

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
UNIDADE ACADÊMICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

ANDRÉ GARCIA ALVES CUNHA

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SUA INTERNALIZAÇÃO COMO UM DIREITO
FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

CRICIÚMA - SC

2019

ANDRÉ GARCIA ALVES CUNHA

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SUA INTERNALIZAÇÃO COMO UM DIREITO
FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Universidade do
Extremo Sul Catarinense como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Maria de Fátima
Schumacher Wolkmer.

CRICIÚMA - SC

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

C972d Cunha, André Garcia Alves.

O direito humano à água e sua internalização como um direito fundamental no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro / André Garcia Alves Cunha. - 2019.

127 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2019.

Orientação: Maria de Fátima Schumacher Wolkmer.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Direito à água. 4. Água potável. I. Título.

CDD 23. ed. 341.27


ANDRÉ GARCIA ALVES CUNHA


**“O DIREITO HUMANO A ÁGUA E SUA INTERNALIZAÇÃO COMO UM
DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO”**

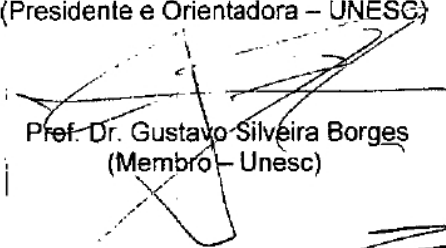
Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 20 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

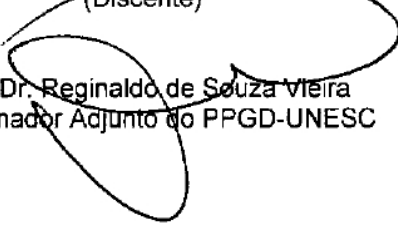

Prof.^a. Dra. Maria de Fatima Schumacher
Wolkmer
(Presidente e Orientadora – UNESC)


Prof.^a. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de
Cademartori
(Membro Externo – UNILASALLE)


Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges
(Membro – Unesc)

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
(Membro Suplente – Unesc)


André Garcia Alves Cunha
(Discente)


Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador Adjunto do PPGD-UNESC

Dedico esta dissertação à minha esposa Priscila e filhas Marthina e Heloísa, pelo amor, apoio, compreensão e carinho.

Também a dedico aos meus pais Maria Aparecida Garcia Alves Cunha (*in memoriam*) e Ney Alves Cunha, sem os quais a aventura da vida, e a jornada acadêmica, jamais teriam sido possíveis.

Por fim, dedico este trabalho às milhões de pessoas espalhadas pelo mundo que, lamentavelmente, não têm acesso à água potável.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, companhia permanente e fiel em todos os passos da minha vida, iluminando os meus caminhos e as minhas decisões, dentre as quais a escolha pelo tema desenvolvido e do programa de mestrado.

Neste aspecto, eu não poderia de deixar de agradecer a todo o corpo docente do programa de mestrado em direitos humanos, desenvolvido pela Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC), fazendo menção aos coordenadores Antônio Carlos Wolkmer e Reginaldo de Souza Vieira.

Também agradeço a todos os colegas da primeira turma de mestrado em direito desta instituição, os quais experimentaram todas as alegrias, desafios e, porque não dizer, agruras relacionados a consecução de todos os objetivos determinados pelo programa, que, felizmente, parecem ter sido superados.

Por fim, agradeço especialmente a minha querida Maria de Fátima Schumacher Wolkmer por quem nutro especiais carinho e afeição. Você foi muito mais que uma orientadora, foi uma amiga para todos os momentos e a levarei para sempre em meu coração.

Traga-me um copo d'água, tenho sede.
E essa sede pode me matar.
Minha garganta pede um copo d'água.
E os meus olhos pedem teu olhar.

Anastácia e Dominginhos.

RESUMO

O trabalho em comento busca construir um conceito que alicerce o direito humano à água, já reconhecido internacionalmente pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 28.07.2010, através da Resolução 64/292, de maneira que possa ser internalizado no ordenamento jurídico constitucional brasileiro e se traduza como importante ferramenta jurídica destinada a colaborar com os mais diversos segmentos da sociedade civil que, organizados ou não, tenham condições de reivindicar o acesso à água potável. Para tanto, as abordagens teóricas utilizadas nesta dissertação partem da concepção constitucionalistagarantista de Luigi Ferrajoli e a defesa afeita do pós positivismo (ou fortalecimento deste) na medida em que concentra na Constituição dos Estados nacionais um projeto normativo que estabeleça limites e vínculos à atuação dos Estados e do mercado em relação aos indivíduos e à coletividade, na mesma medida em que contempla naquele as garantias jurídicas destinadas a materializar as normas constitucionalmente estabelecidas, sem, contudo, negar que àquele projeto jamais se completa, mas, em verdade, se constrói diariamente a partir das tensões havidas entre os variados segmentos sociais. Essa concepção vai ao encontro da teoria crítica proposta por Herrera Flores, para quem direitos nada mais são do que constantes processos de lutas pelos quais todos e todas promovem para a necessária concretização da tão propalada (e pouco atendida) dignidade da pessoa humana, porém sem relegar a importância dos instrumentos jurídicos que, ainda que formal e insuficientemente, contemplam proteções destinadas a amparar as lutas sociais. A somatória destas propostas tem o condão, conforme a proposta ora apresentada, a não apenas contribuir para a constitucionalização adequado do direito, compreendido aqui como de natureza individual e difusa, como, também, sensibilizar ou conscientizar a população de que o próprio processo de internalização do direito humano à água pode mobilizar a sociedade de maneira que passe a ser mais participativa e combatente em um sistema neoliberal (que será oportunamente abordado) que parece ter retirado das pessoas sua capacidade crítica de ação, circunstância a qual este trabalho busca, humildemente, reverter. Os métodos para atingir tais desideratos serão o histórico e o monográfico, a partir de procedimentos técnicos afeitos à pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Água Potável. Constitucionalismo Garantista. Abordagem Crítica.

ABSTRACT

The work in question seeks to build a concept that underlies the human right to water, already recognized internationally by the General Assembly of the United Nations on July 28, 2010, through Resolution 64/292, so that it can be internalized in the Brazilian legal system and be translated as an important legal tool to collaborate with the most diverse segments of civil society that, organized or otherwise, have the conditions to claim access to drinking water. To that end, the theoretical approaches used in this dissertation depart from Luigi Ferrajoli's constitutionalist conception and the post-positivism (or strengthening of positivism) defense to the extent that it concentrates in the Constitution of the national states a normative project that establishes limits and links to the States and the market in relation to individuals and the community, to the same extent that it includes in it the legal guarantees designed to materialize the constitutionally established norms, without, however, denying that the project is never completed, but is actually built on a daily basis based on the tensions between the various social segments. This conception is in line with the critical theory proposed by Herrera Flores, for whom rights are nothing more than constant processes of struggle by which all promote the necessary fulfillment of the so-called (and underserved) dignity of the human person, but without to relegate the importance of legal instruments that, although formally and insufficiently, include protections designed to support social struggles. The sum of these proposals has the potential, according to the proposal presented here, not only to contribute to the adequate constitutionalization of the right, understood here as of an individual and diffuse nature, as well as to raise awareness among the population that the internalisation process itself of the human right to water can mobilize society in a way that becomes more participatory and combative in a neoliberal system (which will be approached) that seems to have withdrawn from people their critical capacity for action, a circumstance to which this work seeks, humbly, to reverse. The methods to reach such desideratos will be the historical and the monographic, based on technical procedures related to bibliographic research.

Keywords: Human rights. Potable water. Constitutionalism. Critical Approach.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABNT:** Associação Brasileira de Normas Técnicas
- DIDH:** Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)
- DIH:** Direito Internacional Humanitário (DIH)
- DIP:** Direito Internacional Público
- DIR:** Direito Internacional dos Refugiados (DIR)
- DUDH:** Declaração Universal dos Direitos Humanos
- FMI:** Fundo Monetário Internacional
- IBGE:** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- IDH:** Índice de Desenvolvimento Humano
- OMC:** Organização Mundial do Comércio
- ONG:** Organização Não Governamental
- ONU:** Organização das Nações Unidas
- PNAD Contínua:** Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua
- SbN:** Soluções Baseadas na Natureza

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL E SEU DESENVOLVIMENTO ATÉ OS DIAS ATUAIS	17
1.1 O ESTADO SOCIAL – FORMAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, OBJETIVOS E APORIAS	18
1.2 AS PARTICULARIDADES E DESAFIOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO EM SUA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	28
1.3 A FORÇA (?) NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA ATUALIDADE	38
2 A INTERNALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	49
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DO NEOLIBERALISMO	51
2.1.1 Neoliberalismo Breve Conceituação e Desdobramentos na Sociedade Contemporânea	51
2.1.2 Direitos Fundamentais – Breve Conceituação e Apontamentos das Dificuldades de Concretização no Brasil Neoliberal	55
2.2 DIREITOS HUMANOS: PROCESSOS EM PERMANENTE (RE) CONSTRUÇÃO	63
2.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL – ASPECTOS TEÓRICO-MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS	73
2.3.1 Aspectos Teórico-Materiais da Internacionalização de Direitos Humanos	73
2.3.2 Aspectos Procedimentais da Incorporação de Direitos Humanos Internacionalmente Consagrados, no Brasil	79
3 DIREITO HUMANO À ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL E COLETIVO	84
3.1 HISTÓRICO RECENTE DE DEPREDÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS E O FÓRUM MUNDIAL DA ÁGUA REALIZADO NO ANO DE 2018	84
3.2 A ÁGUA ENTRE O <i>BUEN VIVIR</i> E A MERCANTILIZAÇÃO – UMA ANÁLISE DO POSSÍVEL FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	89
3.3 ÁGUA – PARA ALÉM DO SIMPLES DOMÍNIO PÚBLICO, UM BEM DE USO COMUM DO POVO	94

3.3.1 Os princípios que alicerçam os bens comuns enquanto diretrizes teórico-práticas	97
3.4 ÁGUA – UM DIRETO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL E COLETIVO	99
3.5 CRÍTICA AO PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL 213/2012	108
4 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

A dissertação ora desenvolvida, dividida em tópicos e sub tópicos, tem como meta encontrar uma resposta a dois questionamentos:

Tendo em vista a realidade que se apresenta no Brasil, marcado por profundas desigualdades sociais e permeado pela lógica neoliberal, a internalização do direito humano à água no ordenamento jurídico-constitucional-brasileiro se traduz em mecanismo capaz de auxiliar à satisfação concreta daquele aos milhões de brasileiros e brasileiras que carecem de água potável?

E, sendo afirmativa esta questão, qual a modalidade de direitos (fundamentais) mais adequada para a realização da incorporação jurídica na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a clássica separação (não imune a críticas) de direitos individuais, sociais e coletivos?

Para responder a estes questionamentos parte-se da hipótese de que, em vista das circunstâncias econômico-sociais do pretense Estado Democrático de Direito brasileiro, na atualidade, a internalização do direito humano à água na Constituição Federal pode vir a ser um mecanismo que auxilia a materialização da dignidade da pessoa humana, dependendo da forma como for edificado e o propósito ao qual servirá.

Porém, é importante ressaltar que se deve ocorrer na modalidade de um direito fundamental social (artigo 6º da CF/88), ou na modalidade individual (artigo 5º da CF/88) e/ou coletiva (artigo 225 da CF/88), apenas o transcorrer da dissertação terá condições de revelar.

Seja como for, para confirmar, ou não, a hipótese apresentada, há que se analisar no primeiro capítulo Estado, aqui entendido como fenômeno histórico de organização social, cujo marco temporal inicial, neste trabalho, coincide com o surgimento do chamado Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), o que compreende seus pressupostos e fundamentos teóricos, bem como sua face desvelada na prática, em especial a práxis latino americana incessantemente destacada pela desigualdade.

Posteriormente, faz-se necessária a compreensão acerca das características que marcam o Estado Contemporâneo Ocidental (com relevância ao brasileiro), em especial no que concerne à soberania estatal, a partir dos desafios e

dificuldades aos quais está submetido, e suas conseqüentes deficiências no que concerne a prestação de serviços essenciais à população.

Após serem realizadas estas detecções afeitas ao aparato estatal que hoje, bem ou mal, direciona as atividades da sociedade brasileira, resta essencial identificar a força (ou o que dela resta) normativa da Constituição Federal, tendo em vista ser este um elemento central na justificativa das teses apresentadas durante todo o desenvolvimento do texto.

Prosseguindo, o segundo capítulo dedica-se, fundamentalmente, a descrever os fundamentos e as características dos direitos fundamentais e dos direitos humanos a partir do garantismo constitucionalista (Luigi Ferrajoli) e da teoria crítica (Joaquín Herrera Flores), apontando que a constitucionalização daqueles últimos, na modalidade dos primeiros se traduz em mecanismo jurídico-normativo importante, porém absolutamente insuficiente quando se verificam as aporias do pretense Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Com efeito, o diálogo dos marcos teóricos acima proposto não poderia deixar de ser precedido de uma análise da forma pela qual o sistema econômico pautado pelo neoliberalismo atualmente perpassa todas as relações não apenas econômicas, como também sociais, jurisdicionais e, até mesmo, afetivas. Esta abordagem é indispensável justamente pela pretensão desta dissertação em não permanecer num território meramente vago e teórico, absorto em cenários ideais que em nada contribuem aos processos de luta destinados a concretização dos direitos.

Desta forma, a dificuldade em se materializar direitos humanos constitucionalmente reconhecidos na seara interna dos Estados deve ser a todo o momento ressaltada, ainda que sempre acompanhada da análise otimista e resistente que deve nortear as ações daqueles que se preocupam em trazer concretude aos direitos consagrados formalmente, no que Herrera Flores fornece, talvez, sua melhor e mais importante contribuição.

Ainda no segundo capítulo, após a construção teórica pela qual deve-se não apenas formalizar, mas também, e principalmente, efetivar um direito constitucionalmente contemplado, são descritos os aspectos teórico-materiais e procedimentais relativos a forma pela qual, no Brasil, se dá a incorporação de direitos humanos, na seara constitucional brasileira, a partir do reconhecimento destes através dos organismos internacionais, sem, contudo, esquecer que apenas

o clamor e a reivindicação dos desfavorecidos, de forma organizada ou não, acaba por redundar, ao menos, na consagração simbólica de direitos os quais estão longe de serem satisfeitos.

