte da OMS e o fornecimento gratuito aos países pobres de todos os medicamentos essenciais não mais produzidos por razões de mercado, a começar pelas vacinas, na medida exigida pela necessidade de cura e de prevenção; a exclusão ao patenteamento dos medicamentos essenciais, cuja produção e distribuição deveriam ser confiadas à esfera pública [...]; o controle público sobre os preços internacionais dos medicamentos e a previsão de preços políticos para os países pobres; a imposição às empresas farmacêuticas privadas, acompanhada talvez de incentivos e abatimentos fiscais, de distribuir gratuitamente aos governos dos países mais pobres ou aos seus hospitais uma parte de seus produtos.

Verifica-se, quando analisados os bens fundamentais supracitados – a água potável, o alimento e os medicamentos essenciais – que todos têm em comum vitalidade para a sobrevivência da pessoa humana com a devida dignidade. Além disso, a demanda por esses bens ultrapassa todo e qualquer limite geográfico, razão pela qual suas garantias de acesso devem, também, ultrapassar as fronteiras geográficas, na tentativa de estabelecer uma dimensão global de garantias.

As garantias dos bens fundamentais ora analisados correspondem a uma dimensão nova e inderrogável do constitucionalismo. Nova porque correlata ao desenvolvimento industrial e tecnológico, e impreterível porque consequentemente relacionada à lógica de mercado, o qual

não prorroga a sua expansão.³⁹ Verifica-se, portanto, o quão inadiável é promover as garantias dos bens fundamentais, de modo a originar um sério conflito não apenas entre Direito e desenvolvimento, mas, também, entre a dignidade da pessoa humana e os avanços do cenário mercadológico.

Diante disso, Ferrajoli (2011b) propõe a construção de uma política global⁴⁰, visto que ausente uma esfera pública à altura dos novos poderes privados transnacionais e seus impactos: a ameaça aos bens ecológicos, a crise da soberania dos estados, o deslocamento das grandes empresas fora de suas fronteiras e a exploração crescente do trabalho humano. O cenário global⁴¹ não apaga as desigualdades, sequer as contradições e necessidades que constituem a vida social nacional e mundial.

Para Ianni (1995, p. 127), ocorre justamente o oposto: “as mesmas condições que alimentam a interdependência e a integração, alimentam as desigualdades e contradições, em âmbito tribal, regional, nacional, continental e global [...] se reproduzem diversidade e desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais, em distintas gradações e múltiplos arranjos”. A consequência disso é a ausência de regulamentação efetiva, visto que o direito público origina um vácuo normativo que não pode sequer ser preenchido pelo direito privado.

Além da ausência de regulamentação, deve-se atentar para o fato de que não é o mercado, dada a sua natureza expansionista e capitalista, que produzirá uma esfera pública de tutela dos interesses da coletividade. Em que pese ser imprescindível o reconhecimento de que é de interesse do próprio mercado estabelecer uma esfera pública de dimensão global, é incoerente pensar que as empresas privadas se façam, de forma espontânea, instituições garantidoras do bem-estar da pessoa humana. Para Ferrajoli (2011a, p. 82):

³⁹ Para Ianni (1996, p.57), desde o término da Segunda Guerra Mundial (1945) e mais ainda desde a debacle do bloco soviético (1989), a globalização do capitalismo entra em uma espécie de novo ciclo. Ocorrem novos desenvolvimentos intensivos e extensivos do capital, como agente civilizador. Ele promove e recria surtos de acumulação originária, engendra nova divisão transnacional do trabalho e produção, espalha unidades produtivas por todo o mundo, informatiza processos de trabalho, modifica a estrutura da classe operária e transforma o mundo em uma imensa fábrica.

⁴⁰ Um dos dilemas das ciências sociais, no século XX, está em que elas se defrontam com um objeto que já não é mais o mesmo dos tempos de sua formação. Entre a sociedade nacional dos séculos XVIII e XIX e a sociedade global do século XX, há muitas diferenças qualitativas, e não só quantitativas. As mesmas carências, desigualdades, tensões, anomias, irracionalidades, greves, revoluções etc. que desafiaram os fundadores das ciências sociais reaparecem no século XX, mas com outros significados. Além de que se modificaram substancialmente, as sociedades nacionais, em termos sociais, econômicos, políticos e culturais, também desenvolveram nexos, relações processos e estruturas internacionais, mundiais, globais. (IANNI, 1995, p. 109)

⁴¹ Para Sato (2015, p. 9), o fenômeno da globalização trouxe consigo um novo paradigma. Nesse paradigma, os sentimentos de nacionalidade focados nas condições locais vêm, cada vez mais, dividindo espaço com os sentimentos de pertencimento a uma comunidade internacional. Os dilemas decorrentes dessa tendência tornaram-se pare inseparável da vida corrente das nações, influenciando de forma crescente as instituições políticas e sociais.

É impensável que os interesses gerais – como a paz, a segurança contra as causas sociais da criminalidade e do terrorismo, a conservação do planeta – sendo, a longo prazo, seguramente do interesse de todos e do próprio capitalismo, possam fazer parte do horizonte do capitalista individualizado; assim como seria impensável que o trânsito nas estradas ou a prevenção dos crimes, que claramente são do interesse de cada um, possam ser regulados e garantidos pela autonomia individual em vez de pela sinalização viária e normas penais, enquanto normas heterônomas de caráter geral e abstrato.

Não restam, portanto, alternativas plausíveis à objeção de um futuro repleto de catástrofes e miserabilidade senão a proposta de uma esfera pública planetária, imprescindível à garantia dos bens fundamentais. Essencialmente, a propositura de “uma esfera heterônoma em condições de assegurar, de um lado, a imunidade dos bens personalíssimos e comuns da sua apropriação e devastação; e, de outro, a distribuição e o acesso de todos aos bens sociais”. (FERRAJOLI, 2011a, p. 82)

Diante disso, a primeira medida a ser adotada, de caráter jurídico e institucional, é a positivação dos bens fundamentais em Cartas constitucionais e internacionais, bem como, a previsão normativa de suas garantias. Estas deverão ser promovidas e efetivadas mediante o reforço e a redefinição da competência e das funções das atuais instituições de garantias, a exemplo da *Food and Agriculture Organization* e da Organização Mundial da Saúde, já mencionadas. (FERRAJOLI, 2011a)

Além das instituições existentes, há que se proceder à criação de novas instituições de garantia primária, conforme sintetiza a teoria garantista, mas, neste caso, independentes e de caráter supranacional, visando à tutela do meio ambiente e à garantia de acesso de todos à água potável. Por conseguinte, deve-se pensar na criação de instituições jurisdicionais de garantia secundária, responsável por sancionar o inadimplemento e as violações das garantias primárias e assegurar o seu efetivo cumprimento. (FERRAJOLI, 2011b)

Para além das instituições de garantia, o plano institucional demanda a criação de um fisco mundial, dotado de poder supraestatal de taxaço. Este deve conservar a competência para buscar, além das políticas de auxílio já existentes – as quais, de acordo com Ferrajoli (2011a, p. 83) “são vergonhosamente carentes com respeito até aos esforços despendidos” – os recursos necessários ao financiamento das despesas sociais globais, mediante as ações propostas pelas instituições supranacionais de garantia antigas e novas.

Para Ferrajoli (2018, p. 41), o futuro de cada país, em especial dos países pobres, depende cada vez menos das políticas internas de cada Estado, mas, sim, das decisões externas, adotadas em caráter supraestatal ou por poderes econômicos globais: “mais precisamente, das políticas decididas pelas grandes potências e instituições internacionais controladas por elas –

o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, o próprio Conselho de Segurança da ONU – assim como das grandes empresas multinacionais”.

Ferrajoli (2011a, p. 83-84) propõe, ainda, uma medida de exação fiscal global para garantir a proteção dos bens comuns:

Estes bens – a atmosfera, o equilíbrio ecológico, o espaço aéreo, as órbitas satelitais, as bandas do éter, os recursos minerais do solo marinho – são bens de todos (“patrimônio comum da humanidade”, como dizem para cada um deles os Tratados internacionais), cujo uso, desfrute e dano tem acontecido até hoje a título gratuito [...] em vantagem dos países ricos que foram e ainda são seus principais usuários. [...] Os principais responsáveis pelo aquecimento global e suas enormes consequências danosas que recaem, sobretudo, nas populações pobres, são os países ricos, acrescidos do desenvolvimento industrial da China e da Índia, a metade das emissões de gases estufa. [...] Por estas emissões e pelos danos gravíssimos que acarretam à saúde e à sobrevivência de todos os pobres do mundo, existe uma responsabilidade jurídica, civil e não somente política, imputável aos países ricos e suas empresas. E existe, portanto, sobre a base de elementares princípios de direito privado, além da proibição, a obrigação de ressarcimento do dano atribuível a todos quantos hajam provocado tal dano.

A mera utilização dos bens comuns, por si só, deveria comportar a contraprestação pecuniária para sua utilização aos coproprietários, ou seja, à sociedade internacional. O ressarcimento pelos danos causados de caráter indenizatório, somados ao pagamento pela utilização dos bens comuns, seriam suficientes não apenas para o pagamento das dívidas externas dos países pobres, mas, também, para financiar toda a despesa social produzida pela nova esfera pública global. (FERRAJOLI, 2011a)

A segunda medida para construção de um ambiente público global visa ao desenvolvimento de um constitucionalismo a longo prazo e de grandes proporções. Para tanto, se faz necessário superar a esfera da desinformação, do desinteresse e da ignorância quanto às principais emergências globais, bem como, que sejam assumidos os interesses planetários como novo preceito do interesse público geral. Somente a conscientização geral sobre as intempéries do planeta e a gravidade dos problemas que afetam a pessoa humana pode, de fato, “promover uma política interna do mundo em condições de afrontar as tantas emergências planetárias”. (FERRAJOLI, 2011a, p. 85)

Esta sensibilidade deve ser fundada em um novo sentido de pertencimento global,⁴² estendido ao gênero humano como um todo, e na compreensão de certos problemas políticos

⁴² Para Ferrajoli (2011, p. 85), os maiores adversários da instituição de um mundo globalizado são os governos dos países mais ricos, “que têm defendido um arranjo capitalista mundial fundado sobre a desigualdade, sobre as soberanias nacionais, sobre o fechamento das fronteiras aos fluxos migratórios, sobre a ausência de limites ao mercado e ao desenvolvimento industrial e sobre um substancial isolacionismo do Ocidente; enquanto os mais ferrenhos defensores do globalismo jurídico têm sido os jovens que no mundo todo têm se mobilizado, por ocasião das cúpulas do G8, na reivindicação da paz, na defesa do meio ambiente, na rejeição do atual modelo de desenvolvimento insustentável e na exigência de uma regulação dos mercados, de uma maior justiça distributiva

primários como interesses públicos vitais e universais, e, por isso, ligados a todos os indivíduos de todas as formas. Sendo, portanto, interesses comuns, que ultrapassam as limitações geográficas, se deve garantir não apenas a preservação e fruição plena dos bens comuns, mas, também, dos bens sociais, dos quais depende, precipuamente, a sobrevivência da espécie humana pautada na dignidade.

e da igualdade nos direitos fundamentais de todos os seres humanos prometida por tantas cartas constitucionais e internacionais”.

3 O TRATAMENTO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NA AMÉRICA DO SUL

3.1 Cooperação internacional sul-americana em matéria de águas e o pensamento complexo como premissa para a elaboração de políticas públicas comuns

A integração entre os Estados vem sendo uma forte tendência no mundo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. O principal objetivo desses processos integracionais é estabelecer mecanismos de fortalecimento e cooperação mútua entre as mais diversas regiões, visando à construção de instrumentos para superar os desafios econômicos, políticos e sociais. A intensificação das integrações ocorreu principalmente após a década de 80 e o fim da Guerra Fria, momento em que a globalização passou a difundir novos desafios aos Estados. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

Com a superação dos regimes ditatoriais e as reivindicações da democracia, a união de diferentes Estados soberanos na tentativa de superar problemas comuns dentro de suas comunidades passou a ganhar força. Os efeitos da globalização seriam mais amenos e o desenvolvimento econômico interno – e até mesmo externo – seria fortalecido mais facilmente se houvesse uma cooperação entre os Estados e a construção de economias em maior escala. (FREGAPANI, 2000)

Dentro desse contexto, implementar uma estrutura que privilegiasse o livre intercâmbio de bens, serviços, pessoas e capitais, proporcionaria um ambiente mais favorável à industrialização e ao fortalecimento econômico de cada Estado para competir no mercado internacional. Nesse sentido, a forte tendência nacionalista refletida nas políticas regionais da década de 70 foi deixada de lado para que alguns projetos integracionistas fossem instituídos e outros passassem a ser aprofundados no âmbito dos países sul-americanos. (FREGAPANI, 2000)

A América do Sul é detentora da maior bacia hidrográfica do mundo, a Bacia Amazônica⁴³, além da Bacia do Prata⁴⁴ – sem prejuízo de outras bacias menores – e possui um grande potencial hídrico em razão dos aspectos climáticos que predominam nos territórios de climas úmidos e de altos índices pluviométricos. Haja vista tratar-se de duas grandes bacias hidrográficas transfronteiriças e o momento propício de integração entre Estados, foram criados

⁴³ O território da Bacia Amazônica abrange uma área de aproximadamente 7 milhões de quilômetros quadrados. (OTCA, s/d) O Brasil tem jurisdição sobre cerca de 70% da Bacia Amazônica. Países como o Peru, Bolívia, Equador e Colômbia têm altos percentuais de territórios amazônicos, donde pouco mais de 60% do território brasileiro é amazônico. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013, p. 134)

⁴⁴ O território da Bacia do Prata abrange uma área de aproximadamente 3 milhões de quilômetros quadrados. (CIC, s/d)

dois projetos de cooperação na esfera da jurisdição internacional que envolvem a proteção e o desenvolvimento conjunto das águas. (MORAES, 2013)

No âmbito da Bacia Amazônica há o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), promulgado no Brasil mediante o Decreto nº 85.050, em 18 de agosto de 1980. Quanto à Bacia do Prata, há o respectivo Tratado da Bacia do Prata, promulgado mediante o Decreto nº 67.804, em 19 de agosto de 1970. A elaboração desses tratados foi influenciada por fortes ideais eminentemente nacionalistas, os quais visavam à afirmação da propriedade dos recursos naturais e hídricos das referidas regiões perante o restante do mundo. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

Assinado em Brasília por oito países – Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela – o TCA é um instrumento de natureza técnica que visa à promoção de esforços e ações conjuntas para o desenvolvimento harmônico e integrado dos territórios amazônicos, para a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios. Todavia, a fim de ratificar as propriedades estatais, o TCA dispõe quanto à soberania dos Estados e o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais de seus respectivos territórios. (BRASIL, 1980)

Apesar de há anos existirem disputas políticas entre os países da América do Sul, o secular interesse internacional⁴⁵ pela Amazônia fez com que a fauna, a flora e as águas dos territórios amazônicos fossem essencialmente amparadas por uma estrutura político-institucional mais protetiva para a região. Bernardo Cabral (2005) atenta para a cobiça internacional pela Amazônia oriunda de temas de interesse universal, a exemplo do meio ambiente, dos povos indígenas, do clima, do narcotráfico, do desflorestamento e, recentemente, do problema da escassez da água.

O avanço das discussões e a busca por soluções para manutenção do meio ambiente foram somadas à constatação de que o desmatamento da Amazônia seria um dos principais problemas para promover a restauração do meio ambiente humano. Nesse sentido, a criação do TCA adveio de uma necessidade mais evidente e imperiosa em um ato conjunto dos países

⁴⁵ Investidas internacionais ao longo dos anos demonstram o forte interesse de outros países pela região. Nos anos 30, o Japão chegou a propor que se fizesse uma redistribuição da população mundial, instalando-se na Amazônia os excedentes de outros locais. Em 1948, a ONU, por intermédio da UNESCO, propôs a criação do Instituto Internacional da Hileia Amazônica. Este seria um órgão de pesquisas científicas, cujo objetivo final era a desapropriação da Amazônia, com a consequente perda da jurisdição territorial do Brasil sobre esta. A administração da Amazônia pertenceria a uma entidade internacional. Nos anos 60, a investida adveio do Instituto Hudson, dos Estados Unidos [...] que previa a construção de sete grandes lados na Amazônia [...] A ideia seria estimular a navegação entre as bacias dos rios, sendo uma nova variante do Canal do Panamá de que especialmente os Estados Unidos se serviriam para facilitar o seu comércio. (CABRAL, 2005, p. 6)

amazônicos visando à solução do problema em defesa da soberania nacional de cada um e, sobretudo, em defesa da Amazônia. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

Foram estabelecidos diversos temas para a cooperação entre os países, especialmente no que tange à promoção de pesquisas científicas e intercâmbio de informações instituído por um sistema regular quanto às medidas adotadas por cada Estado em seus territórios amazônicos. A manutenção do equilíbrio ecológico e dos serviços de saúde, o desenvolvimento econômico e social da região, o aprimoramento das condições sanitárias e a conservação das riquezas etnológicas e arqueológicas também constituem medidas de integração dos territórios e desenvolvimento da Bacia Amazônica. (BRASIL, 1980)

Ocorre que o TCA ficou inativo por aproximadamente 20 anos, razão pela qual procedeu-se à sua renovação mediante a criação da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA)⁴⁶, com a finalidade de fortalecer e implementar os objetivos do TCA. Esta organização foi instituída por meio do Protocolo de Emenda ao TCA, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.387, de 25 de setembro de 2002, assumindo atribuições de coordenação e de concretização do tratado. (BRASIL, 2002) Atualmente a organização possui 6 projetos em execução.⁴⁷

Quanto ao Tratado da Bacia do Prata – subscrito pelo Brasil, Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai – este também estabelece a promoção de esforços para estimular o

⁴⁶ Trata-se de uma organização intergovernamental, formada pelos oito países que assinaram o TCA, que trabalha em diferentes dimensões: político-diplomática, estratégica e técnica, criando sinergias entre governos, organizações multilaterais, agências de cooperação, sociedade civil organizada, movimentos sociais, comunidade científica, setores produtivos e a sociedade como um todo, no âmbito da implementação do TCA. (OTCA, S/d)

⁴⁷ I - Apoio ao programa de biodiversidade da OTCA no âmbito da CDB na América Latina: trata-se de um projeto de cooperação técnica financiado pelo Ministério Federal de Cooperação e Desenvolvimento Econômico da Alemanha (BMZ) e executado pela GIZ. O projeto presta apoio à Secretaria Permanente da OTCA e a seus Países Membros no desenvolvimento e adoção de um marco estratégico/programa regional consensual para o uso sustentável e a conservação da diversidade biológica da floresta amazônica; II – Bacia Amazônica: tem por objetivo coordenar o desenvolvimento e a gestão da água, terra e outros recursos para maximizar o desempenho econômico e o bem-estar social sem comprometer o meio ambiente, tornando visíveis os fluxos contínuos de água, flora, fauna, sedimentos, poluição, biota e outros recursos; III – Planos de contingência para a proteção da saúde dos povos indígenas altamente vulneráveis e em contato inicial: busca consolidar uma ação de cooperação em territórios de fronteira da Bacia Hidrográfica do Rio Amazonas que permita criar um contexto favorável para mitigar os impactos da COVID-19 e as ameaças das doenças tropicais emergentes e endêmicas nos povos indígenas; IV – Apoio à elaboração e implementação da Agenda Estratégica de Cooperação Amazônica: a Agenda é o instrumento estratégico e orientador para a implementação de iniciativas e atividades de cooperação para alcançar o desenvolvimento sustentável da Região Amazônica, cujo horizonte de implementação de oito anos deu início em 2011 e foi concluído em 2018. Atualmente, a AECA 2020-2030, encontra-se em processo de revisão e sua validação depende de consultas e diálogos entre os Países Membros da OTCA; V – Ação regional na área de recursos hídricos: o projeto foi iniciado em 2012 no contexto da Cooperação Sul-Sul para fortalecer a integração e a cooperação técnica entre os Países Membros com relação à gestão dos recursos hídricos na Bacia Amazônica, buscando uma maior nivelção nas capacidades instaladas das entidades envolvidas com relação a este tema; e VI – Gestão, monitoramento e controle de espécies de fauna e flora silvestres ameaçadas pelo comércio: a finalidade deste projeto é contribuir para a conservação da Biodiversidade Amazônica e especialmente das espécies incluídas na Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas de Fauna e Flora Silvestres (CITES). (OTCA, s/d)

desenvolvimento harmônico e a integração física da bacia, estipula igualmente a realização de estudos quanto à utilização racional dos recursos hídricos e ao aproveitamento dos recursos naturais, incentiva a cooperação em matéria de saúde e o desenvolvimento econômico da região. O Tratado instituiu o Comitê Intergovernamental Coordenador (CIC), sediado em Buenos Aires, como órgão permanente de coordenação das ações multinacionais voltadas para o desenvolvimento integrado da Bacia do Prata. (BRASIL, 1970)

Verifica-se em ambos os Tratados a presença dos princípios gerais da unicidade da bacia, da cooperação internacional, da utilização racional e equitativa dos recursos hídricos, da proibição de dano substancial ou sensível, do desenvolvimento sustentável e da gestão participativa dos Estados. (SELL, 2006) Dentre as regras procedimentais estão a troca de informações, notificação prévia, consulta e negociação, consentimento prévio e resolução pacífica de possíveis conflitos.

Todavia, não há, no âmbito internacional dos países da América do Sul, qualquer menção à natureza de direito humano ao acesso à água potável. Pelo contrário, denota-se, no âmbito desses tratados, uma forte influência do paradigma desenvolvimentista, cujas principais preocupações remetem à utilização das bacias para fins energéticos e de transporte:

No apanhado geral, o que se constata é uma crise de correspondência entre os valores consubstanciados no direito humano à água potável e a realização prática nos países sul-americanos, seja das atividades decorrentes das políticas públicas, seja através dos respectivos marcos regulatórios que fundamentam aquelas. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013, p. 32)

Diante de tal crise cognitiva, o pensamento complexo de Edgar Morin (1997) – embora proveniente de uma matriz teórica distinta – pode contribuir para a propositura de novas soluções. No contexto da chamada pós-modernidade, em que se pressupõe a relativização de valores e a superação de verdades absolutas, surge o paradigma da complexidade, superando o pensamento científico cartesiano, fundado no paradigma da simplificação e amparado pela especialização das ciências, visando à obtenção de resultados mais detalhados. O pensamento complexo propõe uma visão multifacetária do conhecimento, de modo a interligar partes que antes estavam separadas:

O método linear, embora tenha sido adequado para explicar os fenômenos naturais, sempre enfrentou dificuldades diante de problemas tipicamente humanos. O pensamento complexo propõe analisar a realidade como um tecido de eventos interligados entre si que constituem nosso mundo fenomênico. O pensamento complexo reconhece a impossibilidade de apreensão do todo, mas não se convence apenas com a proposta de divisão e simplificação. Assim, ele permite que os problemas sejam mais bem formulados à luz de uma matriz maior, sem afastar, contudo, a proposta cartesiana. Sem se resumir à teoria dos sistemas, propõe um diálogo e uma dialética constante entre o todo e as partes que o compõem. Vê-se,

assim, que o pensamento complexo não propõe extirpar o projeto inicial do cartesianismo, aproveitando o que é útil, mas reconhecendo não ser bastante para a obtenção de conhecimento. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013, p. 32)

Nesse sentido, o pensamento complexo propõe a autorregulação do sistema, de modo a constituir a interferência recíproca dos diversos componentes em que a ação de uma das partes modifica os demais elementos e o próprio campo a que se destina, modificando tanto a parte como o todo. Para Morin (1997), a proposta do pensamento é transdisciplinar, de abertura dos conhecimentos para um saber mais plural e de matrizes diversificadas, cujas características pressupõem a interação e a retroação das percepções:

O pensamento complexo propõe ainda a revalorização do conhecimento científico mediante o reconhecimento da existência e da impossibilidade de controle das incertezas e do caos presentes na realidade e o reconhecimento das impossibilidades dentro do processo científico, para buscar aprimorar resultados. Embora proponha o conhecimento da complexidade dos fenômenos reais, inserindo a aleatoriedade, a incerteza e o caos, não significa o fim da simplicidade. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013, p. 33)

É nesse sentido que o pensamento complexo pode ser contextualizado no problema das políticas públicas de acesso à água potável no âmbito da América do Sul, merecendo destaque o enfoque proposto pelas teorias gaianistas e pachamamistas⁴⁸ relativamente à questão ambiental. As teorias propõem reflexões quanto à posição do ser humano em relação à própria Terra enquanto sistema auto-eco-organizador, da qual teve sua origem e, conseqüentemente, da qual nunca poderá se dissociar. (ZAFFARONI, 2010) Algumas premissas devem ser ponderadas para melhor compreender a realidade:

a) natureza animal do homem: embora o ser humano seja um dos elementos essenciais para o processo de conhecimento, uma vez que se coloca como sujeito cognoscente, e tenha se tornado desde a Idade Moderna o elemento central das próprias preocupações [...] ele não pode deixar de reconhecer sua condição animal. Nesse sentido, integrando a natureza na condição de espécie (*homo sapiens*), não pode se desvincular de necessidades que são, em última instância, biológicas, como ocorre, especialmente, com a água (somos feitos majoritariamente de água); b) implicação recíproca homem – ambiente: até mesmo como decorrência da condição animal do ser humano, os homens estão sistemicamente ligados ao meio ambiente de tal forma que nossas condutas acarretam, mesmo que de uma maneira obscura e difusa e com difícil estimativa de impactos, interferências no meio em que vivem. Em contrapartida, o meio ambiente responde a tais mudanças, em formas mais ou menos causais, transmitindo a simbiose entre homem e ambiente como condição de possibilidade daquele; c) ciclo e fluxo da água: sob uma perspectiva hidrológica, deve-se ter em consideração que os recursos hídricos possuem duas características peculiares que não podem ser desprezadas. Uma delas é o caráter cíclico dos recursos:

⁴⁸ Para a Teoria de Gaia, os seres vivos exercem influência em todo o ambiente em que estão inseridos, possibilitando ao ecossistema desenvolver uma autorregulação sistêmica capaz de manter o equilíbrio propício ao surgimento e à sustentação da vida. Quanto à Teoria Pachamamista, esta estabelece um novo formato de relação entre a Terra e o ser humano, referindo o meio ambiente em que o indivíduo está inserido não apenas como bem de uso para sobrevivência da espécie, mas, sim, como sujeito de direitos que demanda maior proteção, haja vista sua capacidade de autorregulação. (ZAFFARONI, 2010)

as águas fluviais decorrem de precipitações das nuvens, que, por sua vez, são formadas a partir da evaporação da própria água, especialmente da água do mar; também as águas subterrâneas, embora sejam menos adequadas para o consumo humano, possuem interações permeáveis seja com as águas fluviais, que contribuem para a formação dos aquíferos, seja com as águas marítimas, devido à porosidade dos solos e pelo impacto das marés. A outra característica é a condição que as águas possuem de percorrerem os mesmos caminhos, cuja consequência mais importante está em que os líquidos que são devolvidos ao meio ambiente podem integrar a fonte de água para elas ou para outras pessoas; d) pensar globalmente, agir localmente (glocal): um último fator de compreensão do problema, especialmente para a adoção de políticas públicas, é que há a necessidade de que elas sejam pensadas de forma ampla, uma vez que as águas, numa perspectiva ambiental, desconhecem fronteiras e frequentemente assumem dimensões regionais, nacionais e internacionais. Contudo, apesar da amplitude da questão, é preciso trabalhar em todos os níveis, desde o âmbito local, passando pelos demais – regional, da bacia hidrográfica etc. – e definindo estratégias específicas para cada nível. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013, p. 34)

A partir de tais premissas, sustenta-se que o pensamento complexo pode contribuir de forma efetiva para a implementação do direito humano à água potável mediante a criação de políticas públicas comuns, uma vez que envolvem variáveis localizadas em diversos níveis de funcionamento. Sem uma reflexão conjunta dos países sul-americanos e uma mudança evidente do cenário, não há como cogitar a efetivação do acesso à água potável. Alguns elementos que intervêm na estrutura jurídico-política dos sistemas servem de reflexão à integração proposta. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

O primeiro elemento reflexivo é oriundo da ratificação do princípio da solidariedade, o qual deve estar presente em todos os níveis interpolíticos. Decorrente de uma ideia de fraternidade, o princípio da solidariedade deve estar presente – de forma explícita ou implícita – nos ordenamentos jurídicos sul-americanos, visando a nortear a cooperação interfederativa. Para além disso, é necessário estabelecer um viés solidário internamente em cada país, nas relações entre comunidades e regiões nacionais a fim de garantir o acesso à água potável em qualidade e quantidade suficientes para todas as pessoas. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

Outra perspectiva que merece destaque é a crise mundial da água e a consequente – e necessária – formulação de um paradigma ético da água com compreensão biocêntrica. Nesse sentido, deve-se reconhecer que a água possui uma perspectiva não apenas política, mas, também, epistêmica, a qual pressupõe uma relação de complementaridade entre homem e natureza. Uma nova ética da água passa a ser relevante, com matriz fortemente biocêntrica, procedendo ao compartilhamento de responsabilidades distintas que visem à sustentabilidade ecossistêmica. (WOLKMER, 2011)

O terceiro viés reflexivo propõe estabelecer um mandamento fundamental de não poluição ao lado dos regimes de utilização da água, seja por meio de esgotos que não possuem o tratamento adequado, seja por lixo urbano. É importante atentar para o fato de que as águas não devem ser um meio de transporte daquilo que o homem rejeita, mas, sim, condutoras de

saúde e vida para as comunidades integrantes do ciclo hídrico. Haveria, nesse sentido, a possibilidade de chamar o cidadão para assumir tal responsabilidade ao lado do Poder Público, visto que as consequências lesivas são provocadas muitas vezes por pequenas medidas individuais. (WOLKMER, 2012)

Na mesma perspectiva, deve-se destacar o dever do Estado e da população de reproduzir no presente e para as futuras gerações uma educação ambiental pautada no valor intrínseco das águas para um meio ambiente natural e saudável, de modo a estimular a reprodução de boas práticas humanitárias de sustentabilidade. É necessário que o direito humano à água potável seja concebido não apenas em uma dimensão ética superior, mas também nas bases de ações sociais. (WOLKMER, 2012)

Ao lado de tais elementos reflexivos devem ser fortalecidos os instrumentos de cooperação regional sul-americanos. Os tratados até então realizados, haja vista terem sido propostos sob um olhar eminentemente comercial na utilização das águas, retiram o valor intrínseco existente nesse recurso como necessidade humana fundamental e como direito humano. Propostas de cooperação pautadas especialmente nos avanços econômicos perdem grande parte de sua importância e de capacidade de efetivação. (MARQUES JÚNIOR; MELO, 2013)

Nesse sentido, reconhecer a complexidade e a gravidade do problema e do atual cenário ambiental pode sugerir, por meio do pensamento complexo, a formulação de novas reflexões e soluções para a valoração do direito humano à água potável na América do Sul. As premissas de solidariedade e cooperação são multiníveis, que vão desde a conduta individual do cidadão às relações internacionais. A revalorização das águas sob uma perspectiva garantista de cooperação internacional do mínimo vital pode ser um fator de coalizão mais evidente e efetivo à concretização da solidariedade regional.

3.2 O direito à água nas Constituições da América do Sul

Em que pese o reconhecimento internacional do direito humano à água potável mediante a Resolução da Assembleia Geral da ONU, esta não possui efeito juridicamente vinculante, sendo projetada apenas como um compromisso político entre os Estados. Por essa razão, o reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável não é uma realidade em muitos

países. A fim de elucidar as disposições constitucionais sul-americanas analisadas⁴⁹ neste trabalho, verifica-se que existem três grupos de países nessa região.

O primeiro⁵⁰ grupo abrange os Estados que efetivamente reconhecem a água como um direito fundamental em seus textos constitucionais. O segundo⁵¹, aqueles que não reconhecem esse direito de forma expressa, mas preveem a prestação de políticas públicas para a água. E, por fim, o terceiro⁵² grupo que elenca os Estados que silenciam quanto ao direito fundamental e, também, quanto às políticas públicas no âmbito deste setor, mas reconhecem a proteção e a manutenção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na Constituição do Uruguai o acesso à água potável é expressamente previsto pelo artigo 47 como *direito humano fundamental*, que dispõe que a água é um recurso natural essencial para a vida. A política nacional de águas será baseada na conservação e na proteção do meio ambiente, na recuperação da natureza, na gestão sustentável e solidária com as futuras gerações, no controle dos recursos hídricos, e no princípio por meio do qual a prestação dos serviços de distribuição de água potável deverá priorizar razões de natureza social sobre as de natureza econômica. Qualquer autorização, concessão ou permissão que violar tais premissas, deverá ser considerada nula e sem efeito. (URUGUAY, 1966)

O reconhecimento desse direito ocorreu no ano de 2004, por meio de uma reforma constitucional realizada mediante referendo popular, com 64% dos votos expressos. A iniciativa desse referendo foi proposta pela *Comisión Nacional de Defensa del Agua y de la Vida* (CNDAV), criada em 2002 com a finalidade de contrapor as determinações do FMI e do poder público do Uruguai que visavam à privatização dos serviços de distribuição de água potável e saneamento em todo o país. Essa mobilização política levou o país a ser o primeiro do mundo a reconhecer o direito humano e fundamental à água potável em um texto constitucional e determinar a participação cidadã no controle e na gestão dos recursos hídricos. (ARROJO, 2006)

A Constituição do Equador também preconiza de forma expressa, em seu artigo 12, que o acesso à água é fundamental, irrenunciável e pressuposto para uma vida digna, elencando-a no capítulo intitulado *Direitos do Bem Viver*. A água é qualificada pelo texto constitucional como patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, inembargável

⁴⁹ Foram analisados nesta pesquisa os textos constitucionais de 12 países da América do Sul: Brasil, Uruguai, Equador, Bolívia, Colômbia, Chile, Guiana, Suriname, Peru, Paraguai, Argentina e Venezuela. A temática das águas no âmbito do Brasil será mais bem analisada no capítulo III deste trabalho.

⁵⁰ Uruguai, Equador e Bolívia.

⁵¹ Brasil e Colômbia.

⁵² Chile, Guiana, Suriname, Peru, Paraguai, Argentina e Venezuela.

e essencial para a vida, impondo ao Estado o dever de garantir a seus habitantes o acesso à água. Trata-se de um bem de suma importância, juntamente com a terra e outros recursos produtivos que têm a finalidade de garantir a soberania alimentar. (ECUADOR, 2008)

O texto dispõe que é competência dos municípios a prestação de serviços públicos de distribuição de água potável, sendo vedada sua paralização. Ainda, proíbe expressamente a privatização dos recursos hídricos e suas fontes e estabelece como função estatal a regulamentação quanto ao manejo de águas para a produção de alimentos em consonância com os princípios da equidade, eficiência e sustentabilidade ambiental. Além de pública, a gestão da água deve ser comunitária, devendo o Estado apoiar tal funcionamento mediante o incentivo de alianças entre os entes públicos e a comunidade na prestação dos serviços. (ECUADOR, 2008)

Nesse mesmo sentido é a Constituição da Bolívia, que já no preâmbulo remete a inspiração de seu texto às lutas do passado, à sublevação indígena e anticolonial, à guerra da água em Cochabamba que marcou o país no início do século XX, referindo que visa à construção da convivência coletiva entre diferentes povos com o devido acesso à água potável. Dentro do rol de direitos fundamentais, o artigo 16 preconiza que toda pessoa tem direito à água, cujo acesso deve se dar de forma universal e equitativa. (BOLÍVIA, 2009)

Da mesma forma que a Constituição do Equador, a Carta boliviana prevê a impossibilidade de concessão ou privatização desse recurso, que está sujeito a regimes de licença e registro, sendo que sua administração, enquanto serviço básico, cabe às empresas públicas. O texto preconiza que é competência conjunta de todos os entes políticos a atuação com a finalidade de proteger os recursos hídricos e as bacias hidrográficas, além de dispor que as regiões de autonomia campesina e indígena podem exercer o controle sobre seus sistemas hídricos e fontes de água. (BOLÍVIA, 2009)

Há um capítulo designado apenas para tratar dos recursos hídricos, em que a água é qualificada não como um direito fundamental, mas, sim, fundamentalíssimo para a vida, consubstanciado na soberania do povo. Deve o Estado promover o uso e o acesso à água potável com base nos princípios da solidariedade, complementariedade, reciprocidade, equidade, diversidade e sustentabilidade, garantir o uso prioritário da água no âmbito de uma gestão adequada e sustentável, e resguardar as águas fronteiriças e transfronteiriças, com a finalidade de conservar a riqueza hídrica e a integração dos povos. (BOLÍVIA, 2009)

Com a finalidade de alcançar a cobertura universal de distribuição de água potável, a Constituição do Peru, por meio da Lei de Reforma Constitucional, de 22 de junho de 2017, incorporou o artigo 7-A ao seu texto constitucional, reconhecendo o direito universal e progressivo de toda pessoa de acesso à água potável, devendo o Estado garantir este direito e

priorizar o consumo humano sobre outros usos. Além disso, o texto reconhece a água como um recurso natural essencial, e, como tal, constitui um bem público e patrimônio da nação, cujo domínio é inalienável e imprescritível. (PERU, 1993)

O texto constitucional também assegura que todos têm o direito de gozar de um ambiente equilibrado e adequado ao desenvolvimento da vida, designando ao Estado o dever de promover a conservação da diversidade biológica, das áreas naturais protegidas e o desenvolvimento sustentável da Amazônia com uma legislação adequada. Os recursos naturais, renováveis e não renováveis, são patrimônios da nação, sendo o Estado soberano quanto ao seu aproveitamento. (PERU, 1993)

As quatro constituições supracitadas são referências no que tange ao reconhecimento do direito fundamental – ou fundamentalíssimo – de acesso à água potável no âmbito da América do Sul. Tais países propuseram um novo modelo de desenvolvimento – sobrepondo o bem-estar social aos avanços essencialmente mercadológicos – reconhecendo suas culturas milenares e estabelecendo como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico a preservação da natureza em todas as suas dimensões em prol da dignidade da pessoa humana.