Por fim, o terceiro capítulo intenta analisar de maneira detalhada a forma pela qual o direito humano à água deve passar a integrar o arcabouço jurídico constitucional brasileiro. Para tanto, muito além da simples abordagem acerca da compartimentalização de direitos (individuais, sociais ou coletivos) ambiciona-se construir teoricamente um direito que sirva como contraponto a lógica liberal pela qual foi pautada a Constituição Federal de 1988.

Nesta direção, deve-se de antemão reconhecer que o objeto do direito proposto, qual seja, o recurso hídrico potável não pode ser “afetado” a nenhum ente da federação, ainda que a Constituição Federal de 1988, para efeitos estritamente afeitos à gestão, considere as águas brasileiras como de “propriedade” da União ou dos Estados.

Ora, sendo a água componente indissociável do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sendo este um bem uso comum do povo, há que se edificar uma teoria pela qual o recurso hídrico também seja tratado como tal.

O reconhecimento desta assertiva leva ao estabelecimento de um direito erigido de forma a proteger os indivíduos e à coletividade, tendo em vista a impossibilidade de mercantilização de seu objeto, já que o bem de uso comum, como será melhor abordado no capítulo ora comentado, pertence à todos e a ninguém de forma individualizada (pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado).

Por fim, novamente ressaltando a intenção de um contributo efetivo e prático aos que lidam com a matéria, a presente dissertação faz crítica o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 213/2012¹, de autoria da Deputada Federal Janete Rocha Pietá, a qual foi anexada a PEC n. 39/2007, de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos² que propõe ser a água um direito social a ser inserido no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, apontando as “armadilhas conceituais” as quais podem desnaturar o significado que deve ser atribuído à água potável e ao direito a ela atrelado.

¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>
Acesso em 17 abr. 2018.

² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>
Acesso em 17 abr. 2018.

Para o atingimento de todas as finalidades acima relacionadas, serão utilizados dois métodos de procedimento. Inicialmente, o histórico, assim entendido como aquele em que o foco está na investigação de acontecimentos ou instituições do passado, esmiuçando seus reflexos na atualidade, além disso visando à compreensão da natureza e função daqueles, pois, conforme Lakatos e Marconi (2007, p. 107), “as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época.”

Tal abordagem é essencial para o presente trabalho, sendo que o autor entende indispensável a análise da formação do Estado Social, suas conquistas, deficiências e aporias, bem como não deixa de ser essencial investigar os elementos que atualmente compõe o Estado Contemporâneo, marcadamente permeado pelo neoliberalismo.

Todas estas particularidades implicam direta ou indiretamente naquilo que se compreende por força normativa da constituição, sendo que sem a análise daquelas é impossível uma manifestação concreta acerca dos projetos de emenda constitucional que objetivam integralizar à Constituição brasileira o direito humano à água como um direito social.

Além disso será trabalhado o método monográfico, pois o processo de pesquisa visa a examinar o tema selecionado de modo a observar todos os fatores que o influenciam, analisando-o em todos os seus aspectos (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Acredita-se que este procedimento está manifesto na medida em que a abordagem constante da dissertação não se limitará apenas aos aspectos jurídico-constitucionais, mas também sob o viés da teoria crítica, o que parece atender ao método monográfico conforme sua conceituação.

Do ponto de vista de sua natureza, intenciona-se uma pesquisa aplicada, ou seja, objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específico (Prodanov; Freitas, 2013), na medida em que confronta Projetos de Emenda à Constituição Brasileira que tramitam no congresso nacional.

Ainda quanto ao procedimento técnico, a pesquisa é bibliográfica, visto que elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de: livros, revistas, publicações em periódicos, artigos científicos, dissertações, teses, com o

objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Também utilizar-se-á o procedimento técnico documental, pois baseia-se em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa (PRODANOV; FREITAS, 2013). Como exemplo, analisar-se-á a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como a Constituição da República do Equador, entendidos como fontes de primeira mão, cuja investigação é típica desse tipo de procedimento.

1 ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL E SEU DESENVOLVIMENTO ATÉ OS DIAS ATUAIS

Não se pretende com o presente trabalho elaborar um tratado acerca do Estado e da Constituição, pois, inclusive, estes institutos não fazem parte (de forma direta) da linha de pesquisa trilhada, sendo essa voltada a investigação dos direitos humanos, da cidadania e dos novos direitos. Não é à toa, portanto, a análise esmiuçada do direito humano à água, que será devidamente abordado nos segundo e terceiro capítulos.

No entanto, entende-se como essencial desvelar algumas peculiaridades do Estado Contemporâneo, bem como investigar a força normativa relacionada às constituições dos estados democráticos na atualidade tendo em conta que o objeto precípuo é demonstrar a necessidade de inserção do direito humano à água no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, sob o viés de um direito fundamental.

Para tanto, acredita-se ser suficiente delinear o conceito de Estado a partir da formação do Estado Social, assim compreendido como aquele que, de forma resumida, se caracteriza pelo poder de intervenção na vida dos indivíduos para, em princípio, garantir que a igualdade formal prevista nas Constituições seja transformada em uma igualdade material, em que todos têm (ou deveriam ter) acesso as oportunidades e direitos previstos na norma jurídica.

Discorrendo de outra forma, trata-se de articular direitos, liberdades e garantias (os quais, em princípio, estão conectados com a autonomia das pessoas) com direitos sociais, cuja função é o de transmudar as condições materiais e culturais em que vivem os seres humanos, de maneira a compatibilizar a igualdade jurídica com a igualdade social (MIRANDA, 2015).

Esta pontuada retrospectiva é essencial na medida em que só é possível compreender os desafios e agruras experimentadas pelo Estado Contemporâneo, no que concerne à seara jurídica, a partir da proposta pela qual restou alicerçado o conceito de Estado Social e, especialmente, detectando as falhas, defeitos ou até mesmo inconsistências que, na prática, foram reveladas com a implantação daquele modelo estatal.

Ademais, não menos importante é a constatação da impossibilidade de aprofundar a análise relacionada a força normativa da Constituição, o que também será tratado neste capítulo, sem que estejam devidamente assentadas as bases

(teóricas) nas quais o Estado Contemporâneo está estabelecido, o que justifica a análise histórica cuja demarcação temporal foi esclarecida linhas acima.

1.1 O ESTADO SOCIAL – FORMAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, OBJETIVOS E APORIAS

O Estado (do latim *status*: modo de estar, situação, condição), nada mais é do que uma ficção criada para organização da vida em sociedade, revelando-se como um processo histórico, destacadamente sócio-político, em contínua mutação, dependendo de inúmeros fatores que o impelem a se (re)estruturar de maneira que sua atuação seja ampliada ou reduzida (MIRANDA, 2015).

Neste aspecto, adota-se aqui uma distinção, qual seja, a de que é possível conceber e/ou analisar o Estado sob duas perspectivas diferentes. A primeira, enquanto instrumento funcional, quando as investigações estão centradas na função desempenhada pelo Estado para atingir certos objetivos políticos, como, por exemplo, o Estado Social. A segunda, por outro lado, está relacionada à noção histórico-teórica como objeto de análise, ou seja, atrelada a compreensão acerca de que modo e com quais características determinados Estados foram erigidos (COSTA, 2010).

Desta feita, é importante exarar que se deve deixar clara a concepção (aqui defendida) de que nem toda forma de organização social ou de ordem política se trata de Estado, do contrário poder-se-ia conceber a cidade medieval e/ou a *pólis* grega como Estados. Justamente, esse é o risco de se analisar aquele ente sob o viés instrumental, ou seja, o Estado como instrumento de pesquisa e não como seu objeto (COSTA, 2010).

No entanto, como o marco temporal eleito para a realização desta dissertação coincide com o surgimento do Estado Social, entende-se que é possível não apenas analisá-lo sob a ótica de sua noção histórico-teórica, como, também, pela instrumental, sem incorrer no problema apontado no parágrafo anterior.

Ainda, não menos importante, é fixar (justamente para afastar de vez eventual confusão) que o Estado objeto desta dissertação é o ocidental, democrático e de direito (em especial o latino americano e o brasileiro), notadamente neoliberal, e fortemente caracterizado pela desigualdade econômica e social.

Isto porque, ainda que indubitavelmente importante a análise, por exemplo, dos chamados Estados Teocráticos, modelados a partir de movimentos fundamentalistas em vários países de tradição muçulmana, e essenciais para a compreensão global dos fenômenos estatais mundo afora³, há que se delimitar o objeto de investigação, principalmente diante do tema ora proposto, que está diretamente ligado a inserção de um direito humano no arcabouço jurídico normativo de uma pretensa democracia ocidental, qual seja, a brasileira.

Então, feitas essas breves considerações, pode-se compreender (historicamente) o Estado Social como uma espécie de evolução, ou, ao menos, como uma mudança paradigmática em relação ao chamado Estado Liberal (século XVIII) idealizado para a proteção/tutela dos chamados direitos individuais de liberdade e propriedade, em face ao próprio Estado, à época representado pelo soberano absoluto, e que teve como episódio notadamente histórico a Revolução Francesa havida em 1789.

Com efeito, o Estado surgido a partir do rompimento com o modelo absolutista, também é chamado de Constitucional, visto que fundamentado em uma Constituição (a exemplo da Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência Norte Americanas, ambas em 1776) fundadora e reguladora do Estado no que tange à organização deste e limitadora do exercício do poder em relação aos indivíduos que o compõe (MIRANDA, 2015).

Então, à época, e em grande parte ainda hoje, os limites da ação estatal estavam calcados nos direitos ou garantias individuais, pelo princípio da legalidade e pelo mecanismo da divisão do poder, e, desta forma, a divisão do Estado e a sociedade (separação fictícia construída pelo estado liberal constitucional) se baseava, primordialmente, na legislação (positivismo jurídico) (PELAYO, 2009).

Havia, à época, um verdadeiro culto à norma. Com efeito, Jean Jacques Rousseau, eminente pensador iluminista, por exemplo, manifesta-se no sentido de que “[...] o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade” (ROUSSEAU, 2002).

Num segundo momento dos Estados Constitucionais, houve uma espécie de tentativa de superação afeita a concepção positivista reinante. Algumas bases e

³Para consulta: Artigo de autoria Felipe Pathé Duarte: O islamismo como ideologia política de caráter secular. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992015000100006. Acesso em: 29 set. 2018.

fundamentos foram repensados, como, por exemplo, a concepção (equivocada) de que a norma, por si só, traria pacificação social.

Ou seja, houve um reconhecimento de que o ideal de justiça não pode ser ontologicamente isolado das demais ciências e/ou formas de conhecimento, tais como a ética, a política, a sociologia, a economia, etc. As mais diversas áreas que investigam a atuação humana devem ser compreendidas pelo viés da complementaridade (ARANHA, 2017).

Eram tempos afeitos à chamada revolução industrial (século XIX), que faz emergir o Estado Social justamente a partir das questões/conflitos sociais originados por àquela, que coloca o problema dos fins do Estado enquanto ente capaz de apresentar aos indivíduos não apenas uma “função” passiva ou de retaguarda (proteção de direitos individuais), mas, também, intervencionista no sentido de fazer do espaço estatal um local de realização das identidades individuais (COSTA, 2010).

No entanto, é importante pontuar que ainda no século XIX os ecos emanados da Revolução Francesa e, em especial, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), continuam em evidência no que concerne a importância central que liberdade e propriedade têm para a opinião pública, porém, o debate passa a ser permeado por outro princípio norteador da revolução, qual seja, o da igualdade (COSTA, 2010).

Assim, é a partir da Primeira Grande Guerra Mundial (século XX) que a modalidade de Estado Social ganha força, consolidando-se a perspectiva de que aquele deve participar ativamente da realidade comunitária de maneira a ordenar recursos provenientes de tributos, fornecer melhores condições de vida à população, exercer atividades econômico-produtivas estratégicas à economia nacional, etc. (LEAL, 2009). Passaram, então, os Poderes Públicos instituídos a:

[...] avocar para si a responsabilidade de um tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas (LEAL, 2009, p. 72).

Em outras palavras, o Estado passa a ter uma roupagem relacionada a mediação de conflitos originados a partir das desigualdades que surgem no contexto de todas as organizações populacionais e que ficam mais evidenciadas no Estado

Liberal⁴. Para tanto, governar conflitos e administrar as classes (de pessoas) desfavorecidas passam a ser os objetivos em destaque (COSTA, 2010).

Invoca-se, portanto, uma presença proativa da autoridade estatal, a qual se instrumentaliza através do Direito, o qual teria a função de promover a propalada e já citada igualdade material mediante políticas públicas destinadas ao atingimento do chamado mínimo existencial (conceito que será detalhado adiante), justamente estabelecendo uma ordem de direitos, inclusive aqueles pautados na solidariedade, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito do consumidor. Neste contexto, a atividade estatal diuturnamente submetida a uma gama interminável de demandas, deve se pautar pela eficácia e eficiência, conceitos extraídos da atividade privada e agora aliados à atuação do Poder Público (ARANHA, 2010).

Com efeito, deve ser ratificada uma particularidade que merece destaque, qual seja, a modificação daquilo que se entendia como uma característica intrínseca ao liberalismo clássico, ou seja, a do sujeito individualista, para o sujeito solidário, em que se erige o pensamento aliado a influência que a coletividade têm sobre as escolhas individuais (COSTA, 2010).

Seja como for, para atingir tal desiderato (igualdade material), o Estado deveria intervir na economia com o objetivo de defender os cidadãos. Em verdade o Estado, por esta concepção, além de garantir a propriedade e o mercado, propiciaria liberdade aos cidadãos que nele habitam, e se esta entrasse em conflito com o direito de propriedade, o último deveria ser subjugado, pois o coletivo estaria acima do individual (BERCOVIC, 2013).

A propósito, a mudança paradigmática havida (em especial no século XX) influencia, inclusive, na percepção da soberania, sendo que no modelo liberal a mesma estava absolutamente adstrita a um poder irrefutável próprio a uma sociedade de indivíduos supostamente livres e iguais entre si, para os quais a função do Estado era a de simplesmente garantir a paz social, para um modelo de Estado de bem-estar social (*Welfare State*) que contempla a ideia de uma comunidade solidária em que este tem a tarefa de produzir a inclusão de parcelas da sociedade menos favorecidas sob o aspecto econômico (e, portanto, distantes da

⁴ O mecanismo de mercado cria a polarização social, a pobreza e a alienação (BERCOVIC, 2013, p.195).

propalada igualdade formal) aos benefícios de determinada sociedade (MORAIS, 2011).

O então chamado Estado de bem-estar social (*WelfareState*) seria, por conseguinte, “[...] aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político” (WILENSKY, 1975 *apud* BOOBIO, 1998, p.416).

Sob o aspecto jurídico e políticoos debates em torno da ideia de Estado Social influem diretamente na promulgação das Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. No entanto, não houve uma aparência de uniformidade legislativa naqueles textos constitucionais de maneira que a caracterização daquelas estivesse expressamente (e de forma jurídica) voltadas a um Estado de maior intervencionismo no cotidiano das pessoas, lembrando, ainda, que havia outras políticas legislativas direcionadas às questões sociais (MORAIS, 2011).

Na verdade, o instrumento jurídico-constitucional que efetivamente consagra o modelo do chamado *WelfareState* redundou na promulgação da Constituição de Bonn, em 1949, aonde constou expressamente ser a Alemanha um Estado Social e Democrático de Direito, cuja busca (ainda que formalmente ou de maneira discursiva) estaria voltada à justiça e ao bem estar social (LEAL, 2009).

Com efeito, não é à toa este episódio, vez que a Alemanha saía recentemente de uma grande guerra mundial, derrotada e estigmatizada em decorrência do regime anterior do III *Reich*, pelo que a preocupação da população e dos parlamentares, à época, era a de justamente firmar postulados contrários àquele regime e, em especial, compreender o Estado sob o ponto de vista material (implementador de políticas públicas que alcançassem os anseios sociais) e não apenas formal como no Estado Liberal de Direito (LEAL, 2009).

Traduzindo, assim, o constitucionalismo da época Pietro Costa revela que: “[...] após o colapso dos regimes totalitários, firmam-se ordenamentos caracterizados por um programático enlaçamento entre a tradição democrática oitocentista e uma mista e articulada ‘linguagem dos direitos’ de ascendência jusnaturalista” (COSTA, 2010, p. 236).

Importante mencionar neste momento que o Estado Social de Direito se revelou em conformidade a diversos matizes quando se pensa, por exemplo, nos continentes europeu e americano e, inclusive, dentro dos contextos sócio culturais

dos países que integram aqueles continentes (MIRANDA, 2015). Especialmente, a presente dissertação, trará maior relevo a realidade latino-americana.

Pois bem, em vistados primados pelos quais surgiu e se desenvolveu o Estado Social, até a promulgação das primeiras constituições acima referidas, era evidente que aquele deveria angariar recursos para implementar as ações e políticas públicas aos quais se propunha, o que realizou através de tributos e políticas fiscais que, inevitavelmente, foram implantados em face à iniciativa privada. O objetivo, inicial e idealmente, seria o de dar conta dos gastos estatais, bem como alterar (positivamente) a capacidade aquisitiva dos cidadãos, ao menos para custearem suas necessidades básicas (LEAL, 2009).

Então, pode-se dizer que o Estado (entidade fictícia que não se esgota em si mesma) “[...] angaria fundos monetários para garantir a segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem estar e progresso. É um poder de decisão no momento presente, de escolher entre opções diversas [...]” (MIRANDA, 2015, p. 119).

Após a descrição proposta por inúmeros autores acerca do que seria o Estado de Bem Estar Social, é importante, neste momento, retomar uma expressão e conceituá-la antes de se iniciar a análise acerca do pretendo Estado Social Latino Americano (objeto, ainda que indireto, desta dissertação), qual seja, àquela que se refere às chamadas “necessidades básicas” ou “condições mínimas de existência”, ou, ainda, o “mínimo existencial”.

Neste aspecto, é inequívoco, de antemão, compreender que este conceito está absolutamente atrelado ao primado pelo qual se pauta o Estado Social e, em síntese, significa “[...] as condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa condições mínimas de sustento físico próprio para que possa participar da vida social de seu Estado [...]” (LEAL, 2009, p. 115).

Em outras palavras, o Estado de Bem Estar Social, garante o “mínimo existencial”, na medida em que propicia tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, direitos constitucionalmente consagrados e que restam assegurados aos cidadãos não como uma espécie de benemerência ou caridade, mas como um manifesto de verdadeiro direito político (BOBBIO, 1998).

Sabe-se, empírica e notoriamente, que o conceito idealizado de Estado Social, alicerçado na proatividade afeita à realização de condições mínimas existenciais aos seres humanos que vivem em determinada nação, não se realizou

na prática, em especial nas recentes e frágeis democracias da América Latina, conforme será abordado a seguir.

A este respeito, no que concerne à realidade latino americana, é indubitável a dificuldade relacionada ao atingimento dos objetivos afeitos ao conceito desta modalidade de Estado (*WelfareState*), pois os países que compõe aquela região do mundo são marcados por fortes desigualdades sociais, relações de trabalho informais e altíssimo desnível relativo ao acesso a condições dignas de existência (saúde, educação, lazer, etc.), havendo, inclusive, atores sociais (elites) interessados na manutenção de um sistema pretensamente inclusivo que, na verdade, jamais chega a atingir seus objetivos (FLEURY, 2017).

Seja como for resta identificada uma tipologia que contempla três regimes assistenciais na região latino americana. Para esta, importa verificar em determinado país qual o principal provedor da proteção social, podendo este ser: o Estado, o mercado e a própria comunidade. São os chamados “Estados-Produtivistas”, “Estados Protecionistas” e os “Regimes de Bem Estar Familiar”.

O regime produtivista estatal é voltado para a expansão do capital humano e inclusão das pessoas no mercado de trabalho, representado por Chile e Argentina, enquanto o modelo protecionista do Estado contra os riscos do mercado encontra maior amparo (de forma homogênea) em países como Costa Rica e Uruguai e, de forma mais heterogênea, no Brasil e no México. O regime de bem estar familiar, por sua vez, pode ser encontrado na Guatemala e na Nicarágua, aonde as pessoas contam com seus parentes para oferecimento de proteção. Este regime é criticado na medida em que os encargos sociais são colocados nos ombros da sociedade e da família, não podendo ser considerado um regime de bem estar social na medida em que o critério de distribuição e/ou acesso a recursos e benefícios está adistrito a um determinado *status* de cidadania e, ao que parece, os recebedores daqueles (a partir do mencionado “status”) compartilham as benesses com seus familiares (FLEURY, 2017). Importante mencionar neste aspecto que:

A maioria dos esforços para caracterizar os padrões de bem-estar são inspirados na tipologia de Esping-Andersen. Com isso, o principal critério para avaliar os regimes de bem-estar social, está relacionado ao grau em que as pessoas podem viver independentemente das forças de mercado, ou

seja, o nível de desmercantilização⁵ (FLEURY, 2017, p. 02, tradução nossa).

Especificamente com relação à realidade brasileira, a mesma tem sido chamada de “universal” (além de protecionista) e envolve (ou deveria envolver) um sistema público universal de benefícios sociais integrais, em que o Estado garante os direitos sociais por meio de uma política eqüitativa, descentralizada, e um sistema participativo de políticas sociais (FLEURY, 2017).

A propósito, não é à toa que no Brasil os direitos sociais, conceito específico de direitos consagrados constitucionalmente, afiguram-se como dever do Estado e se traduzem, sob este viés, em verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos, ou, em outras palavras, direito de exigência de prestações estatais no que pertine à saúde, educação, transporte público e toda uma gama de direitos sem a qual não se vive com a pretensa dignidade humana (LEAL, 2009).

No entanto, a efetiva realização deste conceito esbarra em inúmeras variáveis não apenas de direito, mas, e sobretudo, de fato, como por exemplo a disponibilidade de recursos financeiros previstos em planos plurianuais ou em diretrizes orçamentárias dos entes federativos brasileiros (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que contemplam as receitas e despesas públicas cuja função é justamente a de custear a promoção dos direitos sociais (LEAL, 2009).

Indispensável delinear, portanto, que depois de alargar os direitos sociais a todos os cidadãos, um princípio consagrado na seguridade social, emanado da Constituição Federal de 1988, o contexto fático se mostrou perverso.

Neste aspecto, desde os anos 90 do século passado, todos os sistemas universais na região latino americana (incluindo o Brasil) sofreram com a escassez de recursos, deterioração dos serviços e provedores públicos, além de se poder verificar uma crescente presença do setor privado nas políticas originalmente desenvolvidas pelo setor público, o que, por exemplo, influenciou diretamente nos setores de saúde que demandam para sua sustentabilidade apoio político do governo e dos atores sociais (FLEURY, 2017).

Com efeito, em artigo científico destinado a analisar os quatro grandes desafios da América Latina na atualidade, o autor (Bedin, 2010), constatou que a

⁵No original: Most of the efforts to characterize welfare patterns are inspired by Esping-Andersen's typology of welfare regimes, in which the main criterion to evaluate the degree to which people can make their living independently of pure market forces is the level of de-commodification.

desigualdade social é o traço marcante de todos os países que compõe aquele espaço geográfico, não obstante o crescimento econômico destes. Ressalta, ainda, que apesar de o Brasil, por exemplo, figurar como uma das dez maiores economias do mundo e de ter adotado inúmeros programas de apelo social (política de quotas, bolsa família, etc.), ainda assim é um dos campeões mundiais em má distribuição de renda.

A propósito, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com fundamento na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), informou, através de sua agência de notícias, que no ano de 2017, “[...] os 10% da população com os maiores rendimentos detinham 43,3% da massa de rendimentos do país, enquanto a parcela dos 10% com os menores rendimentos detinha 0,7% desta massa”.

Prosseguindo, no mesmo *site*, há um dado ainda mais alarmante quando se analisa a má distribuição da renda no Brasil, qual seja: ‘As pessoas que faziam parte do 1% da população brasileira com os maiores rendimentos recebiam, em média, R\$ 27.213, em 2017. Esse valor é 36,1 vezes maior que o rendimento médio dos 50% da população com os menores rendimentos (R\$ 754)’⁶.

Então, é nessa realidade que o pretense Estado Social latino americano se encontra. Permeado por um plexo de normas constitucionais e legais destinadas a conferir ao cidadão e/ou à cidadã direitos a prestações positivas que lhe garantissem um mínimo de possibilidades dignas de existência, que se encontram, na maior parte das vezes, impedidas de serem efetivadas diante de problemas econômico-financeiros, cujas causas vão desde a corrupção, passando pela ausência de planejamento voltado a destinar corretamente os recursos públicos, culminando com a pura e simples ineficiência/inaptidão dos gestores da coisa pública.

Não é à toa que Herrera Flores constata a falibilidade, como um todo, do sistema jurídico, ao compreender que o universalismo de direitos, consagrado na norma (constitucional ou legal), é nociva medida em que aqueles direitos são concebidos e erigidos numa lógica de existência e satisfação destes sem que se

⁶ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quase-metade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017>. Acesso em: 29 set. 2018.

levem em conta as capacidades e condições materiais para, de fato, obtê-los (FLORES, 2009).

No entanto, ao mesmo tempo, discorre que a efetivação de direitos humanos é um desafio teórico e prático, reconhecendo o esforço internacional realizado para se formular uma base mínima de direitos que, ao menos em tese, podem ser expandidos a todas as pessoas e formas de vida existentes no planeta (FLORES, 2009).

Sob o aspecto prático, voltado a temática ora apresentada, visto que o objeto de análise em comento se refere justamente a necessidade de positivação e materialização de um direito humano (à água), compreende-se que a busca da solução relacionada a inefetividade dos direitos passa por uma abordagem crítica, pois, de fato, direitos humanos são muito mais do que simplesmente normas jurídicas, mas, principalmente, processos de lutas provisórios que culminam com o efetivo acesso aos bens necessários para uma vida digna (FLORES, 2009).

Por outro lado, propõe-se que o arcabouço teórico destinado a dar suporte ao exercício prático referido no parágrafo anterior encontra sua melhor versão dentro da teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, visto que ambas (crítica e garantismo) não são de forma alguma paradoxais, mas, por outro lado, complementares na medida em que revelam poderoso reforço àqueles que buscam a defesa dos direitos humanos. Isto porque, se por um lado a primeira se preocupa com a materialização dos direitos, a outra se revela enquanto tentativa de reforço das normas (constitucionais) que os consagram.

Nesta direção, o próprio reconhecimento de Ferrajoli de que as Constituições são projetos inacabados vai ao encontro do que discorre Herrera ao compreender direitos humanos como processos. Todavia, além do aspecto educacional e revolucionário proposto pelo segundo, o primeiro entende como essencial a constitucionalização rígida, na medida em que aqueles que manejam o direito devem estar comprometidos com o “projeto”, sob pena de prejudicialidade à própria democracia (FERRAJOLI, 2012).

Pretende-se demonstrar que a união destas teorias pode se traduzir em poderosa ferramentateórico-prática não apenas aos operadores jurídicos, como também a todos aqueles que lutam diariamente pela consagração e operacionalização de direitos humanos, tendo o direito humano à água como manifestação e exemplo do que aqui se defende.

Pois bem, toda essa discussão passa pela necessária compreensão ou, ao menos, descrição de algumas características que permeiam o Estado Contemporâneo (cuja denominação ainda não se encontra em obras mais recentes acerca do assunto), pois, de forma inequívoca, conta com inúmeras especificidades que dificultam, ainda mais, os primados pelos quais originalmente se assentou o Estado Social, particularidades que passam, agora, a serem desveladas.

1.2 AS PARTICULARIDADES E DESAFIOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO EM SUA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A história não se traduz na soma de acontecimentos lineares que venham resultar num determinado cenário fático, em uma certa localidade geográfica. Na verdade, podemos concebê-la como um conjunto de avanços e retrocessos verificados nas mais diversas áreas do conhecimento (sociais, econômicas, técnico-científicas, etc.) que coexistem em um mesmo lapso temporal.