Os países do segundo grupo estabelecem competências e políticas públicas referentes aos recursos hídricos em seus textos constitucionais, mas não qualificam o acesso à água potável como direito fundamental. O Brasil está neste grupo, cuja Constituição Federal determina, em seu artigo 21, inciso XIX, que é competência da União instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga do direito de uso. Tal dispositivo foi regulamentado apenas em 1997 quando da promulgação da Lei nº 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. (BRASIL, 1988)

Também integra o segundo grupo a Colômbia, cujo texto constitucional dispõe, em seu artigo 366, que o bem-estar geral e o melhoramento da qualidade de vida da população são finalidades sociais do Estado, sendo objetivo fundamental de sua atividade a solução das necessidades relativas à saúde, educação, saneamento ambiental e água potável. Para tais efeitos, no âmbito de efetivação de políticas públicas e planos nacionais, o gasto público social tem prioridade sobre demais áreas. (COLOMBIA, 1991)

Por fim, cumpre elencar os países do terceiro grupo que silenciam quanto ao reconhecimento do direito fundamental à água potável e a proteção dos recursos hídricos mediante a instituição de políticas públicas, reconhecendo apenas a proteção ao meio ambiente. Neste rol encontram-se todos os demais países da América do Sul. A Constituição do Chile prevê, em seu artigo 19, o direito a viver em um meio ambiente livre de contaminação, sendo

dever do Estado velar para que este direito não seja afetado e tutelar a preservação da natureza. (CHILE, 1980)

A Constituição da Guiana preconiza, em seu artigo 149J, que todos têm direito a um meio ambiente que não seja prejudicial à sua saúde ou ao seu bem-estar. (GUYANA, 1980) A Constituição do Suriname atenta para o potencial desenvolvimento de seu próprio meio ambiente e o aumento da capacidade de expandir esse potencial, sendo um objetivo social do Estado criar e melhorar as condições necessárias para a proteção da natureza e a preservação do equilíbrio ecológico. (SURINAME, 1987)

A Constituição do Paraguai determina, nos artigos 7º e 8º, que toda pessoa tem direito a habitar em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, sendo objetivos prioritários de interesse social a preservação, a conservação, a recomposição e o melhoramento do ambiente, assim como sua conciliação com o desenvolvimento humano integral. Tais propósitos devem orientar a legislação e a política governamental. (PARAGUAY, 1992)

A reforma constitucional da Argentina de 1994 também incluiu em sua Carta dispositivos de proteção ambiental no artigo 41, no sentido de que todos os habitantes gozam do direito a um meio ambiente são, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as futuras gerações, sendo dever de todos a sua preservação. É de responsabilidade do poder público a proteção desse direito, a fiscalização da utilização racional dos recursos naturais, a preservação do patrimônio natural, da diversidade biológica e a promoção de políticas públicas que visem à educação ambiental. (ARGENTINA, 1994)

Por fim, a Constituição da Venezuela dedica três dispositivos à temática ambiental. O artigo 127 estabelece como direito e dever de cada geração proteger e manter o ambiente em benefício de si mesma e do mundo futuro, sendo que toda pessoa tem o direito individual e coletivo de disfrutar de uma vida e um ambiente seguro. É obrigação fundamental do Estado, com a participação ativa da sociedade, garantir que a população se desenvolva em um ambiente livre de contaminação, onde o ar, a água, o solo, o clima, a camada de ozônio e as espécies vivas sejam especialmente protegidos. (VENEZUELA, 1999)

O artigo 128 do texto constitucional venezuelano dispõe que compete ao Estado desenvolver uma política de organização territorial que atenta às realidades ecológicas, geográficas, populacionais, sociais, culturais, econômicas e políticas de acordo com as premissas do desenvolvimento sustentável. As atividades suscetíveis de gerar danos aos ecossistemas devem ser previamente acompanhadas de estudos de impacto ambiental e sociocultural, conforme artigo 129, sendo dever do poder público impedir a entrada ao país de

itens tóxicos e perigosos, assim como a fabricação e o uso de armas nucleares, químicas e biológicas. (VENEZUELA, 1999)

Considerando a análise das constituições sul-americanas, verifica-se que o reconhecimento da água como direito fundamental ocorreu nas mais recentes reformas constitucionais ocorridas no século XXI. Por outro lado, os textos constitucionais e suas respectivas reformas promulgados até o ano de 1999, foram limitados a preconizar o direito e a proteção ao meio ambiente e as premissas de políticas públicas para a preservação e conservação dos recursos hídricos e seus territórios nacionais. Alguns países que não incluíram o acesso à água potável no rol de direitos fundamentais de suas Cartas estão em vias de fazê-lo mediante emendas constitucionais, como é o caso do Brasil, que será objeto de análise no próximo capítulo, e da Colômbia⁵³.

Entretanto, não se pode olvidar que há um elemento comum entre as constituições da América do Sul: nenhuma delas silencia quanto à proteção ao meio ambiente. Verifica-se, portanto, que o constitucionalismo sul-americano é marcado pela temática ambiental, isto é, pela constitucionalização da proteção e conservação do meio ambiente. Apesar de cada texto possuir uma abordagem distinta de proteção, é evidente que se trata de uma preocupação política fundamental e comum aos países sul-americanos. No âmbito dessa ampla premissa protecionista, a temática da água está subentendida, mesmo que de forma implícita, na medida em que os recursos hídricos, de forma geral, constituem objeto de reflexão e cuidado ao meio ambiente.

3.3 O acesso à água potável na América do Sul: uma análise empírica

3.3.1 Orientações metodológicas

A pesquisa adentrará agora em uma análise empírica acerca dos litígios e suas respectivas decisões das mais altas cortes de alguns países sul-americanos a partir do estudo realizado em suas constituições. Para tanto, será utilizada a abordagem do tópico anterior: serão analisadas as demandas das cortes superiores de dois países do grupo 1 (cujos textos constitucionais reconhecem o direito à água potável como um direito fundamental de forma explícita), dois países do grupo 2 - cujas constituições preveem competências e a prestação de políticas públicas no âmbito dos recursos hídricos, mas não o direito à água potável no rol de

⁵³ O Projeto de Ato Legislativo nº 14/2017, propõe incluir o artigo 11-A no texto constitucional colombiano, dispondo que todo ser humano no território nacional tem direito à água, em condições de acessibilidade, qualidade e disponibilidade. Seu uso prioritário é o consumo humano sem detrimento de sua função ecológica, para o qual o Estado garantirá a proteção e a recuperação dos ecossistemas do recurso hídrico conforme o princípio da progressividade. (COLOMBIA, 2017)

direitos fundamentais -, e dois países do grupo 3, cujas cartas apenas reconhecem a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O procedimento se deu com a coleta de decisões nas plataformas virtuais dos tribunais superiores de cada país sul-americano dos grupos acima descritos, com base nos links disponibilizados na plataforma do Supremo Tribunal Federal⁵⁴. Foram utilizados os termos de busca “água potável”, “acesso à água”, “direito fundamental” e “direito humano”, coletando-se a integralidade dos acórdãos registrados na ferramenta de busca de cada tribunal, totalizando 38 julgados a partir 1º de janeiro de 2017 até 1º de julho de 2022.

A partir da coleta das decisões, o próximo passo será a investigação dos julgados, com olhar específico à presença e utilização da abordagem garantista de acesso à água potável à população. A abordagem que se realizará, portanto, é essencialmente expositiva, centrada na observação de como se posicionam alguns tribunais superiores da América do Sul quanto à temática dos recursos hídricos e sua principal função na sociedade. Considerando o estudo elencado no primeiro capítulo desta pesquisa e a análise já proposta das respectivas constituições, o esperado é que as narrativas dos julgados apresentem ao menos alguns resquícios significativos da função primordial das águas: o desenvolvimento humano e a garantia de uma vida digna.

3.3.2 Grupo 1: Bolívia e Peru

Os termos de busca utilizados foram mencionados pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia (TCPB) em 3 decisões dentro do marco temporal utilizado para a pesquisa, todas julgadas no ano de 2018. O primeiro litígio envolve a violação dos direitos à propriedade privada, à defesa, à vida, à segurança alimentar e, principalmente, à água, em decorrência de um terceiro que passou a lavrar as terras do demandante sem autorização, danificando a nascente de água responsável por abastecer sua família e seus animais, deixando-os sem o elemento vital para consumo. (TCPB, 2018)

Para o Tribunal (2018), o direito à água potável é instituído como direito humano que toda pessoa possui e que em seu exercício individual não pode ser restringido arbitrariamente por nenhum grupo social, seja uma comunidade ou um particular, danificando a nascente existente em sua propriedade, haja vista ser um recurso vital do qual depende o exercício de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e outros. Portanto, a limitação

⁵⁴Links para sites eletrônicos internacionais, disponível em:
https://portal.stf.jus.br/internacional/content.asp?id=283558&ori=5&idioma=pt_br.

injustificada e desarrazoada do direito à água, que coloca em risco a própria vida, não deve, de forma alguma, ser tolerada dentro de um Estado Social Unitário de Direito Comunitário Plurinacional.

O segundo caso abrange a violação aos direitos de acesso à água, do devido processo legal, da defesa e da igualdade, uma vez que a empresa responsável pelos serviços de distribuição de água potável procedeu ao corte do serviço no imóvel da requerente sem seu consentimento ou aviso prévio. (TCPB, 2018a) Similar a esta, a terceira demanda refere a violação ao direito à água devido a três cortes arbitrários de serviço de água para a irrigação da propriedade da parte demandante – duas vezes por um mês, a terceira vez por seis meses – ocasionando o risco da perda de suas colheitas, principal fonte de subsistência de sua família. (TCPB, 2018b)

Constatada medida que de fato fere o direito fundamental de acesso à água potável, este merece ser tutelado pela justiça constitucional, dada a sua importância, uma vez que esse elemento líquido é destinado às necessidades básicas dos requerentes, fazendo jus à proteção do Estado. Haja vista tratar-se de um direito humano, não pode este ser restringido por qualquer motivo ou justificativa, devendo a parte lesada recorrer à tutela jurisdicional para solução do litígio, tendo em vista estar em questão um dano iminente e, provavelmente, irreparável. (TCPB, 2018a/2018b)

No âmbito do Tribunal Constitucional do Peru (TCP), os termos pesquisados apareceram em 8 decisões, uma neste ano de 2022 e as outras nos anos anteriores. O julgado de 2022 diz respeito a um litígio em face da empresa responsável pela distribuição de água potável, visando ao seu reestabelecimento após a paralização do serviço. A empresa passou a cobrar valores exorbitantes pelo serviço, razão pela qual o consumidor solicitou a troca do hidrômetro. Após a retirada do objeto, este não foi substituído, sequer recolocado, e o serviço de distribuição de água foi cortado. (TCP, 2022)

Outra demanda similar também envolve a empresa responsável pelo serviço de distribuição de água potável da região, que se negou a instalar uma rede independente de abastecimento para a casa da parte requerente, mesmo tendo cumprido todos os requisitos necessários para tanto. Além do direito à água potável, diversos outros direitos foram violados: à vida, à saúde, à dignidade, ao bem-estar, à igualdade e à não-discriminação. (TCP, 2021) Além das demandas supracitadas, foram localizados 2 julgados⁵⁵ referentes a litígios contra a

⁵⁵ TCP, Número de expediente 06061-2013-AA, 2017; Número de expediente 05713-2015-PA, 2019.

empresa prestadora do referido serviço público, que ora cortou a prestação, ora se negou a proceder à instalação.

No marco temporal analisado, também foram encontradas 4 decisões⁵⁶ de litígios que versavam sobre a impugnação de dispositivos legais infraconstitucionais, com o fundamento de que contrariam o direito fundamental de acesso à água potável e à vida digna. Além disso, tais ações questionam delegações que não poderiam ter sido efetivadas a outro poder, processos de modificações na estrutura do Estado, competências de administração e regulação dos serviços públicos de distribuição de água potável, dentre outros.

As fundamentações das sentenças são similares, as quais dedicam um tópico para proceder à abordagem da água enquanto direito fundamental. Toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure a saúde, o bem-estar, a moradia, a assistência médica e todos os serviços sociais necessários. A água, enquanto recurso natural, é a essência da vida. Não apenas contribui diretamente para a consolidação dos direitos fundamentais como um todo, mas, também, para o desenvolvimento social e econômico do país mediante as políticas públicas que o Estado institui. (TCP, 2022)

Antes mesmo de incluir o acesso à água potável no rol de direitos fundamentais, o entendimento do TCP (2006) era no sentido de atentar para uma série de razões que justificassem sua consideração ou reconhecimento em qualidade de direito fundamental. Assumir tal premissa supunha delinear sua individualização dentro do contexto da dignidade da pessoa humana, optando por uma valoração principiológica decorrente de direitos já positivados no texto constitucional. Assim, o uso da fórmula de individualização permitia legitimar a existência de um direito à água potável como atributo fundamental não enumerado. Seu reconhecimento estaria ligado a valores tão importantes quanto à dignidade do ser humano e o Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, cabe destacar que o direito à água potável, à luz do contexto descrito, traduz agora um direito de natureza positiva e prestacional. Sua condição de recurso natural essencial o qualifica como elemento básico para a manutenção e o desenvolvimento não apenas da existência e qualidade de vida do ser humano, mas de outros direitos também elementares como saúde, trabalho e ambiente, razão pela qual se torna praticamente impossível imaginar a satisfação das necessidades vitais dos indivíduos no cotidiano sem a presença da água potável. (TCP, 2022)

⁵⁶ TCP, Número de sentença 343/2020; Número de expediente 00018-2014-AI, 2020a; Número de expediente 00003-2017-AI, 2020b; Número de sentença 309/2021.

Partindo do conteúdo delineado, é possível sustentar que determinados atributos – sem condição exaustiva – compõem o direito à água potável: disponibilidade ou acessibilidade – tanto física quanto econômica – qualidade, conservação – relacionada ao manejo sustentável do elemento líquido, não discriminação no abastecimento e suficiência – priorizando o consumo humano sobre outros usos. (TCP, 2022) Não se trata, portanto, apenas de proclamar a positividade da água potável no rol de direitos fundamentais, mas, sim, de proporcionar um conjunto mínimo de pressupostos que garantam o acesso a este recurso pelo ser humano de forma universal, em qualidade e quantidade suficientes.

3.3.3 Grupo 2: Brasil e Colômbia

A temática das águas no Brasil será abordada no próximo capítulo, sendo objeto de análise deste tópico apenas a pesquisa empírica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁵⁷ Os termos de busca utilizados foram mencionados pelo STJ apenas 2 vezes desde 2017 até o momento. Em que pese serem ambas as demandas da esfera consumerista, foram coletadas para o presente estudo em razão de o acesso à água potável e a dignidade da pessoa humana terem sido relacionados na fundamentação das respectivas decisões.

O julgado de 2017⁵⁸ é referente a uma ação indenizatória por danos morais em razão de corte irregular pela concessionária de serviço público de distribuição de água potável na residência da parte requerente. Ficou comprovado nos autos que inexistia débito a pagar, sequer a notificação prévia quanto à paralização na prestação do serviço. Para o Ministro Herman Benjamin (2017),

Em razão de sua imprescindibilidade, o acesso à água potável é direito humano fundamental, de conformação autônoma e judicializável. Elemento essencial da e para a vida e pressuposto da saúde das pessoas, onde faltar água potável é impossível falar em dignidade humana plena. O direito à água compõe-se de núcleos duros de conteúdo, entre os quais se destacam a disponibilidade, a qualidade e a acessibilidade econômica. Na Encíclica *Laudato si'* (Louvado sejas, "Sobre o Cuidado da Casa Comum"), o Papa Francisco, sábio e prudentemente, adverte que "a água potável e limpa constitui uma questão de primordial importância, porque é indispensável para a vida humana". Acrescenta, categoricamente, que "o acesso à água potável e segura é um direito humano essencial, fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas e, portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos". Finalmente, conclui, com um apelo que a ninguém – em particular aos juízes de todas as nações, independentemente de crença ou religião – deve passar despercebido: "Este mundo tem uma grave dívida social para com os pobres que não têm acesso à água potável, porque isto é negar-lhes o direito à vida radicado na sua dignidade inalienável". (grifos no original)

⁵⁷ Não foram localizadas decisões utilizando os termos de busca propostos por este trabalho no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸ Recurso Especial nº 1.697.168 - MS (2017/0202696-4).

Em tema semelhante, o julgado de 2018 diz respeito ao corte do serviço de distribuição de água potável em razão da falta de pagamento do consumidor, que questionava os critérios utilizados para a fixação dos altos valores cobrados pela concessionária do serviço público. Essa decisão também é de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que ratifica (2018) seu entendimento quanto à natureza da água potável:

Considerando que o acesso à água potável é direito humano fundamental – autônomo e inalienável, já que imprescindível à vida com dignidade –, incumbe às pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que a fornecem cumprir estritamente, quanto a preço e outras condições, o estabelecido na lei, regulamento e contrato, impondo-se ao juiz, em caso de dúvida ou lacuna em normas e cláusulas, interpretá-las em favor do consumidor.

Na mesma linha é o entendimento da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), que mencionou os termos de busca em 21 decisões dentro do marco temporal analisado neste trabalho. Uma dessas demandas foi ajuizada em prol dos interesses de alguns presos cujos direitos constitucionais à saúde e à vida digna – dentre outros – restaram violados, haja vista o sistema prisional não garantir uma prestação adequada do serviço de água potável no interior do estabelecimento prisional. Este fornece o líquido com pouca frequência e em quantidade insuficiente para satisfazer as necessidades diárias dos presos, que demandam, portanto, a implementação de um sistema que permita o pleno acesso a esse recurso vital. (CCC, 2018)

Três demandas envolveram a representação de comunidades indígenas que pleiteavam o acesso à água potável no âmbito de suas tribos. Em um dos casos, o litígio⁵⁹ tinha por finalidade barrar um projeto governamental de desvio do córrego que abastecia toda a região indígena para possibilitar o avanço de uma mineração subterrânea e estimular a produção de carvão. Outro caso⁶⁰ demonstrou que algumas comunidades indígenas estavam passando por uma grave crise humanitária em decorrência da escassez de recursos básicos na população, principalmente no que se refere à água potável, prejudicando de forma mais gravosa as crianças, adolescentes, gestantes e lactantes.

A outra demanda⁶¹ também demonstrou a precariedade de outra comunidade indígena, que já padecia de múltiplas enfermidades derivadas do consumo de água não tratada. As crianças – que representavam 55% da população residente na aldeia – foram as mais afetadas com a falta de água potável, sendo frequentes os casos de parasitoses intestinais, cáries, diarreias e gastroenterites de origem infecciosa. Nesse sentido, os três casos indígenas

⁵⁹ CCC, Sentencia SU698/17.

⁶⁰ CCC, Sentencia T-415/18.

⁶¹ CCC, Sentencia T-058/21.

pleiteavam – com urgência – a construção de um aqueduto que possibilitasse a distribuição de água potável para toda a comunidade.

Outros demandantes alegaram que sua comunidade é composta por pessoas de baixa renda, incluindo crianças e idosos, e que nunca tiveram acesso aos serviços de água e esgoto nas condições estabelecidas pela lei e pela jurisprudência constitucional. Em suas narrativas, indicaram que o abastecimento de água potável na ilha é realizado por indivíduos por meio de barcos que transportavam a água de Cartagena para o pequeno povoado. Tal procedimento ocorre sem cumprir os parâmetros mínimos de higiene e saúde, sendo a água transportada para tanques de armazenamento instalados na costa, onde é vendida a preços elevados aos habitantes para seu consumo pessoal. (CCC, 2019)

Três casos envolviam a suspensão do acesso à água potável em decorrência da falta de pagamento do consumidor final.⁶² Os requerentes solicitaram a tutela a fim de ordenar a empresa responsável a reestabelecer o serviço de distribuição de água em seus domicílios. Em tais casos, a decisão da Corte Constitucional é firme no sentido de rechaçar a cultura do não pagamento pelos serviços prestados, de modo que, se o usuário ou assinante deixar de cumprir sua obrigação de pagar pontualmente os serviços faturados dentro do prazo previsto no contrato, que não excederá dois períodos consecutivos de cobrança, a concessionária terá a obrigação de suspender o serviço. (CCC, 2018b)

Por outro lado, nos casos em que há a paralisação do serviço de distribuição sem a notificação prévia do consumidor – e desde que inexista a pendência de débitos – o entendimento da Corte qualifica como objetivo fundamental do Estado a solução das necessidades básicas de água potável dos cidadãos e impõe a responsabilidade de priorizar os gastos públicos na melhoria da qualidade de vida e bem-estar geral da população. A fórmula do Estado Social de Direito implica não apenas a responsabilidade de elencar os direitos inerentes à pessoa humana, mas de efetivar o mínimo vital para o bem viver. (CCC, 2018e e 2018f)

Nos outros 11⁶³ casos analisados, os requerentes pleitearam a manutenção da subsistência em razão da ausência de água potável em suas residências por motivos diversos, requerendo a construção de um aqueduto eficiente para distribuir o recurso em qualidade e quantidade adequadas. Em alguns casos, as pessoas de determinada comunidade conseguiam se manter buscando água em barragens públicas. Todavia, em razão das mudanças climáticas e do aumento populacional do distrito, as barragens acabaram secando, ficando a comunidade,

⁶² CCC, Sentencia T-398/18, Sentencia T-188/18 e Sentencia T-318/18.