Por isso, é perigoso marcar datas específicas como identificadoras de determinados fenômenos, especialmente os que estão atrelados às chamadas ciências humanas, como é o caso da teoria afeita ao estudo do Estado como forma de organização sócio-política.

No entanto, para efeitos meramente didáticos, entende-se que o rompimento, ou a certeza de falibilidade, para com o *Welfare State* se dá a partir da constatação do problema relacionado às receitas que aquele obtinha, em comparação com as despesas afeitas ao cumprimento de seus primados relacionados à busca pela igualdade material social.

Extrai-se de obra destinada a analisar este e outros problemas (Bolzan, 2011), que na década de 1960 tem-se aquela percepção, que se agravou a partir dos anos de 1970, quando o desequilíbrio econômico acima apontado ficou bastante evidente a partir de uma conjuntura mundial surgida com uma crise de matriz energética de base petroquímica⁷.

⁷ Para maiores explicações acerca do assunto, recomenda-se a obra: **A questão energética em tempo de crise sistêmica: um estudo exploratório da revolução americana de gás de xisto**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/177884/346782.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 out. 2018.

Desta forma a crise desvelou alguns reflexos inexoráveis no cotidiano das pessoas, que necessitavam de maior amparo estatal em vista das condições desfavoráveis havidas e surgidas no mercado global. Ocorre que essa necessidade social impactou diretamente as despesas públicas, resultando num déficit na medida em que, por mais paradoxal que possa parecer, o aumento dos gastos públicos esteve acompanhado por uma diminuição de incidências tributárias, tendo em vista a necessidade de impulsionar a iniciativa privada em momentos de crise. Ora, não haveria outro resultado que não o colapso, pois o aumento dos valores despendidos com os anseios sociais foi acompanhado de menos arrecadação justamente para o custeio destes (BOLZAN, 2011).

Todavia, a crise que se abateu sobre o Estado Social, transformando-o profundamente, não se esgota na análise econômico financeira, sendo também inequívoco que àquela também se revela ideologicamente na medida em que a concepção tecno-burocrática adotada por àquela se demonstrou, na prática, pouco eficiente e eficaz, dando espaço, em decorrência da desilusão da sociedade, ao contraponto liberal que tem na diminuição do tamanho estatal, enquanto gerenciador de demandas sociais, um dos fundamentos para uma melhor condução do Estado (BOLZAN, 2011).

Além do mais, detecta-se uma crise de ordem ideológica tendo em vista o enfraquecimento do fundamento da solidariedade que compunha o Estado Social e que, em verdade, se traduziu em mero assistencialismo populista destinado a obtenção de um consenso social calcado na infantilização dos atores sociais, dependentes de uma fórmula que não favorece a emancipação (BOLZAN, 2011).

Então, a partir daquilo que se pode considerar como o início do fim do Estado Social, tem-se que surgiu a figura do Estado contemporâneo, que sequer possui uma denominação própria, mas que, de toda forma, se caracteriza pela complexidade havida na relação entre Estado e sociedade e notadamente, em grande parte do mundo, neoliberal, sistema socioeconômico que será pormenorizado no próximo capítulo.

Com efeito, talvez a grande modificação paradigmática seja justamente no sentido de que o Estado, antes regulador da sociedade passa, agora, a também ser regulado pela mesma, o que, como não poderia deixar de ser, traz implicações significativas ao constitucionalismo conforme será oportunamente abordado.

Seja como for, entende-se que nos dias de hoje o Estado assumiu a garantia da estabilidade de uma sociedade cada vez mais globalizada e, portanto, dinâmica e pluralista. Passou a assumir a responsabilidade pelas condições de existência individual (a exemplo dos sistemas de serviços sociais), além de se comprometer com o funcionamento e crescimento global de uma economia que é nacional e, por fim, assumiu a função de redistribuir à sociedade (pois arrecadador de impostos) serviços de infraestrutura, gastos com segurança pública, manutenção do aparato estatal, dentre outros (GARCÍA-PELAYO, 2009).

Por outro lado, temos que o Estado é, também, permanentemente regulado pela sociedade, na medida em que esta busca participar de forma cada vez mais ativa nas decisões tomadas na esfera política. A propósito, se entende por sociedade organizacional, aquela estruturada na forma de organizações, onde os objetivos (individuais ou coletivos) são alcançados não apenas pela representação política, mas, também, através do auxílio de organizações (no Brasil: ONG's, associações de classe, conselhos profissionais, comitês participativos, etc.) que, somados aos partidos (políticos) transformaram-se em canais de acesso da sociedade com a participação nas decisões de Estado (GARCÍA-PELAYO, 2009).

Ainda, como bem retrata José Luis Bolzan de Moraes, constata-se a existência de uma “dispersão nos centros de poder”, pelo que não há como permanecer no conceito de um Estado como centro único e autônomo, indiferente aos controles externos (entidades supra estatais, por exemplo) e as próprias forças que emanam dentro de seu próprio território e lhe fazem a sustentação ou o contraponto (BOLZAN, 2011).

Por isso, Herrera Flores (Flores, 2009, p. 24) detectou que se a algumas décadas o Estado “[...] controlava as consequências do mercado (poluição, destruição do patrimônio histórico-artístico, etc.) aplicando medidas interventoras, na atualidade é o mercado que impõe as regras aos Estados por meio de instituições globais [...]”.

Essa lógica de organização estatal está, desta feita, permeada pelas contribuições positivas, bem como pelos aspectos negativos, ambos afeitos ao, e inseridos no, contexto da globalização. Sendo exemplo das primeiras a circulação de ideias e a comunicação instantânea da informação (quando não manipulada ou falsificada) à nível mundial e, dos segundos, fácil expansão de qualquer crise do chamado centro global, composto pelos países com maior índice de

desenvolvimento humano e econômico (IDH)⁸, para aquilo que se entende como periferia, a qual abarca os países com qualidade de vida comprometida (MIRANDA, 2017).

Com efeito, o professor Jorge Miranda, constata algumas das principais mazelas afeitas ao processo de globalização, às quais estão submetidas as pessoas (todas e em qualquer parte do mundo) na atualidade:

“[...] a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados, os movimentos de migração do Sul para o Norte com fenômenos de inter e multiculturalismo não sem problemas, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de valores éticos familiares e políticos, as tensões étnicas e religiosas, enfim surtos de terrorismo maciço” (MIRANDA, 2015, p. 45).

Especialmente nos países periféricos, aonde se encontram os países latino americanos, as vicissitudes acima apontadas são experimentadas de forma mais direta e traumática.

Desta forma, é legítimo apontar que as “promessas” originalmente erigidas pelo Estado Social (distribuição equânime de benefícios sociais e um sistema político-democrático estável) não foram ampliadas sequer de forma satisfatória àqueles países, sendo que se constata atualmente um alargamento das desigualdades sociais, aumento significativo da pobreza e exaurimento dos recursos naturais, dentre outros (SANTOS, 2002).

A propósito, entende-se que dentre os maiores desafios da América Latina na atualidade constata-se, em consonância com o pensamento exarado nas linhas acima, que os quatro mais importantes seriam: “a) a superação do patrimonialismo; b) a redução das desigualdades; c) o estabelecimento da mesma cidadania para todos; e d) a incorporação da sustentabilidade ambiental (BEDIN, 2010).

A superação do patrimonialismo, prática relacionada ao tratamento dos bens públicos como se fossem individuais e afetados a determinada classe dominante, passa pela ruptura com as relações de poder arraigadas na cultura latino-americana que fazem do espaço comum um *lócus* perverso de disputa do poder e ascensão social através do Estado (BEDIN, 2010).

⁸ Para tanto, recomenda-se a seguinte consulta:
<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>

Por sua vez, a superação das desigualdades sociais, consequência direta ou indireta da trajetória escravocrata dos países latino americanos, revela que não obstante as riquezas produzidas pelos países (por exemplo: o Brasil, uma das maiores economias do mundo) não se revertem em benefícios sociais e econômicos, sendo que apenas uma política voltada a redistribuição de renda e benefícios tem o condão de reverter esse quadro de injustiça social (BEDIN, 2010).

O estabelecimento da mesma cidadania para todos, é um desafio que passa muito pela superação das desigualdades sociais, tendo em vista que está absolutamente relacionado a alienação (planejada ou não) de determinados grupos sociais que simplesmente estão à margem das declarações e afirmações do Estado de Direito, já que são inúteis às suas vidas concretas, exercidas normalmente em locais aonde há um “direito próprio” e “poderes paralelos” (ex: favelas). Com efeito, Gilmar Antonio Bedin, constata:

Esse desvirtuamento ocorre porque a falta de efetividade do Estado de Direito e as desigualdades sociais existentes geram uma divisão social perversa, centrada na segmentação das populações da maioria dos países latino-americanos em três grupos sociais específicos. De fato, é possível identificar nos países referidos um grupo social formado por cidadãos (grupo de pessoas que possuem direitos e deveres); um grupo social formado por subcidadãos (grupo de pessoas que possuem apenas deveres) e um grupo social formado por sobrecidadãos (grupo de pessoas que possuem apenas direitos) (BEDIN, 2010, p. 15).

Novamente, não se consegue vislumbrar outra alternativa de superação deste desafio, a não ser pela inclusão sócio econômica havida a partir da promoção igualitária de oportunidades nas mais diversas áreas relacionadas aos desenvolvimento da pessoa humana (alimentação, saúde, educação, etc.), somada a possibilidade (efetiva) emancipatória de determinadas pessoas ou grupos em reivindicarem suas necessidades e anseios não necessariamente atrelados a uma lógica neoliberal e consumista que hoje norteia as ações de boa parte da humanidade.

Ainda, como quarto e último desafio, a análise está centrada na incorporação da questão da sustentabilidade ambiental na agenda jurídico-política (Bedin, 2010), sendo insofismável que a agressão ao meio ambiente, bastante visível em todo o globo terrestre, e especialmente na América Latina e demais países considerados como subdesenvolvidos, é causa de inúmeros problemas que afetam a qualidade de vida das pessoas e, aqui, como não poderia deixar de ser,

cita-se como exemplo a água e os mais diversos tipos de poluição que atingem os recursos hídricos de forma a lhe tornarem inapropriados para consumo.

A forma de superação deste desafio, por exemplo no Brasil, passa por aquilo que se denomina: *Um novo pacto político-jurídico socioambiental*, traduzido pelo novo papel que Estado e sociedade desempenham (ou deveriam desempenhar) junto à proteção ambiental, incorporando-se, de fato, na agenda política o que já está previsto constitucionalmente no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a solidariedade intergeracional, revelada a partir da assunção de responsabilidades e deveres (tanto pelo Poder Público quanto pela coletividade) na tutela do meio ambiente, tendo em vista a proteção das gerações presentes e futuras (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Pois bem, a situação caótica que hoje se apresenta para muitos, porém especialmente favorável a uma minoria de abastados economicamente, está ligada a inúmeros fatores, muitos dos quais foram acima apontados.

Mas também, e em especial, pelo enfraquecimento do Estado a partir de uma lógica neoliberal pautada no capitalismo financeiro, a qual transfere o poder, de forma direta ou indireta, de gerenciamento e condução da máquina estatal a empresas transnacionais e/ou agências internacionais (Organização Mundial do Comércio – OMC; Fundo Monetário Internacional - FMI, etc.), o que redundou na desregulação de mercados, privatização dos espaços comuns, mercantilização da vida, isso para ficar em apenas alguns exemplos (SANTOS, 2002).

Evidentemente, esse *modus operandi* faz com que os países periféricos, com Estados democrático-constitucionais em sua maioria recentes e frágeis, sejam mais atingidos e limitados ao cumprimento das determinações do capital financeiro internacional e das indústrias transnacionais, as quais desprezam a vontade populacional em detrimento da pura e simples equação que redunde em ganhos econômicos que sirvam seus próprios interesses (SANTOS, 2002).

Com efeito, pode-se dizer que este novo cenário econômico globalizado prejudicou ou inviabilizou sobremaneira os sustentáculos pelos quais o *welfare state* restou erigido, desde que os Estados modificaram sua função primordial de arrecadadores para meros pagadores de dívidas, reduzindo, por conseguinte, drasticamente sua capacidade de satisfazer as necessidades dos cidadãos. Além disso, inevitavelmente, a dinâmica do mercado de trabalho deu origem a uma maior instabilidade e gerou novas formas de inclusão, ainda que relativas, a exemplo das

mulheres, e exclusão, como por exemplo os imigrantes e refugiados de conflitos armados (FLEURY, 2017).

Então, é neste contexto de incertezas e influências das mais variadas ordens, como as econômicas, políticas e culturais, que o Estado, incapaz de atender as demandas de uma sociedade complexa, mutante, multicultural e globalizada, vive em constante Estado de Exceção, em que formalmente os princípios democráticos permanecem em vigor, mas, na prática são suspensos ou violados em decorrência das crises existentes na atualidade (BERCOVIC, 2013).

Ademais, são de tal forma frequentes e impactantes a ocorrência das crises acima apontadas, que os argumentos para o estado de emergência/exceção acabam por se tornarem normalidade, o que vai minando o governo constitucional que não consegue sobreviver a um contexto de crise permanente em que a aquela (normalidade) passa a estar a serviço da exceção (BERCOVIC, 2013).

Uma vez detectadas as particularidades que permeiam o Estado Contemporâneo, bem como as aporias relacionadas à sua gestão, acredita-se ser necessária uma análise específica no que concerne à satisfação de direitos humanos pelo ente estatal, tendo sempre em conta que o trabalho em comento propõe uma construção teórico-prática destinada a devida satisfação do direito humano à água a todos e todas.

Lembrando, ainda, que a concepção crítica aqui adotada de direitos humanos leva em consideração que estes estão absolutamente ligados a realidade em que se vive, a qual facilita ou dificulta o alcance das condições materiais que, de fato, resultam na conquista efetiva daqueles direitos.

Não se desmerece, todavia, a consagração e/ou positividade de um direito, mas importa deixar claro que àquela é absolutamente insuficiente para que as pessoas, a partir da promulgação da norma constitucional ou legal, efetivamente venham a ter um ganho em sua qualidade de vida (HERRERA, 2009).