⁶³ CCC, Sentencia T-218/17, CCC, Sentencia T-325/17, Sentencia T-129/17, Sentencia T-103/17, Sentencia T-100/17, Sentencia T-118/18, Sentencia T-358/18, Auto 574/19, Auto 040/20, Auto 001A/21, Sentencia T-104/21.

por conseguinte, sem acesso a qualquer resquício de água potável. Em outros casos, a seca também prejudicou comunidades que viviam da pesca artesanal, que passaram a enfrentar sérios problemas com a seca e a fome ao mesmo tempo.

À exceção dos casos de inadimplência dos consumidores no pagamento do serviço de distribuição de água potável, os demais julgados analisados são semelhantes quanto à fundamentação e ao mérito. Em que pese a Constituição colombiana não elencar a água potável no rol de direitos fundamentais, desde 1992 a Corte Constitucional reconhece o direito à água potável como fundamental, uma vez que dimensões de saúde pública – e da própria vida – são colocadas em risco. A fundamentalidade desse recurso é oriunda da afetação de diversos outros direitos constitucionais consagrados pela Carta colombiana, a exemplo do direito à vida e à dignidade.

A água constitui fonte de vida, de modo que a falta da prestação desse serviço viola diretamente o direito fundamental à vida das pessoas. Dessa forma, o serviço público domiciliar de aqueduto e esgoto, na medida em que afeta a vida das pessoas, a saúde pública ou a saúde individual, é um direito fundamental, e como tal deve ser protegido por ação tutelar. Esse reconhecimento do direito à água como fundamental que vem sendo ratificado pela jurisprudência colombiana é corroborado no âmbito internacional de reconhecimento dos direitos humanos. (CCC, 2017c)

É evidente, portanto, que, como todo direito fundamental, o direito ao acesso à água potável é universal, irreversível e progressivo, de modo que sua proteção deve apenas avançar, não retroceder. Além disso, como os demais, esse direito é indivisível, interdependente, complementar e não subordinado hierarquicamente a nenhum outro. Portanto, ignorar o direito de acesso a esse recurso, inevitavelmente gera impactos em outros direitos fundamentais, e, irrefutavelmente, à dignidade humana. (CCC, 2017c)

Para a Corte Constitucional, o gozo efetivo do direito à água supõe, no mínimo, três fatores: a) disponibilidade de água; b) água de qualidade; e c) direito de acesso. Com relação à disponibilidade, o abastecimento de água para cada indivíduo deve ser contínuo e suficiente para seu uso pessoal e doméstico, sendo possível que algumas pessoas demandem maior quantidade de água em razão das condições de trabalho, clima ou saúde. Quanto à qualidade, a água necessária para cada indivíduo deve ser tratada, não podendo conter microrganismos ou substâncias químicas ou radioativas que possam prejudicar a saúde das pessoas. A água não deve ter cor, cheiro ou sabor. (CCC, 2017d)

A jurisprudência constitucional colombiana elenca áreas e critérios de proteção do direito fundamental à água potável: a) quando a prestação do serviço de distribuição se tornar

intermitente e esporádica, afetando os direitos fundamentais do ser humano; b) quando uma comunidade não possuir acesso à água de qualidade para o consumo humano; c) quando não houver direito de acesso e descarte regular e contínuo da água; d) quando as autoridades não adotarem medidas adequadas e necessárias para disponibilizar o recurso em qualidade e quantidade adequadas; e) quando houver discriminação ao seu acesso; f) quando houver a suspensão do serviço sem justificativa ou tentativa de acordo para tanto. (CCC, 2018f)

Mas o direito fundamental à água tem limites, não implicando serviço gratuito, sequer garantindo seu uso ilimitado ou irresponsável. Existem casos em que não há lugar para a tutela do direito à água, como, por exemplo, quando a empresa responsável pela prestação do serviço suspende-o dentro das regras estabelecidas e com o devido respeito aos direitos fundamentais ou quando uma pessoa estiver usufruindo do serviço de água potável por meios ilícitos. O principal critério que se deve analisar para proteger o direito à água é que ela afeta o ser humano e a sua dignidade. (CCC, 2019a)

3.3.4 Grupo 3: Chile e Argentina

Os termos de busca utilizados foram mencionados pela Corte Suprema do Chile (CSC) 2 vezes no marco temporal analisado, em 2020⁶⁴ e 2021⁶⁵. Ambos os litígios versavam sobre a privação de indivíduos do devido acesso à água potável. No caso mais recente, as comunidades afetadas com a privação somente tinham acesso ao recurso por meio de caminhões-pipa. Quando acionado para solucionar tal privação, o Município enfatizou que não tinha condições de distribuir água potável a todas as pessoas, e menos ainda de poder cumprir com a distribuição de 50 litros para cada pessoa por dia. Restou demonstrado perante a CSC que a ação arbitrária ocorrida nos dois casos violou o direito à vida, à integridade física e mental das pessoas.

Em que pese o direito à água não estar positivado no texto constitucional do Chile, as decisões da Corte Suprema preservam sua essência fundamental. Ao ratificar diversos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e outros instrumentos próprios de direito internacional, o Estado do Chile adquiriu, de forma voluntaria, uma série de obrigações vinculantes. Nesse sentido, se deve levar em consideração que a Convenção Americana de Direitos Humanos garante o direito à vida digna, o que inclui o acesso à água potável, e o direito à integridade física, psíquica e moral. (CSC, 2021)

⁶⁴ CSC, Fallo: 1348-2020.

⁶⁵ CSC, Fallo: 5413-2021.

O direito à água implica tanto em liberdades quanto em direitos. As primeiras envolvem a capacidade de manter o acesso a um abastecimento de água livre de interferências, a exemplo da poluição dos recursos hídricos. Os direitos, por outro lado, estão vinculados a um sistema de abastecimento e gestão de água que ofereça à população oportunidades iguais para usufruir desse recurso vital. A água deve ser tratada como um bem social⁶⁶ e cultural, e não fundamentalmente como um bem econômico. Toda pessoa, por sua dignidade como tal, tem o direito humano de acesso à água potável. (CSC, 2020)

O serviço de distribuição de água potável deve obedecer aos fatores de disponibilidade, cujo abastecimento deve ser contínuo e suficiente, de qualidade, devendo a água ser tratada de forma segura, e de acessibilidade, de modo que as instalações e os serviços de água devem ser acessíveis a todo e qualquer indivíduo, sem discriminação. Tais fatores devem ser utilizados para aferir a distribuição de água potável para o uso pessoal e doméstico – consumo, lavagem de roupas, preparação de alimentos e higiene pessoal e doméstica – não considerando os serviços de agricultura e pastoreio. (CSC, 2020)

Sob tal perspectiva, se o direito à água potável é um direito humano e/ou fundamental, o é ainda mais no âmbito de certos grupos e categorias vulneráveis especialmente protegidos: os pobres nas áreas urbanas e rurais, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, refugiados e indígenas. A obrigação do Estado no âmbito de proteção desses grupos é especialmente mais intensa, considerando a situação de vulnerabilidade em que se encontram. Nesse sentido, o Estado deve garantir o fornecimento de, ao menos, 100 litros por pessoa por dia, garantindo o acesso ao elemento vital de forma universal. (CSC, 2020)

Por fim, no âmbito da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJNA), os termos pesquisados apareceram 2 vezes, elencando um julgado de 2017⁶⁷ e o outro de 2019⁶⁸. Ambos os demandantes recorreram à Corte em razão de sua privação de acesso à água potável, além de referirem graves danos ambientais em sua região – que não serão objeto de análise, dada a temática e o propósito deste trabalho. A finalidade das demandas é assegurar o efetivo acesso à água potável em quantidade e qualidade suficientes à população, por tratar-se de *uma verdadeira emergência ambiental*. (CSJNA, 2019, p. 1)

Para a Corte Suprema (2017, p. 30), o direito ao acesso à água potável incide diretamente sobre a vida e a saúde das pessoas e demais direitos deles decorrentes, razão pela qual deve ser

⁶⁶ Trata-se da mesma orientação preconizada por Luigi Ferrajoli (2011b), a qual propõe elencar a água potável no rol dos bens fundamentais sociais, os quais devem ser juridicamente acessíveis a toda a população.

⁶⁷ CSJNA, Fallos: 340:1695/2017.

⁶⁸ CSJNA, Fallos: 342:126/2019.

tutelado pelos tribunais e – em particular – no campo dos direitos de incidência coletiva. Isso porque, para que a natureza mantenha seu funcionamento e sua capacidade regenerativa natural e de autopreservação, é fundamental que se proceda à efetiva proteção dos recursos hídricos.

De forma semelhante à Constituição do Chile, o texto constitucional argentino não preconiza de forma explícita o acesso à água potável no rol de direitos fundamentais. Em razão disso, a CSJNA também fundamenta suas decisões em documentos internacionais, como o Plano de Ação da ONU proposto em Mar del Plata. Nesse sentido, todos os indivíduos, qualquer que seja seu nível de desenvolvimento e sua condição econômica e social, tem direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade de acordo com suas necessidades básicas. (CSJNA, 2017)

Para tanto, o poder público deve adotar estratégias e programas amplos e integrados para garantir o acesso a esse recurso para toda a população e suas futuras gerações. O Estado deve reduzir e eliminar a contaminação das bacias hidrográficas e dos ecossistemas relacionados à água, efetivar a gestão das reservas hídricas, promover políticas públicas de conscientização para o desperdício de água e adotar mecanismos ágeis para solucionar os casos de emergência de privação de acesso à água potável. (CSJNA, 2017)

O entendimento da Corte Suprema também é no sentido de que o direito à água potável e ao saneamento básico é um direito humano essencial para o pleno disfrute de uma vida digna. Embora o texto constitucional argentino não reconheça esse direito de forma expressa, tal premissa formal não pode constituir empecilho para o desenvolvimento de políticas públicas nacionais para a proteção dos recursos hídricos e, acima de tudo, para a universalização da distribuição de água potável à população. (CSJNA, 2017)

É nesse sentido que a cooperação internacional deve impelir a estruturação social dos Estados no âmbito interno, haja vista restar comprovado que o problema da – não – universalização do acesso à água potável não é transitório, pontual ou característico de determinado país. É evidente que a garantia de uma vida digna é corolário do acesso a esse recurso de forma segura, na qual seja assegurada sua potabilidade, o que faz com que o Estado seja designado como principal agente de promoção social, incumbido de garantir a prestação de serviços públicos adequados e assegurar o bem-estar da população.

4 A GARANTIA DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL

4.1 *Da crise do Estado à Reforma Administrativa*

O Estado de bem-estar social começou a ser pensado nas últimas décadas do século XIX, em razão da crise do liberalismo econômico⁶⁹, e foi efetivamente implementado após o término da Segunda Guerra Mundial. De caráter eminentemente humanista, esse modelo de Estado foi inspirado pelos ideais do economista britânico John Maynard Keynes⁷⁰, que defendeu a intervenção do Estado na economia para garantir o desenvolvimento social e a efetivação dos direitos básicos da pessoa humana. (BONAVIDES, 1999)

A crise econômica desencadeada após o fim da Primeira Guerra Mundial, marcada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, demonstrou a urgente necessidade de superar os postulados liberais dominados pelas ambições mercadológicas. A economia mundial já estava em uma declinação recessiva sem precedentes, visto que o capital acumulado para a produção não era mais usufruído pelo mercado consumidor, ocasionando o desemprego de milhares de pessoas e severas intercorrências sociais. (BONAVIDES, 1999)

A intervenção do Estado se mostrava necessária para frear os mecanismos do liberalismo econômico, visando à proteção social e ao enfraquecimento da crise recessionista. A figura do Estado-Providência passou a integrar algumas Cartas na tentativa de substituir o Estado liberal, como as Constituições do México, de 1917, e da Alemanha de Weimar, em 1919.⁷¹ Todavia, a mera autorização constitucional para a ingerência estatal na ordem social e econômica eram desprovidas de eficácia plena ou aplicabilidade imediata, dependendo, ainda, da regulamentação dos instrumentos sociais em sede infraconstitucional por parte do Poder Legislativo. (BONAVIDES, 1999)

⁶⁹ Adam Smith propôs um modelo de liberalismo intimamente ligado à economia, o qual não considera a possibilidade de o mercado formar monopólios e concentrar o poder econômico de forma a aniquilar as bases da liberdade sobre as quais o próprio mercado foi consolidado. (ROSANVALLON, 1997) A essência do liberalismo econômico é traduzida pela garantia do pleno funcionamento do mercado por si só, o qual deve promover sua capacidade e seus mecanismos de autorregulação. (BOBBIO, 1988)

⁷⁰ Para o economista britânico, “a tendência natural da economia não é o livre mercado, mas, sim, o monopólio” [...] razão pela qual deve ser “criado e mantido por normas e medidas que o protejam [...] o Estado deveria estar permanentemente intervindo na economia para manter o pleno emprego, mesmo que para isso fosse preciso emitir moeda sem lastro, correndo o risco de gerar inflação”. (ARAGÃO, 2013, p. 73).

⁷¹ Jean Touchard propôs uma classificação baseada em três fases evolutivas do Estado de Bem-Estar Social: a fase de experimentação (1870 e 1925) compreende uma tentativa tímida e conservadora de implementar uma forma de Estado institucional de socialização, quando da previsão de direitos sociais nas Constituições do México e da Alemanha de Weimar. A fase de consolidação compreende o período entre guerras até o segundo pós-guerra, marcado pela prática de políticas públicas distributivas e assistenciais mediante a implementação do *New Deal*, de Franklin Roosevelt. Por fim, a fase de expansão diz respeito à necessidade de reestruturação da economia europeia, marcada pelo Plano Marshall, proporcionando qualidade de vida, bem-estar e pleno emprego à população. (CRUZ, 2002)

O movimento intervencionista no sentido de equilibrar o crescimento econômico e a igualdade e justiça sociais passou a ganhar força na década de 1930, com as teorizações de Keynes, para quem o desemprego era oriundo de uma insuficiência de consumo agravada pela ausência de investimentos. Quando da depressão de 1929, caberia ao Estado desempenhar um papel que visasse a estimular os investimentos, seja diretamente, mediante a injeção de recursos públicos, seja indiretamente, mediante uma política fiscal e de crédito estratégica para tanto. (ROSANVALLON, 1997)

O poder público funcionaria como um instrumento anticíclico, tributando de forma mais rigorosa e progressiva as grandes fortunas e a herança, e, simultaneamente, promovendo políticas públicas assistenciais e programas de créditos a juros baixos. Além disso, os investimentos públicos seriam essenciais para garantir a redução do desemprego e o pleno funcionamento do mercado sem que os indivíduos ficassem desamparados em tempos de crise econômica. O objetivo seria, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio entre classes menos e mais favorecidas economicamente, estimulando a interdependência entre capital e mão de obra, sem que houvesse a supressão dos indivíduos de baixa renda e a vitória das classes de elite. (ROSANVALLON, 1997)

O Estado de bem-estar social foi rigorosamente implementado após o fim da Segunda Guerra Mundial, assumindo um caráter “distributivo, produtivo e providencial”. Nesse período, o intervencionismo do poder público, que visava ao equilíbrio financeiro entre classes, às políticas assistenciais e à recessão da crise econômica, foi substituído por um ideal de Estado forte e ativo, compelindo os modelos de “Estado de bem-estar social” e de “Estado socialista”. (MOREIRA NETO, 2005, p. 4)

No início da década de 1980, a política econômica interna dos Estados direcionava os investimentos públicos a setores de “baixa lucratividade, de riscos financeiros ou carentes de investimentos tecnológicos, como as áreas de infraestrutura (energia, estradas, água potável, telefonia) e social (educação, saúde, previdência)”. O principal objetivo dessa política era proporcionar o crescimento da economia de mercado e moderar as reivindicações sociais, a fim de conter o movimento socialista. Ao mesmo tempo, a iniciativa privada estava voltada aos investimentos no mercado de consumo interno e na indústria armamentista, tendo em vista o período de tensão marcado pela Guerra Fria. (CLARK, 2008, p. 208)

Os ditames da Administração Pública eram pautados por um Estado empresário, na condição de proprietário de empresas públicas e prestador de serviços públicos, como os de energia elétrica, gás, telecomunicação e infraestrutura. Tal atuação foi a principal forma de regulação da economia em uma tentativa de superar os monopólios da iniciativa privada

oriundos do liberalismo econômico, e, ao mesmo tempo, de promover o desenvolvimento econômico a regiões menos favorecidas. (CRUZ, 2009) Todavia, países que já haviam implementado o Estado de bem-estar social, como Inglaterra e Alemanha, enfrentavam nova crise em razão do déficit orçamentário e da ineficiência na prestação dos serviços públicos. (MOREIRA NETO, 2005)

A Guerra Fria eliminou o que era visto como uma ameaça socialista, visto que vencida pelo “bloco capitalista liderado pelos Estados Unidos”, mas acabou culminando em uma nova crise econômica. (ARAGÃO, 2013, p. 73) A redução dos gastos inerentes à guerra com a indústria bélica foi somada à ineficiência do Estado em administrar os recursos públicos e equilibrar o mercado, visto que gastava mais do que efetivamente dispunha. Os avanços tecnológicos também passaram a desempenhar um papel de grandes consequências: internamente, a sociedade passou a ter mais acesso à informação e exigir o exercício da democracia; externamente, a globalização passou a afetar até mesmo a soberania dos Estados. (GUIMARÃES, 2013)

Pressionados pelas manifestações populares que exigiam mudanças, os Estados passaram a

executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora atraentes ao capital em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não o tinham, e estavam nas mãos dos Estados. (CLARK, 2008, p. 208)

As proposições neoliberais fizeram com que os Estados deixassem de ser provedores para proporcionar maior liberdade ao mercado. Tais mudanças foram vistas em países como os Estados Unidos, promovidas pelo então presidente Ronald Reagan, e no Reino Unido, pela Primeira-Ministra Margareth Thatcher, responsáveis por iniciar os processos de privatizações e desestatizações, visando a reduzir a atuação direta do Estado na execução dos serviços públicos. (GUIMARÃES, 2013)

O Brasil, apesar de não ter alcançado a condição de Estado de bem-estar social, também aderiu ao modelo intervencionista na tentativa de estimular o processo produtivo e, conseqüentemente, melhorar a condição econômica do país.⁷² Todavia, as intervenções do poder público “muito mais contribuíram para o favorecimento das elites e para acentuar um

⁷² Foram propostos alguns mecanismos de proteção social: O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, instituído pela Lei nº 6.439, de 01 de setembro de 1977; e os diversos direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição Cidadã, de 1988, pautada na dignidade da pessoa humana e seus direitos mais básicos e essenciais.

caráter autoritário, corporativo e excludente do que cumprir as promessas da modernidade e do sistema capitalista”. (OHLWEILER, 1999, p. 37)

A severa crise fiscal dos anos 80 causou grande instabilidade no país, haja vista a sua “débil capacidade arrecadatória em face dos gastos” (MOTTA, 2003, p. 42), fazendo com que fosse necessário o aumento dos preços de mercado em tempos de inflação e de juros. Suas consequências foram percebidas no âmbito supranacional, com o aumento da dívida externa, e nacional, com o início das privatizações no governo Collor de Mello, as quais sofreram a influência de dois fatores:

O fator interno diz respeito ao crítico estado financeiro e institucional pelo qual passava o setor elétrico no final da década de 80 [...]. O fator externo guarda relação com a crescente aceitação que as privatizações, desnacionalizações e desregulamentações vinham ganhando no cenário internacional, influenciadas pelos governos de Thatcher, na Inglaterra, e Reagan, nos Estados Unidos – reformas estas que deveriam ser implementadas independentemente do estágio econômico em que se encontravam os países. (SCHNEIDER, 2013, p. 175)