Nesta direção, constata-se que o sistema de valores atualmente vigentes (constitucionalmente formalizados) indicam que o pensamento hegemônico está absolutamente atrelado à concepção neoliberal que privilegia a liberdade funcional do mercado em detrimento às políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural, o que resulta em uma insofismável dificuldade de efetivação das normas constitucionais, seja qual for o ordenamento jurídico-ocidental, mas especialmente o

latino americano, visto que àquele está pautado em função de uma lógica de competitividade que não favorece o denominado Estado Social (HERRERA, 2009).

Ocorre que não é apenas o Poder Executivo, destinado a desenvolver políticas públicas voltadas à realização do chamado “projeto constitucional”, aonde se encontram formalizados os direitos sociais a serem satisfeitos em benefício da população, em especial aos menos favorecidos economicamente, que se encontra enfraquecido pelos problemas e desafios relacionados nos parágrafos anteriores.

Percebe-se que o enfraquecimento do Estado (social), havido (também) em decorrência do fortalecimento da lógica neoliberal que reduz a tudo e a todos a partir de uma análise economicista e concorrencial, afetou significativamente o Poder Judiciário, criado e estruturado com fundamento em limites territoriais há muito rompidos, aonde faltam, inclusive, os recursos materiais que “[...] possibilitam acompanhar o mundo da simultaneidade e sua nova noção de tempo, pois a dimensão funcional do Estado, destinada a possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra desgastada” (MORAIS; MOURA, 2017, p. 180).

De toda forma, é preciso reconhecer que umas das consequências imediatas da falibilidade do Estado redundam na transferência de deveres sociais do Estado-Administração (Poder Executivo), ao Estado enquanto jurisdição, vez que os indivíduos buscam neste a satisfação dos seus legítimos interesses constitucional ou legalmente consagrados e não propiciados pelo “primeiro”, abrindo espaço ao ativismo judicial, que enfraquece a construção coletiva e política de meios destinados a concretização da dignidade humana, ao mesmo tempo em que fortalece a discricionariedade judicial (Morais; Moura, 2017), ocorrendo, portanto:

[...] um processo de sobrecarga do sistema de justiça, que assume, indevidamente, o compromisso de completar as lacunas que deveriam ter sido providas nas demais esferas (poderes) estatais. Um grande percentual de demandas sociais desatendidas são judicializadas, o que somado a consagração de novos direitos tem como resultado ‘uma explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla’ (MORAIS; MOURA, 2017, p. 182).

A propósito, parece ser voz corrente entre a doutrina especializada o diagnóstico de que no momento em que a constituição democrática, concebida e aperfeiçoada através da política, passa a ser vista e revista como norma suprema e dirigente das ações da população, com o conseqüente (ou seria a causa?)

enfraquecimento dos partidos políticos e do poder legislativo, está-se diante do que se denomina “momento dos tribunais” (BERCOVIC, 2013).

O fato é, e pode-se perceber isso claramente no Brasil, que há uma evidente sobrecarga de processos judiciais destinados a satisfação de direitos, cuja obrigação seria eminentemente do Poder Executivo. Então, a resposta do sistema neoliberal a este e outros problemas atualmente enfrentados pela jurisdição não encontra guarita numa melhor promoção de efetivação de direitos a partir de decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais. A preocupação está direcionada a eficiência e rapidez daquelas, conformando-se, portanto, como facilitador das estratégias de mercado, relegando a segundo plano a qualidade da decisão emanada (MORAIS; MOURA, 2017).

Com efeito, o discurso neoliberal que erige o pensamento jurisdicional voltado, quase que exclusivamente, às preocupações relativas à eficiência (custo/benefício) relegando a segundo plano à equidade, tem como corolário as propostas do movimento *Law and Economics* (de origem norte americana, mais especificamente, na escola de Chicago) que sugerem a análise do Direito a partir de metodologias e pontos de vista econômicos e pragmáticos (MORAIS; MOURA 2017).

Em síntese, o pensamento desvelado por este movimento que propõe à análise do direito a partir da economia, está amparado, fundamentalmente, em duas reflexões: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e das instituições? e, b) quais as melhores normas? As respostas devem estar voltadas à necessária compreensão de que o sistema jurídico/judicial não pode ser um obstáculo para o desenvolvimento econômico dos países (MORAIS; MOURA, 2017). Especificamente, no Brasil:

[...] o sistema jurídico é acusado de ser um dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o *contractual enforcement* e o contratual *repudiation*, ou seja, de se constituir um obstáculo ao bem-estar do Mercado na ótica neoliberal. O custo país, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 17).

Desta feita, a partir desta concepção, a exigência está relacionada à revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição. Isto porque, por princípio, as normas constitucionais, que devem nortear a elaboração de todo o arcabouço legal, estão aliadas à construção de um Estado Social comprometido (em tese) com a promoção da igualdade material fundamentada na intervenção estatal que relativiza a autonomia da vontade individual em benefício da coletividade, buscando garantir os direitos fundamentais (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009).

Todavia, pode-se dizer que a análise economicista do direito (de forma planejada ou apenas resultado de uma lógica neoliberal), aponta, na maioria das vezes, para a proteção dos direitos patrimoniais em detrimento daqueles direitos fundamentais, o que definitivamente “[...] enaltece o caráter, pode-se dizer, anticonstitucional daquela análise, no sentido pelo qual se percebe constitucional como pacto fundante da convivência entre iguais cuja razão visa à satisfação das necessidades vitais de todos” (NETO, 2012, p. 161).

Por conseguinte, uma vez delineadas as aporias relacionadas ao Estado Contemporâneo e Democrático de Direito, inclusive no que tange à atuação do Poder Judiciário, que redundam em evidentes dificuldades de realização de direitos e garantias consagrados constitucionalmente, tem-se que a contribuição deste trabalho é justamente o de propor uma atuação concreta frente aos desafios que se apresentam aos operadores jurídicos que trabalham com direitos humanos, tendo o direito humano à água como objeto específico de análise.

Neste aspecto, ainda que detectados os obstáculos que dificultam e, muitas vezes, inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais, aqui analisados sob seu aspecto formal (constitucional e de alta densidade normativa) e material (processos diuturnos de construção emancipatória), a seguir analisa-se de forma mais aprofundada o primeiro, o qual encontra amparo na teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

Porém, em nenhum momento será deixada de lado a concepção de que os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens. Ocorre que, algumas vezes (e esta é a principal defesa havida com a presente dissertação), “[...] essas lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados (e aí a luta jurídica se une à luta social de um modo importante)” (FLORES, 2009, p. 28-29).

1.3 A FORÇA (?) NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA ATUALIDADE

Após a análise dos cenários afeitos aos desafios que se apresentam ao Estado Contemporâneo, muitos deles causadores de desolação àqueles que se preocupam verdadeiramente com a defesa e promoção de direitos humanos, é legítima a pergunta acerca da força normativa da Constituição, ou do constitucionalismo, na atualidade.

Neste item, procura-se responder a esse questionamento a partir da construção de um pensamento que alia (soma) a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli e a teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, visto que aqui se defende a compreensão de que ambas, unidas, constituem poderoso arcabouço teórico (com viés de indicações práticas) destinado à manutenção, ou ao resgate, daquilo que se compreende como um constitucionalismo realmente voltado a influir positivamente na vida das pessoas.

Constitucionalismo aqui entendido como um **sistema jurídico** que contempla um conjunto de limites e de vínculos substanciais, como também formais, impostos de forma rígida a todas as fontes normativas pelas normas hierarquicamente superiores, como também compreendido como **teoria do direito** na medida em que concebe e analisa a validade das normas não apenas pelo viés das formas de produção concernentes à sua elaboração, mas também na “[...] coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2012, p. 13)

Então, propõe-se o combate a inequívoca crise do projeto constitucional, traduzida na visão neoliberal que ataca o seu respectivo desenho normativo por defender ser àquele um impeditivo ao crescimento econômico na medida em que atribui ao Estado inúmeras tarefas de satisfação de direitos consagrados na Constituição. Evidentemente, essa crise é agravada pelo não cumprimento das “promessas” erigidas na Carta Magna, bem como pela vontade política e as condições econômicas de determinado país (BOLZAN, 2011).

Inobstante tais dificuldades, acredita-se que é possível a retomada do constitucionalismo enquanto instrumento destinado a regulação do Estado e mecanismo auxiliador da satisfação de direitos humanos. Para tanto, inicialmente é fundamental realizar alguns conceitos históricos do que seria uma Constituição enquanto norma jurídica.

Assim, são vários os sentidos que, historicamente, foram e são atribuídos às Constituições. Tradicional e formalmente, compreende-se este instrumento como um *locus* aonde se encontram um conjunto de normas fundamentais que dizem respeito à estrutura do Estado, sua organização e funcionamento, além de um plexo de direitos voltados à consagração da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2015).

Sob o aspecto da materialidade, a Constituição está ligada a ideia de garantia. Ou seja, a finalidade das regras e princípios constitucionais tem como objetivo último (e principal) o de consagrar preceitos conquistados (mediante processos de luta) em favor dos indivíduos (cidadãos), municiando-os de instrumentos normativos hierarquicamente superiores para lhes conferir direitos subjetivos que possam satisfazer o projeto constitucional (MIRANDA, 2015).

Não se pode esquecer, porém, que o conteúdo das Constituições está atrelado ao regime político que, em determinado momento, comanda as ações do Estado-Nação, ou seja, havendo mudança naquele, modifica-se a Constituição de maneira que se adequem os direitos garantidos, ou que se deva garantir, em conformidade com a ordem econômico-social que se privilegie (MIRANDA, 2015).

Complementando este conceito, há que se ter em mente que a modificação do *status quo* dominante, traduzido em determinado sistema político, econômico e social, se altera, normalmente, através de processos revolucionários. Neste sentido, a Constituição pode também ser concebida como geradora de estabilidade, tendo em vista que aquelas culminam com a segunda, mas ambas não perduram num mesmo espaço de tempo sem que haja a existência de forças sociais preocupadas com o reestabelecimento da ordem social (BERCOVIC, 2013).

Seja qual for o viés pelo qual se analisa a Constituição, especialmente no que concerne a consagração de direitos (humanos) fundamentais, é essencial pontuar que àquela é materialmente permeada, contemporaneamente, por lutas e revoluções destinadas a satisfazer os interesses subjetivos de pessoas em busca de suas liberdades, sobrevivência, dignidade e igualdade.

Estes interesses, por sua vez, uma vez positivados formal e estruturalmente nas Constituições recebem “automaticamente” uma garantia de sua proteção por aqueles que detém poder de decisão no Estado tendo em vista serem,

àquelas, normas hierarquicamente superiores e, os direitos nelas consagrados, poderem ser universalmente exigíveis (FERRAJOLI, 2004)⁹.

Esta concepção vai parcialmente ao encontro da teoria crítica usada nesta dissertação, visto que para esta os direitos (humanos) são resultados de batalhas permanentes, as quais destinam-se à real satisfação daqueles. Por outro lado, a discordância é manifesta no que se refere a propalada universalidade. Sim, pois, esse discurso formalista retiraria (ainda que de forma inconsciente) as condições materiais afeitas à exigências de colocá-los em prática (HERRERA, 2009).

Todavia, há novamente um ponto de concordância ao verificarmos que não há na doutrina crítica ora prestigiada propriamente uma negativa afeita a importância da consagração de direitos nas Constituições. Há, isso sim, uma inversão na ordem do que aqui se denomina como estrategicamente prioritário, ou seja, o problema não é de como um “[...] direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade” (HERRERA, 2009, p. 28).

Para tanto, a forma pela qual um direito humano pode, de fato, ser transformado em um direito exercido na prática, é através de políticas públicas e leis de atuação, além de garantias idôneas, alicerçadas em instituições de garantias (FERRAJOLI, 2012).

Antes, porém, de buscarmos essa construção teórica que concilie as premissas garantista e crítica, é fundamental mencionar que as dificuldades emanadas da efetiva aplicação das normas constitucionais interferem, mas não inviabilizam, a força normativa da constituição (e, conseqüentemente, de suas regras e princípios), aqui compreendida como o resultado político de uma gama de particularidades fáticas que, somadas, revelam as forças reais que permeiam a realidade de determinado país.

Estas “forças reais” (que são as circunstâncias de fato), por sua vez, nada mais são que as tensões e relações de poder que se verificam na sociedade, tais como as econômicas, sociais, intelectuais, militares, etc. (HESSE, 1991). Prosseguindo com o argumento de Konrad Hesse, há que se avançar no

⁹Derechos y Garantías: La Ley de Más Débil.

entendimento acerca de Constituição para a devida compreensão de sua força normativa e, neste aspecto, segue abaixo citado:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa que se assenta na natureza singular do presente (*Individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida [...]

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Willezur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Willezur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19).

Nos Estados (democráticos) contemporâneos, há os tribunais constitucionais justamente destinados a resguardar ou, em muitos casos, conferir força normativa (através da interpretação e aplicação) aos comandos constitucionais. Então, ainda que frequentemente alvos de críticas, as decisões emanadas dos tribunais constitucionais, e no Brasil não é diferente, resultam em consequências práticas diretas aos cidadãos jurisdicionados.

Todavia, não se está defendendo aqui o ativismo judicial, nem tampouco o chamado constitucionalismo principialista¹⁰, que confia à ponderação legislativa ou à judicial a escolha de regulamentar uma ou outra norma constitucional, o que traduz indesejável “[...] discricionariedade protestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais” (FERRAJOLI, 2012, p. 55).

Com efeito, é necessário realizar neste momento uma distinção acerca do chamado constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista. Far-se-á tal distinção delineando-se a rejeição das principais características do segundo, quais sejam: 1) conexão entre o direito e a moral; 2) contraposição entre princípios e regras e o papel afeito a distinção qualitativa entre ambos; 3) A ponderação ao invés da subsunção, na prática jurisdicional (FERRAJOLI, 2012).

No que concerne ao primeiro item mencionado no parágrafo anterior, para não deixar margem para dúvidas, o autor base deste trabalho, de plano busca afastar a concepção de que o distanciamento de direito e moral, enquanto um princípio positivista, não significa que aquele negue que as normas jurídicas

¹⁰ O qual tem como defensores autores como Robert Alexy (*Conceito e Validade do Direito*), Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*).

possuam um conteúdo moral ou alguma pretensão de justiça. Inclusive, o que caracteriza as Constituições democráticas é justamente os valores nelas expressos traduzidos no direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2012).

O que se busca afastar, portanto, é o enfraquecimento do constitucionalismo a partir da lógica principialista que supõe o chamado cognitivismo ético, que, em última análise, resulta naquilo que se compreende como um “absolutismo moral” de consequências indesejáveis, na medida em que favorece a intolerância com opiniões morais dissidentes (FERRAJOLI, 2012)

Essa, levada ao extremo, prejudica a convivências das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade, pois se funda em um objetivismo ético que justifica o pensamento daqueles que, em determinado momento, possuem prerrogativas/funções no Estado (executivas, legislativas ou judiciais) (FERRAJOLI, 2012).

Então, tem-se que a força normativa da constituição na atualidade está absolutamente associada a necessidade do fortalecimento, e não do esquecimento, de suas premissas fundamentais, dentre as quais se destaca a rejeição da confusão existente entre direito e moral (FERRAJOLI, 2012).

Prosseguindo, refuta-se, reforçando a concepção acerca do constitucionalismo garantista, a tese da contraposição entre princípios e regras, o que esmorece a normatividade das Constituições. A propósito, odenominado constitucionalismo principialista afirma que:

“[...] as normas constitucionais que formulam objetivos políticos e/ou morais e/ou direitos fundamentais têm a forma dos princípios, e não das regras. E, enquanto as regras se aplicam aos casos por elas previstos, os princípios – caracterizados, geralmente, pela maior indeterminação e generalidade além de sua maior importância – se respeitam, se pesam e se ponderam entre eles, sobretudo quando, como geralmente ocorre, se mostram conflitantes” (FERRAJOLI, 2012, p. 35).

Afasta-se de plano essa conceituação, visto que o critério da ponderação, que caracterizaria a aplicabilidade dos princípios em determinado caso concreto, também se apresenta nas regras, sendo obsoleto no atual Estado Constitucional de Direito que ainda se reivindique o critério da mera subsunção dos fatos à norma, esta última enquanto regra, tendo em vista a multiplicidade de regras que, em determinada hipótese, podem ser aplicadas (FERRAJOLI, 2012).

Em verdade, portanto, não se desconhece na teoria garantista a circunstância de que existem normas **(princípios diretivos)** que simplesmente enunciam valores ou diretivas de caráter político, cuja aplicabilidade não se pode precisar ou identificar com clareza (FERRAJOLI, 2012), a exemplo do artigo primeiro, caput, da Constituição Federal de 1988, que contempla o modelo de Estado pelo qual o Brasil se pautou desde então¹¹.

Por outro lado, outras normas **(princípios reguladores)** estão alicerçadas em expectativas específicas e determinadas, atreladas a limites e vínculos que revelam as garantias consistentes nas relativas proibições de lesão e obrigações de prestação (FERRAJOLI, 2012), ora exemplificadas no direito humano à água o que, muito mais do que simples princípio político diretivo, deve, necessariamente, nortear a ação da máquina estatal seja qual for a sua esfera de atuação.

Desta feita, a distinção que efetivamente importa ao fortalecimento do constitucionalismo não é entre princípios e regras, mas entre princípios diretivos (expectativa de resultados) e princípios reguladores (expectativas de atos determinados), conforme acima exposto.

Então, compreende-se que a falaciosa distinção entre princípios e regras apenas diminui o valor dos primeiros, que, em tese, não seriam auto aplicáveis em uma situação concreta. Essa relativização valorativa é nefasta à Constituição na medida em que o enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios é o mesmo que relegar a segundo plano a aplicabilidade e/ou garantia daqueles, ou, como bem esclarece Luigi Ferrajoli:

“Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isso, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes [...] (FERRAJOLI, 2012, p. 41).

O aspecto mais perverso da distinção entre princípios e regras, que torna inúmeras normas constitucionais de caráter não vinculante, mas “ponderável”, se manifesta através da criação de princípios que não possuem qualquer fundamento

¹¹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

constitucional, mas fruto da imaginação de julgadores absolutamente descomprometidos com os fundamentos principiológicos da Constituição. Com efeito, essa realidade se verifica no Brasil, como por exemplo, o “princípio da não surpresa”, que seria uma garantia do cidadão contra decisões muito inesperadas (FERRAJOLI, 2012).

Esta construção jurisprudencial, que inicialmente pode parecer simpática aos olhos de muitos aplicadores do direito é sinal de ruína das premissas constitucionais e da própria democracia, visto que:

“Se, na verdade, sustenta-se que os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados, eles mesmos, a criá-las – ainda que através da ponderação dos princípios -, então resulta violada a separação dos poderes. E, em tempos como os atuais – de crescente tensão entre o poder político e o Poder Judiciário e de intolerância do primeiro com os controles de legalidade exercidos pelo segundo -, a teorização deste poder normativo dos juízes arrisca propiciar um potente argumento em favor de sua investidura política, por meio de eleição, ou pior, a sua colocação de dependente do Poder Executivo” (FERRAJOLI, 2012, p. 46).

A atualidade do pensamento supra referido, que detecta o enfraquecimento do constitucionalismo em decorrência do ativismo judicial, é, salvo melhor juízo, absolutamente aplicável à realidade brasileira.

Todavia, é fundamental destacar que não há uma negativa absoluta acerca do papel da ponderação na atividade de produção normativa (Poder Legislativo) ou de aplicação da norma (Poder Judiciário), havendo situações em que aquela técnica é necessária, como, por exemplo, nos casos em que a linguagem normativa demanda uma interpretação/discricionariedade judicial. Combate-se, quando se fala em ponderação, o seguinte:

“[...] a excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. Ela se refere, em outras palavras, à excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação, que não é menos limitada do que aquela ilustrada a partir da distinção entre regras e princípios. Na verdade, tenho a impressão de que por causa de tal ampliação, a ponderação terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional” (FERRAJOLI, 2012, p. 47).

Importante rememorar que a debilidade do arcabouço jurídico normativo (e aqui se está discorrendo expressamente acerca da Constituição) destinado a

conferir instrumentos (ainda que insuficientes) ao cidadão ou cidadã para que estes sejam favorecidos em suas lutas por dignidade não é, de forma alguma, defendido pela teoria crítica.

Muito pelo contrário, tendo em vista que esta deve se sustentar sobre dois pilares: “[...] o reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito” (FLORES, 2009, p. 59).

Com efeito, deixa-se claro em inúmeros momentos que o objetivo da crítica não é rechaçar de plano o conjunto de boas intenções dos que lutam pelos direitos seguindo as pautas da teoria jurídica tradicional, pois não se pode esquecer que a luta jurídica tem seu papel para uma efetiva implementação dos direitos. Então, complementa Herrera que “nada se encontra mais distante de nossos propósitos que o desprezo às lutas jurídicas” (FLORES, 2009, p. 31).

Para tanto, em evidente contraponto ao modelo principialista, a forma pela qual (sob o aspecto formal), se reforçam as garantias de acesso de todos e todas à satisfação de direitos humanos é a partir da consagração do paradigma garantista que revela o constitucionalismo rígido, segundo o qual, os poderes da República, em especial o Poder Judiciário, estão limitados e vinculados não apenas à lei, mas principalmente à Constituição e às normas (pouco importa se princípios ou regras) nela constantes (FERRAJOLI, 2012).

Ao defender-se este posicionamento pode-se, então, responder ao questionamento realizado no início deste tópico de maneira afirmativa, ou seja, é possível se falar em força normativa da Constituição desde que haja o resgate do entendimento de que os preceitos e, em especial, os princípios expressados naquela devam, necessariamente, orientar as decisões dos Poderes da República. É o que se denominada de “normatividade forte das Constituições”, traduzida por Luigi Ferrajoli da seguinte maneira:

“O constitucionalismo juspositivista e garantista, teorizando o desnível normativo e a resultante divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua virtual e fisiológica consequência, o direito ilegítimo, inválido por comissão ou descumprido por omissão, porque violam seu ‘dever jurídico’. E, portanto, confere à ciência jurídica um papel crítico nos confrontos do próprio direito: das antinomias, geradas pela indevida presença de normas e contraste com os princípios constitucionais; e das lacunas, geradas pela

indevida falta de normas por eles implicadas e impostas. Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever a ele correspondente, que compete a esfera pública (FERRAJOLI, 2012, p. 56).

Tendo em conta essas premissas de diferenciação entre o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista, deve-se compreender, então, que a Constituição “[...] é um projeto normativo em grande parte não realizado; e que é da mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, da sua normatividade que depende o futuro da democracia” (FERRAJOLI, 2012, p. 56).

Aquele projeto, por sua vez, está absolutamente vinculado aos limites e vínculos explicitados nas Constituições das democracias (ocidentais), e são traduzidos fundamentalmente nos direitos fundamentais naquelas consagrados. Direitos que estão atrelados ao povo, aqui compreendido como pessoas de carne e osso, e que se relevam enquanto fragmentos da soberania popular, sem os quais a própria democracia pode vir a ruir (FERRAJOLI, 2009).

Ademais, é essencial destacar que este projeto normativo que leva em consideração as pessoas, muito mais do que simplesmente o sistema jurídico-político, deve se pautar na circunstância de que a universalidade dos direitos é falaciosa se não estiver aliada ao fortalecimento dos indivíduos, grupos e organizações na hora de erigir um marco de ação “[...] que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida” (FLORES, 2009, p. 19).

Desta feita, repisa-se que a força normativa da Constituição se mede não apenas a partir dos direitos e garantias nela consagrados, mas, também, e fundamentalmente, na práxis que revela a constatação de que os cidadãos de determinado país possuem acesso efetivos àqueles. É, em síntese, a luta interminável pela soma das garantias formais e materiais cujo resultado é a promoção da propalada dignidade da pessoa humana.

Não se desconhece que os cenários fáticos que permeiam a vida em sociedade são realmente desoladores e redundam em uma crise de legalidade, ou

seja, do valor vinculante associados às regras e suas respectivas garantias formais, as quais deveriam ser observadas pelos titulares do Poder Público. Pior ainda, são os falhos ou ineficazes mecanismos de controle que acabam por propiciar um cenário de corrupção generalizado que envolve a política e a administração pública, implicando em prejuízos às finanças à economia e, como não poderia deixar de ser, à vida das pessoas (FERRAJOLI, 2004).

No entanto, ainda que se reconheçam as inúmeras dificuldades e desafios pelos quais passa a gestão do Estado, entende-se que há, ainda, força emanada da Constituição, sendo esta compreendida justamente como a capacidade de impor tarefas e, portanto, “interferir”, positiva ou negativamente na vida das pessoas, o que justifica a internalização de direitos humanos na modalidade de direitos fundamentais naquela, algo que será melhor esmiuçado no capítulo seguinte.

Ainda, não se pode esquecer que a realidade raramente está no mesmo compasso das garantias formais, pelo que a abordagem realista de forma alguma pode sucumbir a pretensas teorizações alijadas do contexto fático. Todavia, o enfrentamento que se propõe nesta dissertação pauta-se pelo otimismo, que deve nortear a crítica. Com efeito, sintetiza-se esta assertiva da seguinte forma:

Apostamos, conseqüentemente, em uma atitude otimista e realista a partir da qual apontaremos a mudança e a transformação dos processos de divisão do fazer humano que facilitam o acesso aos bens a uns e coloca obstáculos intransponíveis a outros. Partimos, então, do reconhecimento de nossa capacidade humana de fazer e desfazer os mundos que nos são dados. Com isso, assumimos uma visão estritamente “real” da realidade, pois somos conscientes das quebras, fissuras e porosidades do mundo em que vivemos. Logo, realista significa saber onde estamos e propor caminhos para onde ir. Ser realista exige, portanto, apostar na construção de condições materiais que permitam uma vida digna de ser vivida (FLORES, 2009, p. 55)

Não é à toa, portanto, que especificamente no que concerne ao direito humano à água, a proposta que se defende aqui é não apenas o de sua internalização sob o aspecto jurídico constitucional, mas, também, a construção de uma consciência jurídica destinada a compreensão daquele enquanto produção e reprodução de vida, com o que se pretende uma verdadeira declaração e/ou

compromisso daqueles que lidam com direitos humanos no sentido de conferirem o verdadeiro acesso àquele “bem” de uso comum, a todos e todas¹².

Inclusive, essa construção é consonante com o pensamento garantista, na medida em que a linguagem afeita ao direitos fundamentais, formalmente tidos como universais, não impede que se possa tirar proveito de outros conceitos como por exemplo “bens fundamentais” e “bens comuns”, elaborados por culturas não hegemônicas, porém não menos importantes, que demandam (da mesma forma) garantias de inviolabilidade (FERRAJOLI, 2009).

No entanto, sempre rememorando que o Direito é somente uma forma e uma técnica de garantia, a que se pode atribuir conteúdo díspares. Ademais, o Direito não é um fim em si, sendo seus fundamentos axiológicos sempre externos ou provenientes de diversos *locus* metajurídicos, algo que fica bem evidente ao perceber-se os valores por ele tutelados (FERRAJOLI, 2009).

Finalizando este tópico, deve-se admitir a possibilidade de atribuição da força normativa constitucional com fundamento no paradigma garantista. A palavra de ordem para o atingimento deste objetivo é resgate. É imperioso que aqueles que de fato se preocupam com direitos humanos e que lutam diuturnamente por sua efetivação busquem colocar na agenda jurídico política os compromissos com os preceitos e garantias previstos na Constituição.

Para tanto, não se pode deixar de criticar o mero formalismo (aqui denominado paleojuspositivismo), que somente vê o direito em si próprio (alijado do contexto fático), e, por conseguinte, gerar um inconformismo saudável com as análises de pura lógica jurídica e, conseqüentemente, atender-se-á às exigências normativas externas que se apoiem em definições mutantes do que se entende por bem comum (FLORES, 2009). Esta proposta ficará mais clara no próximo capítulo.