O Estado brasileiro passou a enfrentar um descontentamento social generalizado, dada a sua impossibilidade de investir na medida necessária em prol da economia e equilibrar as demandas sociais. De um lado, os investidores e empresários protestavam contra as estatizações, de outro, trabalhadores e intelectuais exigiam a democracia plena na satisfação de direitos. O cenário externo também era complexo, visto que os empréstimos eram condicionados pelo Fundo Monetário Nacional (FMI) e pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) à tutela de mecanismos que promovessem a regulação:

O destino dos povos, num mundo globalizado, que não querem (ou não possuem força suficiente para) romper com este sistema de dominação, desloca-se de seus parlamentos, de seus governos e de seus tribunais, sendo decidido por outros organismos, sempre internacionais, como o Fundo Monetário Internacional – FMI – e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, também conhecido como Banco Mundial. (MOTTA, 2003, p. 30)

A insatisfação geral da população e a pressão das classes de elite era majorada diante da falta de recursos e da incapacidade do poder público de satisfazer as demandas sociais, o que motivou os movimentos neoliberais nos países periféricos, no sentido de que “a sociedade deveria ser estimulada em suas próprias iniciativas”. (SCHNEIDER, 2013, p. 27) Tais movimentos consistem na adoção de um modelo de política implementado pelos Estados Unidos de “liberação e desregulamentação”. (GONÇALVES, 2012, p. 653)

As premissas neoliberais eram pautadas por uma economia posta como um domínio autorregulador, fundado em leis naturais e universais, da qual o Estado deveria se abster de intervir. Também expõe o mercado como modelo ideal de organização de produção e trocas, sendo a representação ideal de uma sociedade democrática. Por fim, elenca a globalização como

um fenômeno que exige a redução das despesas do Estado, especialmente no que diz respeito à materialização de direitos sociais, tidos como onerosos e disfuncionais. (BOURDIEU, 2001, p. 30)

O modelo de desregulação implementado no Brasil advém de influências externas, a exemplo do *New Public Management* (NPM), implantado no Reino Unido em 1980, em um processo de modernização administrativa que visava, precipuamente, à descentralização das atividades administrativas do poder público. Tal medida pressupõe a redução do Estado, uma vez que tem por objetivo estimular as privatizações, as terceirizações e a extinção da estabilidade do funcionalismo. (GUERRA, 2012)

Os ditames do Consenso de Washington⁷³ foram impostos aos países periféricos de forma indeclinável, haja vista suas condições de miserabilidade à época, como uma espécie de contrato social, dadas as suas medidas “universais” e “incontornáveis”. Em que pese tratar-se de um documento que visa à estabilização da economia, suas consequências são “danosas aos países periféricos [...] que ou aderem a esses acordos ou ficam completamente excluídos do mercado internacional”. (NEVES, 2009, p. 84)

Boaventura de Sousa Santos faz uma crítica às proposições do documento, que funciona nos países capitalistas centrais, mas nos demais países

se apresenta como um conjunto de condições inexoráveis de aceitação acrítica sob pena de implacável exclusão. São essas condições inelutáveis globais que depois sustentam os contratos individuais de direito civil. Por todas estas razões, a nova contratualização é, enquanto contratualização social, um falso contrato, uma mera aparência de compromisso constituído por condições impostas sem discussão ao parceiro mais fraco no contrato, condições tão onerosas quanto inescapáveis. (SANTOS, 2002, p. 24)

Considerando o fenômeno da globalização e seus efeitos dentro de cada Estado, pretender a abertura do mercado e a desregulação como premissa geral é arriscado para países

⁷³ Trata-se de um pacote de medidas neoliberal anticrise pensado para os países da América Latina, elaborado em 1989, em Washington, por alguns representantes do governo dos Estados Unidos e instituições como o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Interessante aos organismos internacionais e países desenvolvidos, foi escrito por John Williamson, cujas premissas propõem: I) *disciplina fiscal*, capaz de reduzir significativamente o déficit; II) *reorientação dos gastos públicos*, no sentido de direcioná-los a setores como o da saúde e educação; III) *reforma tributária*, voltada ao aumento da carga tributária e simplificação do sistema de arrecadação; IV) *liberação financeira*, como medida contrária a empréstimos subsidiados ou favorecidos a determinados setores ou empresas, o que era até então comum; V) *taxas de câmbio unificadas*, para evitar favorecimentos de alguns em detrimento de muitos; VI) *taxas de câmbio competitivas*, estabelecidas pelo mercado; VII) *liberalização do comércio*, reduzir a proteção do comércio local e as garantias de mercado; VIII) *abertura para o financiamento externo direto*, a ser obtido a partir de poupanças externas; IX) *privatizações*, para solucionar a falta de recursos para investimento e melhorar a gestão; X) *desregulamentação*, entendida como necessária para impulsionar os negócios, posto que a regulamentação era tratada como entrave ao desenvolvimento econômico. (GIAMBIAGI; ALMEIDA, 2003, p. 9-11)

não integrados ao sistema econômico mundial.⁷⁴ Todavia, “pensar que países periféricos podem e devem aceitar regras genéricas de desenvolvimento econômico desconexas de suas realidades locais como única e, ao mesmo tempo, ótima solução parece até um pouco ingênuo”. (CAMPOS, 2018, p. 16)

Foi assim que surgiu a primeira Reforma Estatal no Brasil,⁷⁵ em meio ao caos da insuficiência de recursos para realizar os investimentos necessários no país, entrelaçado a um campo burocrático ineficiente e corrupto. (BARROSO, 2006) Premido pelo descontentamento generalizado de grupos sociais e pelos efeitos da globalização, o Governo Federal aprovou o Programa Nacional de Desestatização (PND),⁷⁶ implementado pela Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, rapidamente convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Houve a redução da atuação direta do Estado para concretização dos postulados neoliberais⁷⁷:

O referido programa é cumprido por instrumentos como a alienação, em leilão, por intermédio de bolsas de valores, do controle acionário majoritário de entidades estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos, como também a delegação, por meio de concessões, permissões e autorizações, da execução de serviços públicos à iniciativa privada. (LEHFELD, 2008, p. 237)

Durante o governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, a Reforma passou a afetar alguns serviços públicos essenciais, promovendo uma figura cada vez mais evidente do Estado gestor no lugar do Estado provedor. O início da transferência da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada ocorreu com a edição da Lei nº 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, também conhecida como Lei Geral de Concessões e Permissões. (GUERRA, 2012) O texto normativo passou a regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal⁷⁸, que prevê a exigência de concessões ou permissões⁷⁹ para que os serviços públicos possam ser prestados por particulares.

⁷⁴ Para Bourdieu, “a unificação e a integração do espaço econômico, em vez de produzir homogeneização, gera concentração de poder e exclusão de parte da sociedade”. (BOURDIEU, 2001, p. 99)

⁷⁵ Nesse momento, houve apenas a privatização de algumas empresas públicas produtivas, não envolvendo a prestação de serviços públicos. (GUERRA, 2012)

⁷⁶ Entre os anos de 1990 e 1994, as desestatizações proporcionaram a venda de estatais produtivas de setores estratégicos. (OLIVEIRA, 1996) Ao todo, 33 empresas foram desestatizadas: 18 eram controladas pela União e 15 consistiam em participações minoritárias da Petrofertil e da Petroquisa. O investimento estrangeiro no país foi de apenas 0,5%. (BRASIL, 2012)

⁷⁷ Para Ohlweiler (1999, p. 36), “parece difícil aceitar acriticamente tais postulados quando se mostra evidente que no Brasil não houve a efetiva implementação do chamado *welfare state*. Ora, como agora se quer diminuir o Estado se as ditas promessas da modernidade sequer foram cumpridas?”

⁷⁸ Constituição Federal. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988)

⁷⁹ A matéria referente aos serviços públicos não será objeto de estudo neste trabalho, mas algumas abordagens conceituais serão desenvolvidas para melhor entendimento da pesquisa. As concessões, permissões e autorizações

As diretivas da Reforma visavam à transição de um aparato estatal burocrático, descrito como ineficiente, para uma administração pública gerencial, capaz de equilibrar o mercado e garantir a satisfação de direitos sociais. Todavia, as mudanças passaram a exigir a implementação de um modelo regulatório capaz de permitir a abstenção do Estado na prestação dos serviços públicos de forma direta, mas eficiente, contudo, para planejar, fiscalizar e regular o desenvolvimento de cada setor. (ARAGÃO, 2013)

4.2 As Agências Reguladoras no direito brasileiro

O poder regulador⁸⁰ representa um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre os serviços de sua titularidade, dotados de um certo valor social. É um modelo que visa a “conformar as decisões privadas, orientando-as à realização de certos valores de interesse coletivo, e de fiscalizar o desempenho das atividades dotadas dessa relevância socioeconômica”. Trata-se de uma ampliação das competências estatais:

O Estado determina os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto. As decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, dependem da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente. Reduz-se sensivelmente a margem de autonomia privada, produzindo-se aquele fenômeno de funcionalização das atividades desempenhadas pelos particulares, tal como anteriormente apontado. (FILHO, 2002, p. 29)

Essas eram as diretivas governamentais na década de 90, quando então foram criadas as primeiras agências reguladoras no âmbito federal. Em 26 de dezembro de 1996, mediante a criação da Lei nº 9.427, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção,

são espécies de contratos administrativos resultantes da descentralização da Administração Pública realizada mediante delegação. A concessão ocorre por meio de licitação, por concorrência ou diálogo competitivo, e poderá ser delegada por prazo determinado a pessoas jurídicas ou consórcios de empresas. A permissão será formalizada por um contrato de adesão – a título precário – e também exige licitação para tanto, mas a lei não estabelece a sua modalidade. A autorização é o ato administrativo unilateral e precário, que visa a possibilitar ao particular a realização de alguma atividade de seu interesse ou a utilização de um bem público, e prescinde de licitação. Outro, bem diverso, é o significado de privatização, também abordado neste trabalho. Por privatização entende-se a venda de órgãos ou empresas estatais para o setor privado, o que geralmente ocorre por meio de leilões públicos. A privatização engloba a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para a iniciativa privada. Tanto a delegação quanto a privatização visam à redução da atuação estatal direta na economia, mas aquela modalidade transfere a terceiros apenas a execução da atividade, enquanto esta transfere a execução e a própria titularidade do serviço público. (JUSTEN FILHO, 2002)

Nas três espécies contratuais o ente público delega a execução dos serviços públicos a terceiros.

⁸⁰ Importante é a distinção a ser feita entre poder regulador e poder regulamentar. Às agências compete o exercício do *poder regulador*, abrangendo toda a normatização produzida acerca da atividade econômica relativamente à qual ele se exerça, bem como, sua devida fiscalização. Trata-se de um conjunto de normas disciplinadoras de todos os aspectos concernentes à atividade regulada. Outro é o significado de *poder regulamentar*, atribuído exclusivamente ao Presidente da República pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, o qual é competente para expedir regulamentos para fiel execução das leis. (PAULO, 2003)

transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. (BRASIL, 1996)

Logo após foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), vinculada ao Ministério das Comunicações, com a atribuição de adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras. (BRASIL, 1997) No mês seguinte foi instituída a Agência Nacional do Petróleo (ANP), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, responsável por promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. (BRASIL, 1997b)

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS) foi a última a ser instituída na década de 90, em 26 de janeiro de 1999, vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. (BRASIL, 1999) Todas as agências federais foram instituídas com prazo de duração indeterminado, com sede e foro no Distrito Federal. (JUSTEN FILHO, 2002)

Assim o governo passou a descentralizar a prestação dos serviços públicos,⁸¹ mantendo, contudo, sua fiscalização, planejamento e regulação mediante a criação de agências reguladoras. O conceito de autarquia proposto pelo legislador brasileiro refere “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. (BRASIL, 1967) Tais entes não estão, portanto, subordinados hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo, visto que suas atribuições derivam de lei, não de delegação, e exercem sempre funções de Estado, além de suas atribuições específicas. (BIELSA, 1964)

Ao optar pela qualificação das agências reguladoras como autarquias, o legislador evita alguns problemas, mas se depara com outros. O exercício do poder de polícia e a aplicação de sanções são inerentes às pessoas jurídicas de direito público, de forma que seria incabível criar

⁸¹ Não raros são os equívocos quando o tema abordado é a descentralização dos serviços públicos e a privatização das empresas de determinado setor: essa relação não é obrigatória. Evidentemente, o processo de desestatização na prestação de um serviço público exige maior atenção para a regulação da atividade. Todavia, atenta-se para o fato de que a regulação não é exercida apenas sobre os serviços públicos desestatizados, uma vez que o Estado é responsável por regular atividades econômicas diversas em setores como o sistema financeiro, o mercado de petróleo e combustíveis e os serviços suplementares de saúde. Muitos setores jamais foram explorados apenas pelo poder público, como “é o caso do petróleo, que, embora explorado por uma sociedade de economia mista federal (não mais em regime de exclusividade), está submetido a uma agência reguladora instituída nos moldes atuais”. A criação de agências reguladoras não é, portanto, “sinônimo do processo de privatização das empresas estatais, prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades puramente econômicas. Trata-se de processos intimamente relacionados, mas a relação não é biunívoca”. (PAULO, 2003, p. 16-17)

uma agência que não pudesse exercer função fiscalizatória ou aplicar penalidades administrativas. Da mesma forma, não há que se falar em atribuição de poder normativo a pessoas jurídicas de direito privado, sob pena de ser declarada inconstitucional a lei que dispusesse nesse sentido. (PAULO, 2003)

O maior problema é que, pertencendo à estrutura da Administração Pública Indireta, tais autarquias não podem ficar alheias às determinações constitucionais de submissão ao controle administrativo, especialmente no que diz respeito à supervisão ministerial e à competência privativa e indelegável do Presidente de exercer a direção superior da Administração Federal. A fim de atenuar essa limitação, as leis instituidoras das agências reguladoras aumentaram sua relevância se comparadas às autarquias comuns, razão pela qual são denominadas *especiais*. (PAULO, 2003)

Esse regime especial deve estar previsto na lei que instituiu o ente, o qual diz respeito, em síntese, a uma maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes garantida pelo exercício de mandato fixo; e ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Não há, no ordenamento jurídico, uma definição legal acerca desse regime especial, mas quando o legislador deseja conceder prerrogativas especiais à determinada autarquia, a institui sob a denominação de *autarquia em regime especial*. (JUSTEN FILHO, 2002)

A lei criadora da agência reguladora deve limitar, de forma detalhada, toda a competência delegada pelo legislador à agência,⁸² a fim de possibilitar a verificação do campo normativo reservado ao ente instituído, bem como, aquele que continua sendo competência do Executivo e do Legislativo. Sua instalação, por outro lado, deve ser realizada por decreto, o qual não pode, em hipótese alguma, expandir o âmbito de competência delegada pela lei. Esta também deve estabelecer o patrimônio inicial e transferir todos os bens móveis e imóveis necessários à atividade, não sendo admissível sua transferência após a instituição, visto que o ente criador passaria a interferir na atuação da agência. (FIGUEIREDO, 2000)

Os bens do ente instituído são públicos e por ele administrados, com destinação especial. São afetados à forma prevista no regulamento da agência reguladora, razão pela qual podem ser, portanto, utilizados, onerados e alienados independentemente de autorização legislativa especial. Caso contrário sequer seria correto qualificar as agências com a respectiva autonomia

⁸² Em outros países, a ampliação da autonomia das agências reguladoras é seguida de instrumentos de controle correspondentes a sua atuação, visando a evitar a frustração de princípios democráticos e a ineficiência na consecução do bem comum e da dignidade da pessoa humana. Para além disso, “em nenhum país se ousa justificar a ampliação da autonomia e a supressão de controles com o argumento simplista da ampliação da eficiência da atividade administrativa”. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 593)

que detêm, “ficando à mercê de uma autorização parlamentar, que pelo ritmo próprio do processo legislativo, poderá chegar de modo tardio”. (MOTTA, 2003, p. 101)

Em que pese sejam os entes reguladores autarquias, a nomeação de seus dirigentes segue diretrizes diversas dos dirigentes autárquicos comuns. Sendo evidente que as agências atuam no campo da tomada de decisões eminentemente técnicas e que interferem na vida de milhões de brasileiros, os requisitos devem propostos de forma diferenciada. Nesse sentido, para que um indivíduo possa ser nomeado no âmbito da agência, a lei criadora deve estabelecer o máximo rigor possível e a exigência de qualificativos técnicos para o cargo. (MOTA, 2003)

Para além disso, deve-se exigir que o dirigente não tenha qualquer envolvimento com as empresas reguladas no setor ou quaisquer associações de usuários do serviço, bem como, que não tenha participação societária ou interesse profissional em empresas que possam vir a fornecer produtos ou serviços às concessionárias. Para Motta (2003, p. 103), trata-se de um requisito idealmente impossível, visto que “um verdadeiro especialista, dotado de tantos predicados, teria, forçosamente, passagens e interesses, no mínimo profissionais, em empresas prestadoras ou, em menor grau, em associações de defesa dos interesses dos usuários”.

No caso das agências reguladoras federais, o candidato ao cargo de dirigente deve ser escolhido e nomeado pelo Presidente da República, após ter seu nome aprovado pelo Senado Federal. A grande questão atinente à investidura diz respeito à possibilidade – ou não – da demissão *ad nutum* que ocorre na Administração Pública. Todavia, as responsabilidades e atribuições deste cargo exigem uma certa independência funcional em relação ao Ministério a que está vinculado e ao próprio Presidente, razão pela qual o dirigente somente poderá ser exonerado ou destituído nas hipóteses previstas em lei. (MOTTA, 2003)

Os atos praticados pelos dirigentes das agências reguladoras estão sujeitos a todos os controles⁸³ constitucionalmente previstos, dada a sua natureza jurídica de direito público, não apenas quanto aos requisitos de validade, mas, também, quanto aos aspectos econômicos, visto que são atos administrativos. Importante é o controle exercido pela sociedade civil, mediante instrumentos de participação popular ativa, como a consulta e a audiência pública, sendo este o

⁸³ Merecem destaque as modalidades de controle da atividade regulatória: I) controle de gestão, mediante a fiscalização da aplicação dos recursos por parte do Tribunal de Contas da União, Ministério Público e órgãos de controladoria governamental; II) controle da atividade-fim, exercido pelo Poder Executivo e Legislativo, a fim de analisar o cumprimento da função de implementar todos os objetivos e metas da política pública; e III) controle judicial, exercido sobre todos os atos das agências reguladoras, pelo Poder Judiciário, que deverá ser provocado para tanto. (NETO, 2003) Para Justen Filho (2002, p. 585), a fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas, também, sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.

meio mais eficaz de controle dos atos administrativos, uma vez que as decisões tomadas pelas agências impactarão a vida de toda a população brasileira. (JUSTEN FILHO, 2002)

Quanto aos contratos firmados com as empresas reguladas, não há dúvidas de que são contratos administrativos, devendo ser submetidos aos procedimentos licitatórios, especialmente aqueles que implicam delegação de concessão ou permissão. Para Motta (2003), em que pese haver atividades que dispensam os procedimentos licitatórios, o poder concedente deve verificar, de forma rigorosa, as qualificações do candidato para o exercício da função.

4.2.1 A Agência Nacional de Águas e as agências infranacionais: o campo regulador do setor de recursos hídricos

A Agência Nacional de Águas foi instituída em 17 de julho de 2000, com a publicação da Lei nº 9.984. Quando da edição da lei, a agência foi vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH)⁸⁴, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), estabelecendo regras para a sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de recursos. (BRASIL, 2000)

A Lei nº 14.026/2020, que estabeleceu o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, reestruturou a lei instituidora da agência reguladora, modificando a sua denominação: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). O ente regulador continua com a responsabilidade de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do SINGREH, mas passou a ter a atribuição de instituir normas e regular os serviços públicos de saneamento básico. (BRASIL, 2000) Em que pese a nova nomenclatura, neste trabalho serão abordados apenas os temas referentes ao setor de recursos hídricos, haja vista a proposta desta pesquisa.