¹² No terceiro capítulo adentrar-se-á especificamente no conceito de comum e a forma pela qual este deve permear as ações que envolvam os recursos hídricos brasileiros.

2 A INTERNALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O presente capítulo tem como objetivo esclarecer a forma pela qual deve-se construir um modelo jurídico-constitucional que contemple o direito humano à água, no Brasil, de forma não apenas teórica, emoldurada nas páginas da Constituição Federal de 1988. Mas, também, com um viés de sensibilização concreta que direcione a ação dos aplicadores dos direitos humanos nos mais diversos segmentos do Poder Público (executivo, legislativo, judiciário), como, também, da própria sociedade civil.

Ademais, não menos importante é circunstância de que a inserção do direito humano à água no ordenamento jurídico brasileiro deve se dar com a absoluta compreensão de que o reacionarismo neoliberal que permeia a ordem global (no Brasil não é diferente) dificulta a realização dos direitos humanos, os quais, em maior ou menor medida, demandam uma atuação pró ativa daqueles que detém, em determinado momento, o poder de gestão, legislação e jurisdição do Estado, o que, conforme os que defendem aquele modelo econômico, não passam de custos a serem compatibilizados pela lógica da eficiência.

Para tanto, conforme mencionado anteriormente, compreende-se que as teorias garantista e crítica detém, somadas suas premissas básicas, o potencial de gerar um robusto arcabouço teórico capaz de fornecer aos operadores jurídicos (mas não apenas a eles) instrumentos que propiciem não apenas a garantia formal, como também material, afeitas à satisfação de direitos humanos.

No entanto, é impossível deixar de apontar que existem pontos dissonantes entre as teorias acima apontadas, principalmente àqueles que dizem respeito à concepção que se tem de direitos, e aqui está-se tratando especificamente de direitos fundamentais. Registra-se, nesta esteira, que a principal diferença reside no quesito do universalismo, apontado por Ferrajoli como característica fundamental daqueles, enquanto Herrera Flores refuta veementemente tal concepção.

Com efeito, se para um os direitos fundamentais são formais, indisponíveis e inegociáveis em virtude (também) do reconhecimento universal dos mesmos em inúmeras normas de diversas naturezas, especialmente nos tratados internacionais e nas Constituições dos Estados nacionais (Ferrajoli, 2009), para o

outro há que haver o afastamento do conceito de universalismo de direitos proposta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³, sendo que aquele se afasta do seu caráter formal na medida em que “se existe um elemento ético e político universal, ele se reduz, à luta pela dignidade, de que podem e devem se considerar beneficiários todos os grupos e todas as pessoas que habitam nosso mundo” (FLORES, 2009, p. 69).

Por outro lado, reconhecer essa diversidade de pensamentos não implica, de forma alguma, no rechaço da possibilidade de união das teorias acima citadas no que tange ao fortalecimento de instrumentos de luta para que os direitos humanos tornem-se, de fato, condições de vida digna.

Seja como for, por questão de padronização metodológica e científica, não se pode deixar de delinear a forma pela qual os autores acima referidos compreendem os direitos fundamentais.

Então, a teoria garantista de Luigi Ferrajoli concebe os direitos fundamentais a partir de quatro perspectivas, acima detalhadas e abaixo resumidas. A primeira é de que deve-se compreender a radical diferença entre direitos fundamentais (inclusivos, universais e indisponíveis) e direitos patrimoniais (exclusivos, individuais e disponíveis). A segunda no sentido de que os direitos fundamentais formam a base e servem de parâmetro para a igualdade jurídica, revelando uma dimensão substancial da democracia, ou, em outras palavras, o conjunto de garantias que deve ser assegurada pelo Estado (Social) de Direito. A terceira se refere a natureza supranacional dos direitos fundamentais e a última, e mais importante, é justamente a distinção havida entre os direitos consagrados e a garantia de que os mesmos não serão violados e/ou inobservados, sob pena de negação da existência daqueles (FERRAJOLI, 2001).

Por outro lado, Herrera Flores, que raramente usa a expressão “direitos fundamentais” exara que a compreensão destes passa pela concepção integral de direitos, defendendo a superação da dicotomia existente entre direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais. Isto porque, a ideia de Herrera no que concerne a direitos vai muito além do aspecto formal visto que estes são criados e recriados na medida em que se atua diariamente num processo de “construção social da realidade” (FLORES, 2009).

¹³ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 27 nov. 2018.

Repise-se que, uma vez delineadas as concepções pelas quais os autores acima trabalhados conceituam direitos humanos/fundamentais, é indispensável destacar que a diversidade apontada colabora para a proposta de uma teoria que se complementa e que não se repele.

Com efeito, as garantias formais e materiais, aliadas a sensibilização e disposição com que todos e todas, efetivamente preocupados com direitos humanos, devem lutar pela materialização da norma, revela um robusto fundamento pelo qual se pode combater a forma pela qual a lógica neoliberal vem desgastando, diuturnamente, não apenas o arcabouço normativo, mas as próprias condições fáticas que propiciam a satisfação de direitos humanos, algo que será visto a seguir.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DO NEOLIBERALISMO

Nos subtópicos que se seguem serão abordadas as características fundamentais do sistema neoliberal e como o mesmo, a partir de uma lógica efficientista que busca corromper os primados afeitos ao Estado Social, reduz a tudo e a todos a partir de uma proposta de eficiência atrelada exclusivamente a fórmulas que compreendem, no mais das vezes, direitos como custos.

Evidentemente, esta concepção vai de encontro à materialização de direitos fundamentais erigidos nas Constituições estatais, o que, sem dúvida, revela um problema a ser compreendido e enfrentado na presente dissertação, tendo em vista a proposta de constitucionalização, no Brasil, do direito humano à água.

2.1.1 Neoliberalismo Breve Conceituação e Desdobramentos na Sociedade Contemporânea

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, instituiu um plexo de direitos e garantias fundamentais, circunstância que está diretamente relacionada ao processo de democratização pelo qual passou o Brasil, principalmente a partir do ano de 1985, quando forças de oposição ao regime militar fortaleceram-se enquanto entidades organizadas e articuladas e, portanto, aptas a inserirem no novo pacto federativo (Constituição Federal) uma série de reivindicações (PIOVESAN, 2017).

Com efeito, considerável parte da doutrina, entende que todo o sistema constitucional privilegia determinados valores sociais, sendo que a Constituição

Federal, permeada por inúmeros, tem como principal o da dignidade da pessoa humana, como valor essencial, que lhe dá unidade e sentido (PIOVESAN, 2017).

Não se pode esquecer, todavia, para a particularidade (essencial) de que, não obstante o texto constitucional brasileiro ter forte carga de abertura e representatividade, é adequado afirmar que sem a construção diuturna, promovida pelos órgãos constitucionais consagrados, destinada a dar aplicabilidade concreta (efetividade) às garantias constitucionais, a Carta Constitucional pode não apenas se tornar obsoleta como desprovida de eficácia prática (SARLET, 2016).

Ocorre que a tarefa de concretização dos direitos fundamentais não é simples. Pelo contrário, visto serem inúmeros os pressupostos ou variáveis que influem, diretamente, na realização daquela, tais como, mas sem se limitar a, fatores econômicos, orçamentários, de políticas públicas, deliberações parlamentares, etc. (LEAL, 2009).

Especialmente na América Latina, é impossível tratar de direitos fundamentais, ou do efetivo exercício destes, sem descrever os impactos do neoliberalismo na dinâmica existencial dos países que a compõe. Com efeito, entende-se que o fenômeno neoliberal¹⁴ alterou a fisionomia latino americana na medida em que o conjunto de políticas adotadas impactou diretamente o modo de condução do Estado, através de privatizações, redução de proteções sociais, flexibilização de leis trabalhistas, dentre tantas outras (GAGO, 2015).

É essencial destacar que o modelo neoliberal faz parte da agenda estatal há algumas décadas, permeando o Estado Contemporâneo, cujas características foram sintetizadas no primeiro capítulo. Detecta Verónica Gago:

Sem dúvida, desde a década de 1970, nosso continente tem sido um lugar de experimentação para aquelas modificações promovidas "de cima" por organizações financeiras internacionais, corporações e governos. É por isso que, na América Latina, o neoliberalismo é um regime de existência do social e um modo de comando político instalado regionalmente a partir das ditaduras, ou seja, a partir do massacre estatal e paraestatal da insurgência popular e armada, e consolidado nas décadas seguintes por intermédio de

¹⁴ Os expoentes intelectuais deste sistema foram, originalmente, Friedrich August Von Hayek e outros expoentes intelectuais como Karl Popper, Milton Friedman, e Von Mises. Suas respectivas obras, tais como *Direito, Legislação e Liberdade*- HAYEK, 1985; *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos* – POPPER, 1962; *Capitalismo e Liberdade* – FRIEDMAN, 1962; *Ação Humana: um tratado sobre economia* - VON MISES, 1949; não serão especificamente abordados nesta dissertação, tendo em vista que a conceituação acerca do sistema neoliberal não é o tema central da abordagem ora realizada e, ademais, optou-se pela abordagem crítica daquele, havida em outras obras citadas no transcorrer do segundo capítulo.

reformas estruturais brutas, de acordo com a lógica de ajuste das políticas globais¹⁵ (GAGO, 2015, p. 21 tradução nossa).

Prosseguindo, pode-se dizer que o neoliberalismo manifesta-se como verdadeira racionalidade não puramente abstrata, nem tampouco macropolítica, mas, por outro lado, colocada em jogo pelas subjetividades e práticas da vida cotidiana, traduzidas nas práticas de fazer, sentir e pensar que organizam os cálculos e efeitos da máquina social. (GAGO, 2015).

Desta feita, por esta concepção compreende-se o porquê das dificuldades de se colocar em prática modelos de condução do aparato estatal alternativos ao neoliberal, tendo em vista que o mesmo se encontra arraigado no modo de vida das pessoas, sendo uma dinâmica imanente que se desdobra em todo o território, modulando as subjetividades e, portanto, é operacionalizado sem a necessidade da existência de uma estrutura transcendente e exterior (GAGO, 2015).

Nesta perspectiva, o neoliberalismo não pode ser entendido sem que se leve em consideração como aquele “aprisiona” e interpreta os modos de vida, as artes do fazer, as táticas de resistência e as formas populares de vida as quais foram transformadas e apropriadas por aquele modelo (GAGO, 2015).

É possível, portanto, estabelecer duas tipologias segundo as quais pode se conceber e compreender o neoliberalismo, de acordo com Verónica Gago:

A primeira tipologia: **de cima para baixo**, o neoliberalismo é responsável por uma modificação do regime de acumulação global - novas estratégias de corporações, agências e governos - que induz uma mutação nas instituições estaduais-nacionais. Neste ponto, o neoliberalismo é uma fase (e não uma mera nuance) do capitalismo. **E, de baixo pra cima**, o neoliberalismo é a proliferação de modos de vida que reorganizam as noções de liberdade, cálculos e obediência, projetando uma nova racionalidade e sentimento coletivo¹⁶ (GAGO, 2015, p. 22, tradução e grifo nosso).

¹⁵ No original: Sin duda, desde la década de 1970, nuestro continente ha sido un lugar de experimentación para esas modificaciones impulsadas «desde arriba», por organismos financieros internacionales, corporaciones y gobiernos. Por eso, en América latina el neoliberalismo es un régimen de existencia de lo social y un modo del mando político instalado regionalmente a partir de las dictaduras, es decir, con la masacre estatal y paraestatal de la insurgencia popular y armada, y consolidado en las décadas siguientes a partir de gruesas reformas estructurales, según la lógica de ajuste de políticas globales.

¹⁶ No original: Una topología primera: **desde arriba**, el neoliberalismo da cuenta de una modificación del régimen de acumulación global –nuevas estrategias de corporaciones, agencias y gobiernos– que induce a una mutación en las instituciones estatal-nacionales. En este punto, neoliberalismo es una fase (y no un mero matiz) del capitalismo. Y **desde abajo** el neoliberalismo es la proliferación de modos de vida que reorganizan las nociones de libertad, cálculo y obediencia, proyectando una nueva racionalidad y afectividad colectiva.

Sob o aspecto estritamente econômico, pode-se dizer de forma mais enfática que o neoliberalismo pretende subordinar as mais diversas formas de vida (ecossistemas, por exemplo), e da sociedade, aos critérios econômicos, como única escolha e destino possível, mistificando seu caráter ideológico (BURGINSKI, 2018).

Nessa esteira, o neoliberalismo aparece como força reacionária, em absoluto contraponto ao modelo do *Welfare State* tendo como objetivo o de desconstituir as conquistas havidas em torno dos direitos de proteção ao trabalho (BURGINSKI, 2018).

Desta feita, a compreensão afeita ao conceito de igualdade é relegado ou, quando invocado, passa por uma distorção no que concerne ao seu entendimento. Com efeito, o liberalismo clássico concebe a liberdade e a igualdade, ao menos em sentido jurídico, “[...] como valores fundamentais da sociedade burguesa, ao passo que para o neoliberalismo, a igualdade deixa de ser um valor – enfatiza-se, ao contrário, o caráter desigual dos seres humanos” (BURGINSKI, 2018, p. 408).

Ainda, é importante delinear que a Autora mencionada no parágrafo anterior faz uma análise precisa acerca de um dos primados da política (neo)liberal que, em verdade, nada mais é do que uma falácia destinada a satisfazer os interesses do livre mercado, qual seja, o chamado Estado Mínimo.

Nesta direção, o Estado mínimo é resgatado pelo neoliberalismo a título de discurso, porém, de fato, é pensado para, por um lado, contrariar as políticas sociais do Estado Social e, por outro, disfarçar a ideia de um Estado forte para garantir a economia de mercado. Portanto, o Estado nada mais seria do que um instrumento destinado a satisfação dos interesses mercadológicos (BURGINSKI, 2018).

Pode-se reforçar este pensamento a partir da constatação de que a agenda política neoliberal defende as políticas de livre mercado apenas quando estas estão voltadas aos interesses das grandes empresas, como, por exemplo, na desregulação dos mercados financeiros. Porém, os mesmos defensores daquela não são tão irredutíveis na defesa dos princípios do livre mercado quando veem seus interesses ameaçados (POLLIN, 2013).