O legislador assegurou a vedação ao exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária aos dirigentes da ANA. A estes também é vedado ter interesse direto ou indireto com qualquer empresa relacionada ao SINGREH ou à prestação de serviços públicos de saneamento básico, salvo os casos de atividades profissionais decorrentes de vínculos contratuais mantidos com entidades públicas ou privadas de ensino e pesquisa. (BRASIL, 2000)

⁸⁴ Foi instituída pela Lei nº 9.433/1997.

Dentre as diversas atribuições da ANA conferidas por sua lei instituidora,⁸⁵ está a de definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas, bem como, de regular, fiscalizar, fixar normas e padrões de eficiência, estabelecer tarifas, quando cabíveis, e promover a gestão e a auditoria de todos aspectos dos respectivos contratos de concessão, quando existentes. (BRASIL, 2000)

Desde a sua criação, a agência desempenha o papel de regulação das águas de domínio da União – interestaduais, transfronteiriças e reservatórios federais. Assim, são diversos os setores de recursos hídricos regulados: abastecimento humano e animal, indústria, irrigação agrícola, geração de energia, navegação, pesca, aquicultura e mineração. Para atender às necessidades da população, o ente regulador desenvolve estudos específicos sobre cada um dos setores usuários de água. (BRASIL, site ANA)

A ANA também é responsável por emitir outorgas⁸⁶ para exploração de rios, reservatórios, lagos e lagoas sob domínio da União. A cobrança pelo uso da água é prevista pela PNRH, e tem por finalidade obter verba para a recuperação das bacias hidrográficas brasileiras, estimular o investimento em despoluição, proporcionar ao usuário o entendimento do real valor da água e incentivar a utilização de tecnologias limpas e poupadoras de recursos hídricos. Essa cobrança não deve ser confundida com as tarifas cobradas pelas distribuidoras de águas dos usuários do serviço. (BRASIL, site ANA)

No primeiro momento, quando da captação dos recursos hídricos dos mananciais, ocorre a outorga. Após a captação ocorre a adução, quando a água é transferida para as Estações de Tratamento de Água (ETA), de responsabilidade da empresa delegatária⁸⁷, que deverá tratar e conservar a potabilidade da água, para, então, abastecer a região de sua competência em consonância com o contrato de concessão, conforme demonstrado a seguir:

⁸⁵ Art. 4º da Lei nº 9.984/2000.

⁸⁶ Outorga é outro meio de redução da atuação do Estado, que cria uma entidade e a ela transfere, por lei – não por contrato, como ocorre na concessão – a titularidade de determinado serviço público. (MELLO, 2009)

⁸⁷ No Rio Grande do Sul, o tratamento e a distribuição de água potável é atribuição da Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), sediada em Porto Alegre. Trata-se de uma sociedade de economia mista, cujo controle acionário é exercido pelo Estado do Rio Grande do Sul, instituída em 28/03/1966, com a publicação da Lei estadual nº 5.167. Em 31/08/2021, a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul aprovou o Projeto de Lei nº 211/2021 – 33 votos favoráveis e 19 contrários – e criou a Lei Estadual nº 15.708, que autoriza a privatização da CORSAN, sob o fundamento de que tal medida é necessária para cumprir as novas exigências do Marco Legal do Saneamento. (CORSAN, s/d)

Imagem 1
SISTEMA DE CAPTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA

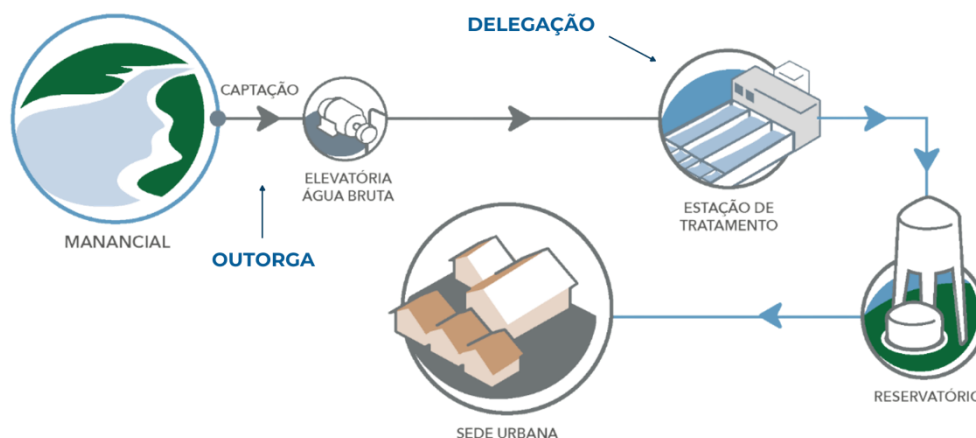


Imagem extraída e adaptada da apresentação do Programa Atlas Águas, desenvolvido pela ANA. Disponível em: <https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/storymaps/stories/1d27ae7adb7f4baeb224d5893cc21730>

É evidente que a atuação isolada da ANA não atenderia à demanda reguladora de todas as delegações do território nacional, razão pela qual não cabe à agência a fiscalização dos serviços de tratamento e distribuição de água potável e a aplicação de penalidades às empresas delegatárias. Para tanto, foram criadas diversas agências infranacionais – municipais, intermunicipais e estaduais, às quais caberá atender às reclamações, denúncias e sugestões quanto à qualidade da prestação de serviços de saneamento no âmbito de sua competência. (ANA, s/d)

No Rio Grande do Sul⁸⁸, o poder regulador é exercido pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados (AGERGS), autarquia especial criada em 9 de janeiro de 1997, pela Lei nº 10.931, dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa, seguindo o modelo tradicional das agências reguladoras federais. Todavia, diferentemente da ANA, que é responsável apenas pelo campo regulador dos recursos hídricos, a AGERGS regula as áreas de saneamento básico, energia elétrica, rodovias, portos e hidrovias, irrigação, transportes intermunicipais de passageiros, aeroportos, distribuição de gás canalizado e inspeção de segurança veicular. (RIO GRANDE DO SUL, 1997)

Os principais objetivos da agência estadual são assegurar a prestação de serviços adequados, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, universalidade e modicidade das tarifas, e garantir a harmonia entre os interesses dos usuários, concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos. A atuação

⁸⁸ Não serão analisadas todas as agências reguladoras do país, não sendo esta a proposta da presente pesquisa. A agência reguladora do Estado do Rio Grande do Sul foi utilizada a título exemplificativo, pois trata-se do local em que está sendo realizado o trabalho.

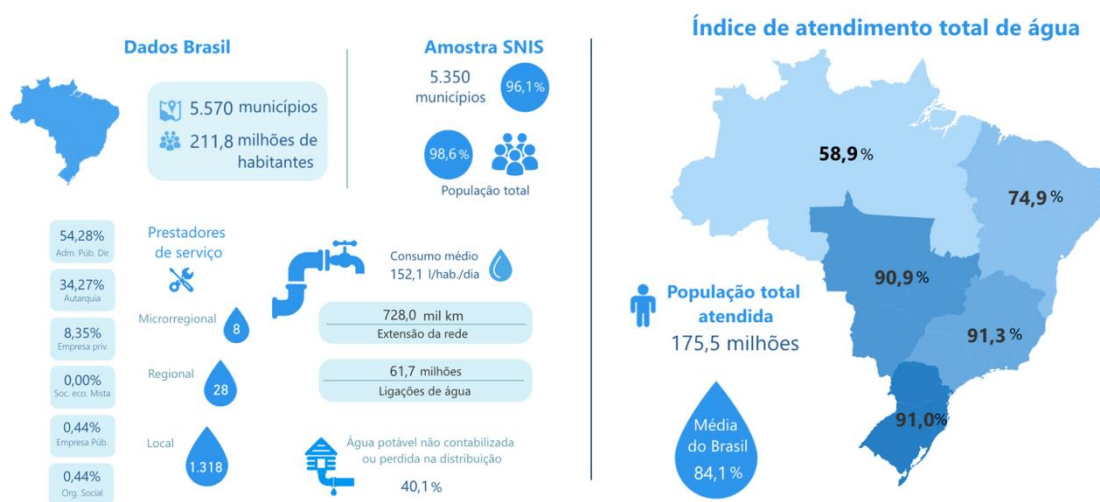
da AGERGS também visa a zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos delegados. (RIO GRANDE DO SUL, 1997)

Compete à agência estadual a regulação dos serviços delegados prestados no Rio Grande do Sul:

I) No acesso aos serviços públicos: garantir a aplicação do princípio da isonomia no acesso e uso dos serviços públicos; II) Nos contratos: homologar os contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções, zelar pelo fiel cumprimento dos contratos e propor o aditamento ou a extinção dos contratos em vigor; III) Nas tarifas: fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar ao ente delegante, tarifa, seus valores e estruturas e buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos; IV) Na informação: requisitar à Administração, aos entes delegantes ou aos prestadores de serviços públicos delegados, as informações convenientes e necessárias ao exercício de sua função regulatória; V) Nas concessões: orientar a confecção dos editais de licitação e homologá-los, objetivando à delegação de serviços públicos no Estado e propor novas delegações; VI) Nos conflitos de interesse: moderá-los, dirimi-los ou arbitrá-los; VII) Na fiscalização: cumprir e fazer cumprir a legislação específica relacionada aos serviços públicos, fiscalizar, a qualidade dos serviços e aplicar sanções decorrentes da inobservância da legislação vigente ou por descumprimento dos contratos. (RIO GRANDE DO SUL, 1997)

Em que pese a descentralização da atuação reguladora nos diversos estados e municípios do país, a ineficiência na distribuição de água potável para a população ainda reflete a miserabilidade de algumas regiões brasileiras. Dos 5.570 municípios existentes, apenas 5.350 recebem o abastecimento de água potável:

Imagem 2



Imagens e dados de 2020, retirados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-abastecimento-agua>.

Conforme dados⁸⁹ do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a estimativa da população residente no Brasil é de 211,8 milhões de pessoas. (IBGE, 2020) Deste número, apenas 175,5 milhões recebem a distribuição de água potável, de modo que 15,9% da

⁸⁹ Referem-se 1º de julho de 2020, visto que as informações mais atualizadas do SNIS são datadas no mesmo ano.

população permanece à mercê da utilização de água não tratada ou até mesmo sem qualquer garantia de acesso a esse recurso. É de suma importância salientar, portanto, que o direito à saúde e a uma vida digna é negado a, aproximadamente, 35 milhões de pessoas no território nacional.

4.3 Duas propostas de normatização: da Emenda Constitucional nº 4/2018 ao Projeto de Lei nº 4.162/2019

Em que pese o reconhecimento da água potável como direito humano ter ocorrido em 2010, quando da edição da Resolução nº 64/292, no âmbito da ONU, as discussões no âmbito interno da República Federativa do Brasil prolongaram-se por oito longos anos até que fosse dado o primeiro passo na positivação interna desse bem fundamental. Em 07/02/2018 foi protocolada, no Senado Federal, a proposta de Emenda à Constituição nº 4, visando à inclusão do acesso à água potável entre o rol dos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 2018)

Diante da proposição formulada pelo Senador Jorge Viana, o art. 5º da Constituição Federal passaria a vigorar acrescido de um inciso ao final do rol exemplificativo de direitos e garantias:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIX - é garantido a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico.

A justificação da proposta da emenda advém da qualificação da água como bem essencial e fundamental à vida digna da população, no sentido de que se trata de um recurso imprescindível não apenas para a vida biológica do ser humano, mas, também, assume grande relevância no desenvolvimento socioeconômico e para o bem-estar da humanidade. Essas são algumas das razões pelas quais a Assembleia-Geral da ONU reconheceu o direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos essenciais ao pleno desfrute da vida humana e demais direitos. (BRASIL, 2018)

Apesar de ser um elemento reconhecidamente indispensável à garantia do direito à saúde, e, principalmente, à garantia de uma vida digna, o acesso à água potável ainda não é reconhecido intrinsecamente como um direito fundamental, sequer qualificado como um bem fundamental, pelo contrário, “a água é considerada, muitas vezes, apenas como recurso e como bem econômico, o que exclui parcelas vulneráveis da sociedade da possibilidade de ter acesso

ao precioso líquido em quantidade e qualidade que permitam uma vida digna”. (BRASIL, 2018, p. 1-2)

A proposta também sintetiza acerca do controle do acesso à água potável, o qual é capaz de definir relações de poder e de dominação do território. Desde os primórdios, a dominação das águas subterrâneas e superficiais por grupos humanos e o domínio sobre os estoques naturais desse recurso ocorrem mediante processos de apropriação, a qual representa fatores históricos, sociais, econômicos e políticos, envolvendo trocas comerciais, guerras, deslocamentos forçados de populações e domínios territoriais:

Processos de disputa de território associados aos recursos hídricos também ocorrem no âmbito doméstico, agravados em regiões brasileiras afetadas por escassez hídrica, como a região do Semiárido. Há situações em que o exercício do poder está associado ao domínio das águas e ao controle sobre o seu acesso. Apesar dos avanços na direção contrária ao centralismo decisório, propiciados por certa modernização da legislação, seguem evidentes as fragilidades quanto aos sistemas de representação social e de construção de intervenções políticas focadas no uso das águas, sendo possível constatar que a democracia formal presente nas modalidades de gestão dos recursos hídricos não resiste às relações de poder fixadas nos territórios. (BRASIL, 2018, p. 2)

A ideia na justificação seria atribuir maior notoriedade à PEC nº 4/2018 em razão da realização do 8º Fórum Mundial da Água⁹⁰, previsto para ocorrer no mês seguinte à proposição, em Brasília, organizado pelo Conselho Mundial da Água⁹¹, denominado *Compartilhando Água*.⁹² O evento⁹³ discutiria, dentre outros assuntos, o compartilhamento da água entre povos e nações, visto que aproximadamente 40% da água consumida no planeta provém de lagos e rios compartilhados, que nascem no território de determinado Estado e seguem seu curso para outros. (BRASIL, 2018)

Isso poderia acarretar conflitos, especialmente no que diz respeito a mudanças climáticas, podendo causar a escassez dos recursos hídricos. Em razão disso, torna-se imperiosa

⁹⁰ O Fórum Mundial da Água é o maior evento global sobre o tema água e é organizado pelo Conselho Mundial da Água, uma organização internacional que reúne interessados no assunto e tem como missão promover a conscientização, construir compromissos políticos e provocar ações em temas críticos relacionados à água para facilitar a sua conservação, proteção, desenvolvimento, planejamento, gestão e uso eficiente, em todas as dimensões, com base na sustentabilidade ambiental, para o benefício de toda a vida na terra. (WWF, 2018)

⁹¹ Organização internacional fundada em 1996, com sede permanente na cidade de Marselha, na França, o Conselho Mundial da Água é uma organização internacional que reúne cerca de 400 instituições relacionadas à temática de recursos hídricos em aproximadamente 70 países. O Conselho é composto de representantes de governos, da academia, sociedade civil, de empresas e organizações não governamentais, formando um significativo espectro de instituições relacionadas com o tema água.

⁹² O evento foi eficaz na construção da agenda hídrica no âmbito internacional [...] para promover mudanças, são necessárias uma visão comum e ações coordenadas em nível local, nacional e internacional [...] a finalidade é proporcionar a implementação dessas mudanças a fim de alcançar objetivos específicos da gestão dos recursos hídricos, deixando como legado o compromisso de ter a água como prioridade global, buscando a conscientização de mais e mais pessoas com relação ao uso sustentável e consciente da água. (WWF, 2018b, p. 3)

⁹³ O 8º Fórum Mundial da Água no Brasil foi a maior edição da história, com a participação de aproximadamente 120 mil pessoas de 172 países diferentes. (WWF, 2018c, p. 5)

a discussão entre os Estados para estabelecer marcos globais de compartilhamentos de recursos hídricos visando a evitar possíveis conflitos, assegurando, dessa forma, que todos os seres humanos tenham assegurado o seu acesso à água, garantindo e satisfazendo os direitos da pessoa humana como um todo. (BRASIL, 2018)

É nesse sentido que emerge a essencialidade da Proposta para positivação do acesso à água potável na Constituição Federal como direito fundamental, como desdobramento da garantia à inviolabilidade do direito à vida já prevista em seu art. 5º, a qual não existe – pelo menos de forma digna – sem provisão de água potável. Essa medida também resguardaria a essencialidade dos recursos hídricos, garantindo que o interesse econômico-mercantil jamais se sobreponha ao direito à vida humana. (BRASIL, 2018)

O parecer foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania apenas em 08/05/2019. Ato contínuo, a Proposta recebeu sua primeira e única emenda pela Senadora Mara Gabrilli em 31/03/2021, a qual propunha adicionar mais um inciso ao art. 5º: LXXX – é garantido a todos o direito à qualidade do ar, inclusive em ambientes internos públicos e privados de uso coletivo, não guardando qualquer correlação com a proposta inicial da PEC.⁹⁴ (BRASIL, 2021)

O parecer do relator da proposta, o Senador Jaques Wagner, é no sentido de que a garantia do direito de acesso à água potável é condição essencial para a realização dos direitos humanos em sua plenitude:

A água é um elemento natural insubstituível a todas as formas de vida, sejam animais (sobretudo às vidas humanas), microbianas ou vegetais. É, portanto, um elemento essencial à vida no planeta. É um direito fundamental para que se possa viver com dignidade, considerando a importância da água potável para os mais diversos usos domésticos. [...] O Brasil precisa caminhar nesse sentido, considerando a precariedade de atendimento aos serviços de saneamento básico. Ainda que já estejamos na terceira década do século XXI, cerca de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada [...] a desigualdade regional no abastecimento de água é um dos maiores desafios a enfrentar para garantir esse direito humano à população brasileira [...] a Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018, reforça e consolida o acesso à água potável como um direito humano fundamental, indisponível, inalienável e como condição necessária à dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2021)

Nesse sentido, o voto do Senador Jaques Wagner foi pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e boa técnica legislativa da PEC nº 4/2018, votando, no mérito,

⁹⁴ A Emenda proposta pela Senadora foi pensada em razão da pandemia de Covid-19, visto que a qualidade do ar é uma das principais influências na manutenção da saúde da população: é inquestionável que a poluição atmosférica deixa a população de cidades onde há maior nível de poluentes mais suscetível ao contágio pela doença [...] nos ambientes internos a qualidade do ar é ainda mais importante, sobretudo em caso de pandemias com alta transmissão pelo ar nesses ambientes [...] propomos que o direito à qualidade do ar seja elevado ao patamar constitucional para conferir maior segurança jurídica ao marco regulatório vigente, eis que se trata, inegavelmente, de um direito humano fundamental. A poluição atmosférica tem causado violações de outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde e o direito de viver em um meio ambiente sadio, saudável e sustentável.

por sua aprovação. A Emenda apresentada pela Senadora Mara Gabrilli, todavia, foi rejeitada, haja vista não guardar relação direta e imediata com os termos da proposição sobre a água potável, conforme exige o Regimento Interno do Senado Federal. (BRASIL, 2021)

As duas votações no Senado ocorreram em 31/03/2021:

1ª VOTAÇÃO					
Sim	Não	Abstenções	Presidente	Impedidos	Presentes
75	0	0	1	0	76

2ª VOTAÇÃO					
Sim	Não	Abstenções	Presidente	Impedidos	Presentes
72	0	0	1	0	73

Fonte: Senado Federal.

Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208/votacoes#votacao_6297.

Aprovada em dois turnos pelo Senado Federal, a Proposta foi remetida à Câmara dos Deputados em 07/04/2021. Há três propostas em apenso à PEC 4/2018: a PEC 258/2016, do Deputado Paulo Pimenta (PT), que visa a incluir no art. 6º o acesso à terra e à água; a PEC 430/2018, do Deputado Francisco Floriano, que sugere acrescentar ao art. 5º que a água é um direito humano essencial à vida e insuscetível de privatização; e, por fim, a PEC 232/2019, do Deputado Orlando Silva, que visa a incluir no rol do art. 6º o acesso à água tratada. Até então, nenhuma Proposta de Emenda foi votada na Câmara. (BRASIL, 2018)

Por outro lado, havia uma segunda proposta de positivação interna no que tange aos recursos hídricos: o Projeto de Lei (PL) nº 4.162/2019, o qual propunha atualizar o Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, trazendo como principal destaque a necessidade de inserir no setor de gestão das águas a participação da iniciativa privada. Tal justificação adveio de argumentos relacionados à ineficiência no atendimento dos serviços de distribuição de água potável à toda população brasileira e devido à necessidade de aporte de grandes quantias de recursos para investimentos no setor.

Nesse sentido, o serviço de distribuição dos recursos hídricos seria orientado pela rentabilidade garantida pelo consumidor final, além da suposição de que as empresas privadas seriam mais rigorosas na prestação e na fiscalização dos serviços. Consequentemente, as empresas seriam mais eficientes no que tange aos critérios qualiquantitativos, sem que houvesse a necessidade de redução no atendimento à população para manutenção da qualidade técnica, operacional e profissional.

Em contraposição ao serviço prestado pelo Estado, a iniciativa privada tenderia a ser menos tolerante, por exemplo, ao uso extravagante da água potável, ocasionando perdas reais dos recursos hídricos, bem como, ao consumo não registrado oficialmente ou ilegal, cujos impactos poderiam ser detectados diretamente nos prejuízos enfrentados pela empresa responsável. Ao mesmo tempo, a iniciativa privada visaria à expansão do mercado de consumo para multiplicar seu faturamento, estimulando ao máximo a distribuição dos recursos hídricos a uma parcela maior da população.

O procedimento de atualização do Marco Legal do Saneamento Básico brasileiro teve início com a publicação das Medidas Provisórias 844 e 868, vigentes no ano de 2018, as quais foram invalidadas em razão do término do prazo de tramitação. Em 2019 foi proposto o PL 3.261, de autoria do Senador Tasso Jereissati, o primeiro referente à temática do saneamento básico, o qual foi substituído na tramitação pelo PL 4.162, de autoria do Poder Executivo.

Um dos principais fundamentos do Projeto é que a Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico,⁹⁵ já restava obsoleta após seus doze anos de vigência, visto que “a população brasileira ainda enfrenta graves problemas de acesso aos serviços públicos de saneamento básico [...] além disso, há um déficit de 40,8 e 103,2 milhões de brasileiros sem acesso às infraestruturas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, respectivamente”. (BRASIL, 2019)

Outras justificações podem ser extraídas do PL 4.162/2018, a exemplo do número elevado de perdas na distribuição de água potável, cujo índice foi aferido em 38,3%, conforme dados extraídos do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Isso significa que “quase 4 litros de água tratada são desperdiçados para cada 10 litros produzidos”. (BRASIL, 2019) Tendo em vista, portanto, a precariedade dos serviços de abastecimento de água no Brasil, com destaque para a zona rural, o sistema demandaria investimentos⁹⁶ vultuosos e imprescindíveis para a universalização dos serviços.

A estrutura monopolizada do setor com predomínio de empresas públicas também é elemento de fundamentação ao Projeto: 68,9% são Empresas Estaduais de Economia Mista;

⁹⁵ A Lei nº 11.445/2007 também imputa ao Estado a obrigatoriedade de garantir o abastecimento de água tratada, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana mediante o manejo adequado de resíduos sólidos e a drenagem urbana de águas pluviais. (BRASIL, 2007)

⁹⁶ Conforme análise feita para a proposição do PL 4.162/2019, é necessário um investimento de “pelo menos R\$ 22 bilhões de reais por ano para alcançar a universalização do acesso a esses serviços. E numa conjuntura de grave crise fiscal com restrição de investimentos públicos, ao Governo Federal só resta constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada, com apoio imprescindível dos Estados e Municípios e com o interesse único de levar conforto, qualidade de vida e saúde aos brasileiros desassistidos.” (BRASIL, 2019, p.26)

17,4% são da Administração Pública direta; 9,3% são Autarquias; 2,9% são empresas privadas; 1,4% são empresas públicas e 0,1 são Organizações Sociais:

Trata-se de um setor altamente monopolizado, onde as empresas estaduais possuem forte predomínio e a iniciativa privada está presente em apenas 6% dos municípios, apesar de representar mais de 20% dos investimentos realizados no setor. O setor de saneamento básico no país acumula índices preocupantes de cobertura, comprometendo a saúde da população, principalmente daquela menos assistida pelas políticas públicas, e necessita de respostas ousadas e factíveis [...] não se pode viver com mais de 40 milhões de brasileiros sem acesso à água de qualidade [...] num país considerado a 9ª economia do mundo e subjugada a 123ª no ranking mundial de serviços públicos de saneamento ambiental [...] o Brasil necessita investir mais de R\$ 20 bilhões por ano até 2033, para universalizar a cobertura de água e esgoto em todo o seu território e evitar a morte prematura de 15 mil pessoas por ano por doenças de veiculação hídrica ou causadas pela ausência de saneamento. (BRASIL, 2019, p. 26)

Mesmo após doze anos de vigência da lei que estabelece as diretrizes do saneamento básico, existem mais de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 2.906 municípios dos 5.570 existentes. Isso significa que 48% dos municípios brasileiros não possuem qualquer amparo de regulação ou fiscalização, mesmo detendo a titularidade dos serviços, conforme disposto na Constituição Federal. (BRASIL, 2019)

Isso se deve à baixa capacidade regulatória dos municípios, o que acaba por não padronizar os serviços deste setor ao longo do território nacional, influenciando na qualidade e no valor dos serviços de forma inadequada. Outra consequência da ausência de padronização regulatória é o elevado custo de transação dos prestadores de serviços, públicos e privados, que trabalham para diferentes titulares, os quais “são obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço.” (BRASIL, 2019, p. 27)

A partir de tais constatações, o PL 4.126/2019 propunha uma redefinição da estrutura do setor de saneamento básico, imputando à Agência Nacional de Águas (ANA) a responsabilidade de implementação de normas regulatórias que promovessem maior uniformidade, clareza e transparência nos procedimentos administrativos, oportunizando uma maior participação da iniciativa privada nos projetos de distribuição de água potável. Além disso, a proposta modificaria critérios relacionados aos contratos de serviços de saneamento, os quais deveriam prever metas e mecanismos de acompanhamento e fiscalização, de modo a assegurar a governança do setor e garantir a universalização do atendimento.

Tais argumentos são corroborados pelo PL 4.162/2019, aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal em dezembro de 2019:

VOTAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS					
Sim	Não	Abstenções	Presidente	Impedidos	Presentes
276	124	1	1	1	402

Fonte: Câmara dos Deputados.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=9315&numLegislatura=56&codCasa=1&numSessaoLegislativa=1&indTipoSessaoLegislativa=O&numSessao=414&indTipoSessao=E&tipo=uf>.

VOTAÇÃO NO SENADO FEDERAL					
Sim	Não	Abstenções	Presidente	Impedidos	Presentes
65	13	0	1	0	79

Fonte: Senado Federal.

Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534/votacoes#votacao_6144.

O Projeto de Lei 4.126/2019 foi, então, aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional e convertido na Lei nº 14.026, promulgada em 15 de julho de 2020. Trata-se de uma normativa com 24 artigos que altera 7 leis anteriores, a qual foi amplamente aclamada pela iniciativa privada – haja vista estimular a concorrência e a desestatização de empresas do setor dos recursos hídricos – popularmente conhecida como o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*. (BRASIL, 2020)

4.4 O Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil: desafios e perspectivas

O novo marco regulatório do saneamento básico trouxe mudanças substanciais para o setor de distribuição de água potável, sendo a principal delas a previsão da participação das empresas privadas na execução dos serviços públicos. São inúmeras as discussões acerca desse ponto específico elencado pela Lei nº 14.026/2020 – o que, inclusive, motivou esta pesquisa – sendo necessário ponderar que os debates deveriam versar não sobre ideologias políticas ou partidárias, mas, sim, sobre a efetividade do novo marco regulatório na concretização dos direitos inerentes à pessoa humana.

A lei estabelece metas para a universalização dos serviços de saneamento básico, cuja expectativa é concluí-la até o final de 2033. Para tanto, os contratos de prestação dos respectivos serviços deverão estabelecer metas para a universalização que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até o dia 31 de dezembro de 2033. Além disso, tais contratos deverão prever metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, que reduzam as perdas dos recursos e que visem à melhoria dos processos de tratamento. (BRASIL, 2020)

Todavia, em que pese as grandes promessas dedicadas à iniciativa privada desde as justificações do Projeto de Lei nº 4.126/2019, ainda é incipiente analisar se tais mudanças serão positivas ou não. Serão necessárias pesquisas quali-quantitativas que visem a mensurar o desempenho do novo modelo regulatório a fim de verificar se houve melhora na distribuição do serviço de água potável ou não. Em razão disso, o grande cerne da questão é: a participação mais ativa do setor privado promoverá a efetiva acessibilidade à água potável às populações economicamente vulneráveis? As agências infranacionais serão eficazes na regulação dos serviços deste setor?

Em que pese não existir um estudo aprofundado sobre o novo marco regulatório e sua efetividade na consecução dos direitos da população, é possível tecer um estudo comparativo com outras cidades que propuseram mudanças nos mesmos moldes da Lei nº 14.026/2020. Um exemplo importante a ser analisado é Paris, cujos serviços de distribuição de água potável eram administrados desde 1984 pelas companhias privadas Suez e Veolia. A prestação dos serviços públicos passou a ser reestatizado em 2009, com a criação da empresa pública *Eau de Paris*, visto que o governo passou a não mais ter controle quanto a alguns parâmetros da prestação do serviço, sendo os principais o preço para sua fruição e a obscuridade na gestão das empresas privadas. (BRITTO, 2019)

Um ponto agravante é que no modelo de prestação de serviços públicos da França não há a previsão de uma entidade reguladora incumbida de fiscalizar a efetividade do serviço prestado. Os ministérios são responsáveis por estabelecer normas de regulação e fiscalizá-las: o Ministério da Saúde era responsável por atestar a qualidade sanitária da água; o do Meio Ambiente, por tratar da qualidade dos recursos hídricos e controlar a quantidade de água captada das bacias. É evidente, portanto, a razão do descontrole do poder público quanto às empresas privadas. Atualmente as tarifas são fixadas a cada ano pelo Conselho de Administração da *Eau de Paris*, as quais passam pela validação do prefeito. Além disso, todas as informações e as diretrizes da gestão ficam à disposição do poder público da capital francesa. (BRITTO, 2019)

Outro exemplo que merece destaque é o da Guerra da Água, em Cochabamba, que assegurou o monopólio de interesses neoliberais a partir da publicação da Nova Lei de Águas. Esta, dentre várias diretivas, possibilitou a exploração dos recursos hídricos como bens patrimoniais de interesses privados e procedeu à concessão do serviço à empresa transnacional *Aguas del Tunari*, impulsionada pelo Banco Mundial, ocasionando diversos problemas à

população que já sofria com a escassez de água potável dados os altos valores⁹⁷ tarifários para fruição dos serviços. Após fortes reivindicações e intensas lutas nos anos 2000, o serviço passou a ser reestatizado. (PRONZATO, 2020)

É nesse sentido que expandir a esfera dos serviços públicos de saneamento básico à iniciativa privada promove discussões desde as primeiras proposições do novo marco regulatório. Mesmo com a proposta de fiscalização e regulação da distribuição de água potável, as mudanças podem sucumbir aos ideais liberais e privar milhares de pessoas do acesso a esse recurso, multiplicando a miserabilidade e a desigualdade no país. Neste momento é colocado em evidência o papel das agências reguladoras – especialmente as infranacionais – e sua eficiência na fiscalização desses serviços.

O desconhecimento quanto às estruturas e ao modo de funcionamento das agências estrangeiras e à própria organização político-jurídica referidas por Justen Filho (2002) pode conduzir à criação de agências com finalidades despropositadas, haja vista a ausência de mecanismos capazes de neutralizar os riscos de concentração e desvio de poder. É inadmissível que a instituição de um novo marco de modelo regulatório no setor de recursos hídricos seja instrumento para reduzir o controle social, político e jurídico sobre o exercício de competências estatais.

Não se pode assumir um modelo que estimula as privatizações de empresas cujo maior poder acionário pertence, hoje, ao poder público, para impedir a fiscalização sobre suas decisões. Decisões estas que o Executivo veicula por meio de agências reguladoras, dotadas de autonomia, que não devem, em hipótese alguma, infringir os direitos e garantias preconizados em uma Constituição aprovada por – e para – o povo:

O futuro das agências reguladoras no Brasil dependerá do papel que venha a ser atribuído ao Estado regulador. Este somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da autoestima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como tem ocorrido atualmente, como mero objeto. (AMARAL, 2001, p. 6)

Antes de adentrar no papel das agências, ainda, se deve atentar que a água é um direito, não uma mercadoria, razão pela qual ter acesso a esse recurso não é uma questão de escolha, mas, sim, de vida ou morte, uma vez que não pode ser substituída por qualquer outro recurso. Trata-se, portanto, de um recurso social que não pode ser submetido aos princípios do mercado, visto que sua gestão como um ativo mercadológico não observa as diretrizes inerentes à efetivação da dignidade da pessoa humana.

⁹⁷ A empresa transnacional fez com que, em 2 meses, as tarifas subissem 400%, afetando toda a cidade que dependia do acesso à água potável. (PRONZATO, 2020)

Qualificar a água como um bem patrimonial é sinônimo de provocar sérios riscos e dificuldades no que tange à sua acessibilidade, isso porque grande parte da população brasileira vive em situação de extrema miserabilidade e não dispõe de recursos suficientes para contratar tais serviços. Nesse sentido, a universalização da distribuição de água potável está intimamente ligada ao caráter essencial da prestação desse serviço e deve se manter alheia à capacidade de pagamento dos usuários. É fundamental, portanto, promover uma regulação eficaz que assegure o equilíbrio entre as empresas prestadoras de serviços e seus consumidores finais, aos quais se deve garantir a efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer sobre a temática dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana – especialmente à água potável – e, ao mesmo tempo, sobre a efetivação de suas garantias, demanda uma abordagem multidisciplinar para agregar premissas fundamentais ao desafio proposto com a promulgação do novo modelo regulatório de saneamento básico e a proposição de universalizar os serviços de distribuição de água potável. Nesse sentido, imperiosa foi a análise da dicotomia acerca do tratamento da água entre bem patrimonial e bem social, eis que isso representa o interesse da coletividade em prol do bem comum.

Após longos períodos de exploração ambiental, os Estados passaram a atentar para o fato de que os recursos hídricos são fontes finitas, e a ausência de uma proteção efetiva desses recursos poderia ocasionar um desastre global. O cenário supranacional evoluiu desde a aprovação do Regulamento de Helsinque, em 1966 – momento em que as águas eram vistas como mera passagem para trocas comerciais entre os Estados – até o reconhecimento da água como direito humano, quase meio século depois, sob um viés de desenvolvimento humanitário, considerando as faltas graves de acesso a água potável ao redor do mundo.

Ao longo da investigação feita, todavia, verificou-se que reconhecer o acesso à água potável como direito humano é apenas uma pequena premissa na luta para assegurar a universalização do acesso a esse recurso. Em que pese o reconhecimento do direito, muitos países sul-americanos ainda não preconizaram em seus textos constitucionais a água potável como direito fundamental, sendo o Brasil um deles. Essa internalização é imprescindível quando analisado o Direito como sistema de garantias, o qual é precipuamente ancorado na rigidez do texto constitucional.

O Estado Constitucional de Direito foi consolidado como forma de suprimir a arbitrariedade do poder estatal e estabelecer os fundamentos e a razão de ser do Estado, qualificado como agente de promoção social e garantidor dos direitos fundamentais. Corolário do Estado Constitucional, o garantismo pressupõe estabelecer um conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes, os quais devem garantir a máxima efetividade de todos os direitos e todas as promessas advindas do texto constitucional, exigindo, portanto, a implementação de políticas públicas que permitam a concretização dos direitos fundamentais.

Atentando para a efetividade dos direitos preconizados pelo texto constitucional e se estes são capazes de assegurar garantias compatíveis com todas as necessidades vitais da pessoa humana – especialmente no que tange à tutela da coletividade – este trabalho propôs, a partir da noção de direitos, deduzir a categoria dos bens fundamentais. Dentro da classificação dos

bens fundamentais estão os bens sociais, a exemplo da água potável, os quais devem ser juridicamente acessíveis a todos, haja vista não serem proporcionados de forma natural à população e serem indispensáveis à subsistência humana.

A construção de uma política global se mostrou necessária mediante a inclusão desses bens em Cartas constitucionais e internacionais de bens fundamentais, visto que ausente uma esfera pública à altura dos novos poderes transnacionais. A garantia da proteção desses bens seria efetivada com a criação de instituições de garantias primárias, e as sanções decorrentes do inadimplemento e das violações das garantias seriam efetivadas mediante a criação de instituições de garantias secundárias, ambas com status supranacional.

Tal proposição é oriunda da constatação de que um constitucionalismo planetário deve ser fundado em um sentido de pertencimento global, de modo a compreender os problemas nacionais como interesses públicos vitais e universais, conectando os diversos Estados de todas as formas. Em que pese tratar-se de problemas internos, são interesses comuns e que ultrapassam as barreiras geográficas, constituindo novo preceito de interesse público geral. Somente a conscientização geral quanto à gravidade dos problemas que afetam a pessoa humana é capaz de promover políticas públicas internas de enfrentamento às intempéries de âmbito global.

O viés empírico da pesquisa demonstrou parte dessa conscientização ao analisar alguns julgados das cortes superiores da Bolívia, do Peru, do Brasil, da Colômbia, do Chile e da Argentina, cujos entendimentos são no sentido de garantir o acesso à água potável a todo o indivíduo, tendo em vista sua importância imprescindível para assegurar a dignidade da pessoa humana. Os tribunais dos países cujos textos constitucionais não preconizam a água potável no rol de direitos fundamentais fundamentam seus julgados em documentos internacionais, visando a garantir o acesso à água potável em qualidade e quantidade adequadas às suas necessidades básicas.

Ocorre que essa conscientização deve ocorrer no âmbito dos três poderes e da sociedade como um todo, principalmente quanto à responsabilidade de promover políticas públicas e assegurar o bem-estar da coletividade, momento em que se mostra necessária a intervenção do Estado pautada na proteção social. Essa intervenção do poder público pode ocorrer de forma direta, na efetiva prestação do serviço público, ou de forma indireta – e desde que eficiente – no planejamento, na fiscalização e na regulação do desenvolvimento de cada setor responsável pela prestação do serviço.

Visando a estimular a abstenção do Estado na prestação dos serviços de distribuição de água potável de forma direta – seja com a privatização de estatais ou com a delegação dos

serviços à iniciativa privada – o novo marco legal do saneamento básico demanda um poder regulador permanente, concentrado e eficiente para a consecução da dignidade da pessoa humana. A redução da atuação direta do Estado com a privatização de empresas – a exemplo da CORSAN – traduz a funcionalização de poderes concedidos à iniciativa privada, o que exige atenção plena quanto à atuação do particular, que passa a ser responsável pela consecução do bem comum.

É primordial salientar que a retirada dessa atuação do poder público não deve ser vista como supressão de direitos, mas, sim, apenas como uma modificação instrumental para garanti-los. Todavia, apenas se pode admitir a concessão de um serviço público à iniciativa privada quando esta dispõe de mecanismos que garantam que os mesmos valores visados anteriormente pelo Estado serão efetivados mediante a atuação dos particulares. Estes devem ter por finalidade, antes de adentrar no campo do faturamento, estimular a expansão do consumo aos indivíduos que não têm acesso a esse recurso.

A privatização de empresas com participação majoritária do poder público – apesar de reduzir o gasto do Estado com a distribuição de água potável – exige uma correlação com a estruturação de entes reguladores competentes e eficientes para que haja uma mudança efetiva no cenário atual. Antes da abertura para o setor privado, é essencial que haja consideração quanto às agências infranacionais e sua real eficiência na elaboração de bons editais de licitação, planos de saneamento e estruturação de contratos administrativos capazes de regular a atividade de forma plena e satisfatória.

Por tal motivo foram expostas neste trabalho as atribuições da AGERGS, que é responsável por regular não apenas o setor de distribuição de água potável, mas, também, diversos outros que sequer tem relação com os recursos hídricos. Questiona-se, portanto, sua real eficiência ao regular uma empresa privada que pode sucumbir aos ideais liberais, uma vez que, um contrato administrativo mal elaborado ou precário pode acarretar graves danos a médio e a longo prazo na materialização de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e suas garantias.

Isso porque cada atividade regulada apresenta características e funcionamento próprios, que na esmagadora maioria das vezes não admitem tratamento similar ao que se revelaria adequado para outros setores. Essa dificuldade não ocorre apenas nas tratativas econômicas, mas, também, no que diz respeito à própria postura estatal relativamente a cada setor. É evidente a impossibilidade de reservar soluções idênticas para o saneamento básico e para os aeroportos. As características de cada serviço, da estrutura econômica das atividades e dos interesses sociais a serem protegidos são absolutamente diversos.

Há, portanto, uma séria preocupação atinente à disciplina da regulação, uma vez que a redução da atuação do poder público e a instauração da competência regulatória não garantem, por si só, a consecução de resultados satisfatórios. O Estado pode exercer o poder regulador de forma equivocada e manejá-lo de forma ineficiente, ou, então, pode sucumbir às escolhas e decisões políticas conforme as diretivas ideológicas do governo eleito. A contínua edição de regras de conteúdo e finalidades sem qualquer grau de coordenação promove uma regulação estatal desordenada, muitas vezes resultante de interferências políticas momentâneas ou ideais obsoletos.

É nesse sentido que a estruturação tradicional do Estado, pautada na tripartição de poderes, pode acarretar resultados catastróficos no âmbito da produção irracional da regulação. Na esfera legislativa, a pressão popular e a necessidade de atender aos interesses de diversos grupos sociais amplia os riscos de corromper o regramento de uma regulação pautada apenas em critérios técnicos. A necessidade de conquistar a simpatia do eleitor pode conduzir a atuação da agência competente a medidas menos adequadas e eficientes, sistematizada exclusivamente em critérios políticos.

Na esfera administrativa a problemática não é alheia ao campo político, abrangendo, ainda, um agravante. As composições partidárias direcionam a distribuição de cargos e funções públicas entre as coligações da autoridade eleita. Partindo desse pressuposto, a relevância das competências atinentes a determinado cargo são alvo de enorme disputa política. Mesmo com as exigências técnicas para nomeação dos dirigentes das agências, estes são escolhidos e ratificados por entidades de cunho político, razão pela qual o preenchimento deste cargo pode ocorrer a partir de critérios variáveis, inclusive podendo integrar o processo de barganha política.

É nesse sentido que Ferrajoli retrata o argumento de exigir, inicialmente, a disponibilização dos recursos hídricos em sua forma potável a toda a população, em especial aos hipossuficientes – que sequer têm acesso a esse recurso ou o tem em condições inadequadas para consumo – antes que haja a exploração dos recursos hídricos única e exclusivamente em caráter liberal. A concessão do serviço público deve estar pautada no poder regulador e na efetividade dos direitos da pessoa humana, não podendo, em hipótese alguma, ser submetida ao regime jurídico clássico do liberalismo econômico.

Sua distribuição não onerosa garante a satisfação do mínimo vital necessário, calculada por Ferrajoli em 40 a 50 litros por pessoa, número que está bem abaixo do consumo médio diário apresentado no relatório do SNIS, de 152,1 litros por dia para cada habitante. Não serão as empresas delegatárias as responsáveis por instituir um modelo de tutela dos interesses da

coletividade, sequer a taxaço progressiva do consumo de água excedente ao limite mínimo não oneroso. Pensar na universaliza  o da distribui  o desse recurso mediante a nova proposta de concessão    incoerente com os objetivos e as finalidades das empresas privadas, as quais não det  m a natureza de institui  es garantidoras do bem-estar da pessoa humana.

O modelo regulador das agências somente será qualificado como garantidor de direitos e instrumento de evolu  o civilizatória na medida em que for pautado por decisões políticas e sociais claramente democráticas, orientadas por premissas efetivas de controle do exercício do poder e por ideais de um Estado de bem-estar social. Essa atua  o deve ocorrer tanto no âmbito das institui  es política ora existentes, quanto na atua  o normativa e fiscalizatória das agências reguladoras.

A elimina  o das desigualdades na acessibilidade, disponibilidade e qualidade da água potável deve estar no centro das estratégias de planejamento de políticas públicas das empresas delegatárias, devidamente fiscalizadas por um poder regulador rigoroso e eficiente. Desacelerar os objetivos de universaliza  o na distribui  o da água potável    enfraquecer décadas de concretiza  o do texto constitucional, e significaria atribuir    próximas gera  es os custos de um marco regulatório liberal sob um disfarce social.

REFERÊNCIAS

AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/a-agergs>. Acesso em: abril de 2022.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências Reguladoras de Serviços Públicos, **Revista Diálogo Jurídico**, nº 3, vol. I, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, junho, 2001.

ANA – Agência Nacional de Águas. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br> Acesso em: abril de 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARGENTINA, Constitución (1853). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires, 1853. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: junho de 2022.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia da Nación Argentina. 2017. **Fallos: 340:1695**. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7421172>. Acesso em: junho de 2022.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia da Nación Argentina. 2019. **Fallos: 342:126**. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7506283>. Acesso em: junho de 2022.

ARROJO, Pedro. **El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BASTOS, Celso R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECK, Ulrich. **A Sociedade de Risco Mundial**: em busca da segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2016.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, Tomo I, p. 237-238.

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

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 674, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. De Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BOLIVIA. Constitución (2009). **Constitución Política del Estado**. La Paz, 2009. Disponível em: https://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/Consitucion_2009_Orig.pdf. Acesso em: junho de 2022.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 2018. **Ficha Jurisprudencial: SCP 0171/2018-S3**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/36780>. Acesso em: junho de 2022.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 2018a. **Ficha Jurisprudencial: SCP 0339/2018-S4**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/39537>. Acesso em: junho de 2022.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 2018b. **Ficha Jurisprudencial: SCP 0217/2018-S2**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/fichaResultado/39024>. Acesso em: junho de 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 edição. Malheiros: São Paulo, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos 2: por um movimento social europeu**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/cons-tituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de outubro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.387, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Protocolo de Emenda ao Tratado de Cooperação Amazônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4387.htm. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 67.084, de 19 de agosto de 1970**. Promulga o Tratado da Bacia do Prata. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D67084.htm. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980**. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1980/d85050.html. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Emenda à Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8946296&disposition=inline>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de

saneamento, [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. **Privatização no Brasil: 1990-1994 1995-2002.** Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/Historico>. Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. **Parecer do Relator:** Senador Jaques Wagner. Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8947349&ts=1648233043406&disposition=inline>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.162, de 2 de agosto de 2019.** Atualiza o Marco Legal do Saneamento Básico. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462&filename=Tramitacao-PL+4162/2019. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018.** Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pec-4-2018-sf>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631225&ts=1648233041016&disposition=inline>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.697.168 - MS (2017/0202696-4).** Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702026964&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.740.167 - SE (2018/0102199-7).** Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801021997&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: junho de 2022.

BRASIL. **Votação do Projeto de Lei 4.162/2019.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=9315&numLegislatura=56&codCasa=1&numSessaoLegislativa=1&indTipoSessaoLegislativa=O&numSessao=414&indTipoSessao=E&tipo=uf>. Acesso em: março de 2022.

BRASIL. **Votação do Projeto de Lei 4.162/2019.** Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534/votacoes#votacao_6144. Acesso em: março de 2022.

BRITTO, Ana Lucia. **Benjamin Gestin: Em Paris, remunicipalização possibilitou investimentos e controle social**. Ondas. 12 de agosto de 2019. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/benjamin-gestin-em-paris-remunicipizacao-possibilitou-investimentos-e-controle-social/>. Acesso em: junho de 2022.

CABRAL, Bernardo. **A Amazônia e a cobiça internacional**. In: Justiça e Cidadania, dezembro, 2005, p. 6.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2006.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. **Setor elétrico: regulação e as audiências públicas promovidas pela ANEEL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Al-medina, 1991.

CASTILLO, Lilian del. Los Foros del Agua: de Mar del Plata a Estambul. Disponível em: <http://www.cari.org.ar/pdf/forosdelagua.pdf>. Acesso em: março de 2022.

CHILE. Constitución (1980). **Constitución política de la República de Chile**. Santiago, 1980. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: junho de 2022.

CHILE. Corte Suprema de Chile. 2020. **Fallo: 1348-2020**. Disponível em: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=OWhzR0VMdGE4cHVuQnNDZTJwYXBJZz09. Acesso em: junho de 2022.

CHILE. Corte Suprema de Chile. 2021. **Fallo: 5413-2021**. Disponível em: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=cVo3d3dJdERoTEhrMk45L1N2cWZBQT09. Acesso em: junho de 2022.

CIC - Comitê Intergovernamental Coordenador. Disponível em: <https://cicplata.org/pt/sobre-o-cic/>. Acesso em: junho de 2022.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 207-217, jan./abr. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/dgDKxQGTvy97BvFnqdQdsqQ/?lang=pt>. Acesso em: abril de 2022.

COLOMBIA. Constitución (1991). **Constitución Política de Colombia**. Bogotá, 1991. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017. **Sentencia SU698/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/SU698-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017a. **Sentencia T-218/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-218-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017b. **Sentencia T-325/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-325-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017c. **Sentencia T-103/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-103-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017d. **Sentencia T-129/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-129-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2017e. **Sentencia T-100/17**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-100-17.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018. **Sentencia T-208/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-208-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018a. **Sentencia T-415/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-415-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018b. **Sentencia T-318/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-318-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018c. **Sentencia T-398/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-398-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018d. **Sentencia T-188/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-188-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018e. **Sentencia T-297/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-297-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018f. **Sentencia T-223/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-223-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018g. **Sentencia T-118/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-118-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2018h. **Sentencia T-358/18**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-358-18.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2019. **Auto 358/19**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2019/A358-19.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2019a. **Auto 574/19**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2019/A574-19.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2020. **Auto 040/20**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2020/A040-20.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2021. **Sentencia T-058/21**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-058-21.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2021a. **Auto 001A/21**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A001A-21.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. 2021b. **Sentencia T-104/21**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-104-21.htm>. Acesso em: junho de 2022.

COLOMBIA. **Projeto de Ato Legislativo nº 14, de 22 de março de 2017**. Propõe incluir o artigo 11-A dentro do Capítulo I, do Título II, da Constituição Política da Colômbia. Bogotá, 2017. Disponível em: <https://vlex.com.co/vid/proyecto-acto-legislativo-14-676164741>. Acesso em: junho de 2022.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento. Disponível em: <https://www.corsan.com.br/>. Acesso em: abril de 2022.

COSTA, Jales Dantas. **Direito Humano à Água**. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, 2014. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-agua>. Acesso em: março de 2022.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Verônica. Regulação de mercados: regulação moderna. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUMONT, Louis. **O Individualismo. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ECUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito, 2008. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: junho de 2022.
em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: março de 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Garantismo, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los derechos y sus garantías: conversación con Mauro Barberis**. Trotta, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza**. Gius. Laterza & Figli Spa, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho**. Madrid: Trotta, 2011b.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011.

FREGAPANI, Gelio. **Amazônia: a grande cobiça internacional**. Thesaurus Editora, 2000.

GIAMBIAGI, Fabio; ALMEIDA, Paulo Roberto. Morte do consenso de Washington? os rumores a esse respeito parecem muito exagerados. **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social**. 2003. Disponível em: [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/8423/2/Morte%20do%20consenso%20de%](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/8423/2/Morte%20do%20consenso%20de%20)

[20Washington%20Os%20rumores%20a%20esse%20respeito%20parecem%20muito%20exagerados.%20td-103_P.pdf](#). Acesso em: abril de 2022.

GONÇALVES, Reinaldo. Novo desenvolvimentismo e liberalismo enraizado. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 112, 2012.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Wladimir Passos de (org.). **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 51-145.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes. **Regulação da exploração da eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional**. Curitiba: CRV, 2013.

GUYANA. Constitution (1980). **Constitution of the Co-operative Republic of Guyana**. Georgetown, 1980. Disponível em: <https://parliament.gov.gy/Constitution%20of%20the%20Cooperatiive%20Republic%20of%20Guyana.pdf>. Acesso em: junho de 2022.

HART, Herbert LA. **O conceito de direito**, trad. Armindo Ribeiro Mendes, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

IANNI, Octávio. **A Era do Globalismo**, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1996.

IANNI, Octávio. **A Sociedade Global**. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Brasileiro de 2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/POP2020_20220419.pdf. Acesso em: maio de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Dialética, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. Estudos avançados, v. 11, 1997.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVES, Aline Michele Pedron; BEDIN, Gilmar Antonio. **Cosmopolitismo e Sociedade de Risco: uma análise a partir da defesa dos direitos humanos e da configuração de um mundo solidário**. XXII Jornada de Pesquisa, 2017.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MELO, Álisson José Maia. **As águas da UNASUL na Rio+ 20: direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro**. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das águas**. 2013.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. O novo papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 1-19, jul./set. 2005.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Belo Horizonte: Forum, 2003.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função normativa e agências reguladoras**: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia. Ed. Lumen Juris, 2009.

OHLWEILER, Leonel. Administração pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/501/r143-04.PDF?sequence=4>. Acesso em: abril de 2022.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e Permissões de Serviços Públicos**: serviços públicos da União, Estados, Município e Entes Reguladores. Bauru: EDIPRO, 1996.

OTCA – Organização do Tratado de Cooperação Amazônica. Disponível em: <http://otca.org/pt/>. Acesso em: junho de 2022.

PARAGUAY. Constitución (1992). **Constitución de la República del Paraguay**. Asunción, 1992. Disponível em: <http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Interno%20HCS.pdf>. Acesso em: junho de 2022.

PAULO, Vicente. **Agências reguladoras**: Vicente Paulo & Marco Alexandrino. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales: Undécima edición**. Tecnos, 2013.

PERU. Constitución (1993). **Constitución política del Perú**. Lima, 1993. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2006. **Sentencia 06534-2006-PA/TC**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sistematizacion-jurisprudencial/busqueda>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2017. **Número de expediente 06061-2013-AA**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/06061-2013-aa>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2019. **Número de expediente 05713-2015-PA**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/05713-2015-pa>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2020. **Número de sentencia 343/2020**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00012-2019-ai>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2020a. **Número de expediente 00018-2014-AI**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00018-2014-ai>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2020b. **Número de expediente 00003-2017-AI**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00003-2017-ai>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2021. **Número de sentencia 770/2021**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/03693-2019-aa-770-2021>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2021a. **Número de sentencia 309/2021**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00018-2019-ai-309-2021>. Acesso em: junho de 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. 2022. **Número de sentencia 19/2022**. Disponível em: <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00289-2020-aa-19-2022>. Acesso em: junho de 2022.

PRONZATO, Carlos. **Bolivia, La Guerra del Agua I Documental completo de Carlos Pronzato**. Youtube, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-7ZnaY0ateo>. Acesso em: julho de 2020.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia política da água**. São Paulo: Annablume, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997**. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2010.931.pdf>. Acesso em: abril de 2022.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. De Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia**. 2. ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Saraiva Educação SA, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Livraria do Advogado: 2018.

SATO, Eiiti. **Dicotomia global-local na era da globalização: um novo paradigma para a política internacional?** In: Cadernos Adenauer XVI (2015): o global e o local. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2015.

SCHNEIDER, Yuri. **Agências reguladoras e democracia: a necessária aplicação do modelo de democracia cooperativa reflexiva do conhecimento para legitimação de sua atuação.** 2013, 250f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/00000801.pdf>. Acesso em: abril de 2022.

SELL, Mariana Suzuki. **Direito Internacional de Águas na Bacia do Rio da Prata: aplicação regional de princípios e regras procedimentais do direito internacional de águas.** Disponível em: www.capnet-brasil.org. Acesso em: junho de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** Revista dos Tribunais, 1984.

SNIRH – Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos. **Programa Atlas Água.** Disponível em: <https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/storymaps/stories/1d27ae7adb7f4baeb224d5893cc21730>. Acesso em: abril de 2022.

STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Livraria do Advogado, 2012.

SURINAME, Grondwet (1987). **Grondwet van de Republiek Suriname.** Paramaribo, 1987. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Surinam_1992?lang=en. Acesso em: junho de 2022.

UN – United Nations. 1948. **Universal Declaration of Human Rights.** Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 2022.

UN – United Nations. 1966. **The Helsinki Rules.** Disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as_amended.pdf. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1972. **Conference on the Human Environment.** Disponível em: https://www.soas.ac.uk/cedep-demos/000_P514_IEL_K3736-Demo/treaties/media/1972%20Stockholm%201972%20-%20Declaration%20of%20the%20United%20Nations%20Conference%20on%20the%20Human%20Environment%20-%20UNEP.pdf. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1977. **Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua.** Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/194656/WHA31_45_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1992. **Agenda 21**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1992. **Conference on Water and the Environment**. Disponível em: <https://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/english/icwedece.html>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1994. **Conference on Drinking Water and Environmental Sanitation**. Disponível em: <https://www.ircwash.org/sites/default/files/202.3-94MI-12273-1.pdf>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 1998. **Conference on Water and Sustainable Development**. Disponível em: <https://enb.iisd.org/crs/frh2o.html>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 2001. **Conference on Freshwater**. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02508060108686963?journalCode=rwin20>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 2002. **World Summit on Sustainable Development**. Disponível em: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. 2010. **The Human Right to Water and Sanitation**. Resolution adopted by the General Assembly on 2010. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/64/292>. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment 15: The right to water** (Twenty-ninth session, 2013). Geneva, 2013.

UN – United Nations. **O Direito Humano à água e ao saneamento: marcos**. Programa da Década da Água da ONU – Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. Programa da Década da ONU - Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). **O Direito Humano à Água e Saneamento**. Tradução pelo Programa Conjunto de Água e Saneamento em Angola. Zaragoza, 2020. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: março de 2022.

UN – United Nations. **Vienna Declaration and Programme of Action** (A/CONF.157/23). Vienna, 1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>. Acesso em: março de 2022.

UNESCO - United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível

URUGUAY. Constitución (1966). **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Montevideo, 1966. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: junho de 2022.

VENEZUELA. Constitución (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas, 1999. Disponível em: http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo3.php#art127. Acesso em: junho de 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; DE FÁTIMA WOLKMER, Maria. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. **INTERthesis: Revista Internacional Interdisciplinar**, v. 9, n. 1, p. 51-69, 2012.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antônio Carlos. O desafio ético da água: da necessidade básica ao direito humano. **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: Visões Multidisciplinares**, p. 49. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/200484/ebook_wolkmer_melo.pdf?sequence=1. Acesso em: junho de 2022.

WWF - World Water Forum. 2018. **8º Fórum Mundial da Água**. Disponível em: <http://8.worldwaterforum.org/pt-br/8%C2%BA-f%C3%B3rum-mundial-da-%C3%A1gua-18-23-de-mar%C3%A7o-de-2018>. Acesso em: março de 2022.

WWF - World Water Forum. 2018b. **8º Fórum Mundial da Água**. Disponível em: https://8forum.ana.gov.br/consideracoes-finais/CAP_07_relatorio_forum_ANA_PT_EN_final.pdf. Acesso em: março de 2022.

WWF - World Water Forum. 2018c. **8º Fórum Mundial da Água**. Disponível em: https://8forum.ana.gov.br/impactos/CAP_06_relatorio_forum_ANA_PT_EN_final.pdf. Acesso em: março de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia**. Bolivia Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos elementales para su desarrollo. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, p. 109-132, 2010.