A propósito, a intervenção da Reserva Federal e do Fundo Monetário Internacional (FMI) para resgatar os ricos proprietários de ativos financeiros nas bolsas de valores durante as crises havidas desde os anos 80 (oitenta), tendo

como corolário o colapso de Wall Street em 2008/2009 são exemplos claros de violações aos preceitos afeitos ao livre mercado (POLLIN, 2013).

Prosseguindo, é importante ressaltar ainda que dentre as características afeitas ao neoliberalismo destacam-se a livre concorrência e a eficiência, sendo esta última normalmente pautada em cálculos complexos acerca daquilo que, de fato, separa os “derrotados” dos “vitoriosos” numa sociedade em que o individualismo substitui as práticas de solidariedade propaladas pelo Estado Social, “[...] afinal de contas, segundos os neoliberais, alguém terá de ganhar e outro perder no jogo (catalaxia) mercadológico [...]” (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 11).

Ocorre que, inobstante a reconhecida geração de riquezas materiais a uma pequena parcela de abastados (cuja eficiência é reconhecida pelos resultados monetários que obtém) é inegável constatar que, em especial na América Latina (e no Brasil não é diferente), os efeitos decorrentes da lógica neoliberal foram, no mais das vezes, perversos.

Com efeito, uma alta proporção dos países que fazem parte daquele continente tiveram êxito no que concerne ao controle e/ou redução da inflação e do déficit público, assim como criaram um clima mais acolhedor para o comércio internacional, corporações multinacionais e investidores dos mercados financeiros (POLLIN, 2013).

No entanto, assim como na África e na Ásia, sob a égide do neoliberalismo, padeceram de problemas cada vez mais profundos de pobreza e desigualdade, particularidades somadas a um crescimento mais lento e frequentes crises financeiras que, conseqüentemente, agravaram a situação da população de seus respectivos países (POLLIN, 2013).

Então, uma vez apontadas as principais características que permeiam o neoliberalismo, passa-se, agora, a esclarecer a forma pela qual são tradados os direitos fundamentais num Brasil de características neoliberais cada vez mais marcantes

2.1.2 Direitos Fundamentais – Breve Conceituação e Apontamentos das Dificuldades de Concretização no Brasil Neoliberal

Evidentemente, tendo em vista as características acima apontadas, somadas aos efeitos havidos em decorrência da “opção” por um sistema neoliberal

alicerçado na competitividade voraz, efficientismo e individualismo traz, assombre de dúvidas, consequências à efetivação de direitos fundamentais consagrados nas Constituições dos países democráticos, dentre os quais o Brasil.

Com efeito, acerca especificamente da realidade brasileira, entende-se que a consagração de um compromisso social de bem estar, fundamentado na consagração de direitos fundamentais, e revelado formalmente a partir da Constituição Federal de 1988 se deu de forma tardia quando se rememora que na Europa “[...] do segundo pós guerra já havia um modelo constitucional marcado pelo projeto de concretização política da *Justiça Social Distributiva* [...]” (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 09).

Então, a nova ordem constitucional inaugurada democraticamente chegou ao Brasil quando já predominava na América Latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional, talvez sendo propositadamente editada justamente por isto, ou seja, pois se sabia que o condicionante econômico retiraria sua efetivação, que é o sistema neoliberal e suas respectivas características (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009).

De qualquer forma, ainda com as reconhecidas aporias já apontadas anteriormente e que serão melhor trabalhadas logo adiante, pode-se compreender direitos fundamentais de diversas maneiras. Não é à toa que são inúmeros os autores que se debruçam sobre este tema. Por exemplo, Antônio Enrique Perez Luño informa que:

“No horizonte do constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham, portanto, uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantias das liberdades individuais, se bem que a este papel clássico se une agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, ao passo que no plano objetivo assumiram uma dimensão institucional a partir da qual o seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados”¹⁷ (LUÑO, 2005, p. 25 – tradução nossa).

¹⁷ No original: Enel horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se une ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

Neste aspecto, é importante lembrar que, não obstante os chamados “direitos fundamentais” terem surgido formalmente com as Declarações de Direito havidas no século XVIII¹⁸, aqueles não se traduzem em mera inspiração de seus redatores, mas resultados de reivindicação e de lutas para a conquista dos Direitos naquelas consubstanciados. E, “[...] quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação” (SILVA, 2009, p. 173).

Ademais, de forma mais complexa, também é possível conceituar direitos fundamentais a partir de quatro teses essenciais para formulação de uma teoria da democracia constitucional (Ferrajoli, 2001) com o condão de ser concretizada. Aquelas, inclusive, já foram objeto de menção sucinta no item anterior, porém serão melhor abordadas abaixo.

A primeira, então, refere-se à diferença radical na estrutura entre direitos fundamentais e os direitos econômicos/patrimoniais. Os primeiros concernentes a todas as classes de sujeitos e os segundos a cada um dos seus proprietários, excluindo todos os outros (FERRAJOLI, 2001).

A segunda tem em conta que os direitos fundamentais, ao corresponderem a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro de igualdade jurídica, ou seja, a dimensão substancial da democracia, prévia a dimensão política ou formal desta e fundada nas trocas havidas entre os poderes da maioria (das pessoas) e que acabam por revelarem as garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2001).

Note-se, portanto, que os direitos fundamentais tidos enquanto parâmetros de igualdade jurídica manifestam uma situação de fato sem a qual não se é possível falar em direitos fundamentais, do contrário, não seriam tido como parâmetros.

Prosseguindo, a terceira tese dos direitos fundamentais está aliada ao conceito de que estes têm natureza supranacional, particularidade facilmente observada na medida em que os Estados nacionais conferem àqueles que não são seus cidadãos os mesmos direitos fundamentais. Muito disso se deve às chamadas

¹⁸ Especialmente a Declaração de Direitos de Virgínio (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

convenções ou acordos internacionais que acabam se incorporando às respectivas normativas internas de cada Estado¹⁹ (FERRAJOLI, 2001).

E, ainda, a quarta tese (elegida por Ferrajoli como a mais importante) está relacionada com o direito e suas respectivas garantias. A ausência da previsão de garantia equivale na própria inobservância do direito, particularidade que deve ser prevista na lei (maior) de maneira que tal lacuna possa ser suprimida (FERRAJOLI, 2001).

No entanto, é sabido que a previsão, por si só, de garantias destinadas a satisfazer direitos, no plano exclusivamente normativo, é insuficiente se não houver a prática destinada a torná-los exercitáveis por todos e todas. Com efeito, entender que os direitos (universalmente reconhecidos) são consequências inerentes à condição humana, independentemente da materialidade ou característica social, é totalmente inócuo para atingir-se à satisfação plena daqueles, pois não se leva em conta as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática (FLORES, 2009).

Neste aspecto, percebe-se, hoje, que o modelo neoliberal (que desnuda as condições materiais às quais todos os brasileiros estão submetidos) prejudica a devida satisfação de direitos fundamentais tendo em vista a lógica afeita a relação custo-benefício a qual se compreende (também) o Direito, segundo a qual, defende-se que a racionalidade econômica é a que deve preponderar como parâmetro de proporcionalidade e razoabilidade para a busca do equilíbrio das contas públicas e o alcance da justiça social (GALDINO, 2005, p.218). O Direito, nessa perspectiva, passa a ser reduzido a mero 'instrumental' do econômico (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009).

Nesta direção, a satisfação dos denominados direitos sociais (que exigem uma prestação positiva do ente estatal) é a que se encontra mais afetada, tendo em vista a utilização de conceitos como os da **Reserva do Possível**²⁰, o que leva uma postura de consideração dos Direitos Fundamentais em relação aos seus custos frente ao erário, utilizando o argumento de 'limitações orçamentárias do Estado' para sonegar alguns direitos à sociedade (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009).

¹⁹ Esse procedimento será esmiuçado quando se tratar da internalização de direitos no ordenamento jurídico-brasileiro.

²⁰ Conceito absolutamente ligado a aplicação dos Direitos Fundamentais em consonância com a disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias (LEAL, 2009, p. 79).

A propósito, o conceito economicista do instituto destacado no parágrafo anterior aparece ressaltado em inúmeras decisões dos tribunais superiores brasileiros, a exemplo de recente decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal²¹, cuja relatoria pertenceu a Ministro Celso de Mello. Note-se:

Não deixo de conferir, *no entanto*, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (*usualmente onerosas*) de determinados direitos cujo adimplemento, *pelo Poder Público*, impõe-lhe e dele exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (grifo nosso).

No entanto, ainda que o Poder Judiciário brasileiro reconheça que a teoria dos custos é apta a ser aplicável em casos concretos que exigem uma atitude proativa do Estado frente as demandas sociais, é fundamental destacar que na situação cujo trecho do voto foi acima colacionado, a Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal (e, inclusive, o relator) entenderam que por se tratar de assegurar o direito a uma criança de 05 (cinco) anos à creche, o Estado não poderia se furtar ao cumprimento de sua obrigação constitucional, estampada no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal²².

Seja como for, parece evidente que a lógica neoliberal de reduzir a tudo e a todos com base em fórmulas matemáticas vem ganhando força no Brasil, especialmente através de conceitos como o da “eficiência administrativa” que por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/1998 há duas décadas consagrou que

²¹ RE n. 1101106 AgR/DF – Distrito Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Órgão Julgador Segunda Turma. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 09.08.2018. Acesso em 09.01.2019.

²² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

àquela deixou de ser apenas um princípio norteador da administração pública, estampado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal²³, para se tornar o “[...] principal e vinculador princípio constitucional”(DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 14). Ou, ainda:

“[...] há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (pragmaticturn), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democrática (DA ROSA, 2012, p. 135).

Ocorre que a adoção constitucional da chamada *ação eficiente* que traduz uma falsa ideia de solução para todas as mazelas existentes no Estado brasileiro é, em verdade, um modelo de Estado incompatível com as normas constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, na medida em que esta contempla um projeto de Estado destinado a recompor o histórico déficit social existente, sendo que daquelas destacam-se justamente as afeitas aos direitos fundamentais sociais (DA ROSA; MARCELLINO JR., 2009).

Está, portanto, o Estado, e em especial o Direito que lhe dá sustentáculo formal, submetido às regras do chamado movimento *Law and Economics*²⁴, traduzido como a análise econômica do Direito, que busca aplicar os modelos e teorias da ciência econômica na interpretação e aplicação do Direito, adotando os princípios do liberalismo econômico, e analisando o Direito sob duas perspectivas: “a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas” (DA ROSA, 2012, p. 138). Evidentemente o critério de análise está centrado na maximização da riqueza, bem como dos ganhos econômicos havidos em face do bem estar social.

O sistema jurídico, em sua forma tradicional, acaba, por esta lógica racionalista e individualista, constituindo-se em óbice aos avanços do mercado global, devendo, portanto, ser reajustado de maneira a atender aos anseios das grandes organizações supranacionais, sendo que estes estão centrados na manutenção de dogmas como a propriedade privada e o contrato (DA ROSA, 2012).

²³ 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:

²⁴ Precusores e expoentes: Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chigado, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

Exige-se, desta feita, uma reanálise ou um rearranjo das normas legais, “[...] dos limites de intervenção do Estado e da própria Constituição. Isto porque as Constituições da segunda metade do século passado são, em regra, compromissórias e voltadas à construção do Estado de Bem-Estar Social” (DA ROSA, 2012, p. 139), cujo conceito já foi delineado no capítulo anterior.

Então, com base no exposto neste subtópico, é impossível fugir ao(s) questionamento(s) da forma pela qual se pode, tendo em conta o cenário atual, insistir na formulação e consagração constitucionais de direitos, na modalidade de fundamentais, como forma de satisfação de direitos humanos.

É possível, por exemplo, compreender que a constitucionalização do direito humano à água, como um direito fundamental, poderá redundar na melhoria das condições de vida das pessoas que carecem daquele bem da vida? E mais, em sendo afirmativa a resposta, é correto compreender o direito humano à água como um direito individual, social ou coletivo?

Ainda neste item, permite-se afirmar que sim (para a primeira pergunta), é possível que a constitucionalização de um direito, na modalidade de fundamental, possa auxiliar na busca pela dignidade da pessoal humana. Todavia, a “subespécie” (direito individual, social ou coletivo) tratar-se-á no terceiro capítulo.

Seja como for, como já dito anteriormente nesta dissertação, é inarredável compreender que o reconhecimento de direitos, em sua modalidade formal, não implica, automaticamente, em condições de vidas melhores, porém, é um dos elementos essenciais ou, se preferirem, uma das “armas” que podem se valer aqueles que lutam por uma sociedade que respeite e realize as circunstâncias fáticas que produzem e reproduzem a vida em sua plenitude.

Para tanto, trilha-se aqui o caminho do constitucionalismo garantista, destinado a “reconstruir a Instituição Direito sobre alicerces sólidos que possam devolver a distinção de fontes, de hierarquia e de certeza ao campo jurídico, superando o ‘idioteleto da ponderação dos princípios’ (DA ROSA, 2012, p. 142).

A propósito, Alexandre Morais da Rosa, ao analisar o potencial do constitucionalismo garantista em face as premissas do constitucionalismo principialista, já descrito anteriormente, que desgasta a norma constitucional (e o próprio Estado) em decorrência do favorecimento de uma lógica afeita àquilo que denomina como “pragmatismo totalitário dos princípios”, que servem

(conscientemente ou não) a uma lógica mercadológica que enfraquece os Direitos Fundamentais, exara que:

[...] a proposta de Ferrajoli e seu 'Garantismo Constitucional' é importante porque sofisticada. Não se trata de clamar pelo retorno de um positivismo ingênuo do século passado, nem muito menos apostar-se no retorno do autoritarismo, mas sim de um lugar de autoridade, de *terceiro*. Funciona no reforço do positivismo de matriz constitucional, no qual, embora se reconheça um espaço de 'discrecionabilidade', mesmo assim há balizas que impedem o autoritarismo. É uma aposta na possibilidade de, e pelo Direito, articular-se os limites e garantias do sujeito em face do Estado e do Mercado, no que cumpre sua função de maneira correta e factível, desde que reestabelecida a função *primeva* do Estado (DA ROSA, 2012, p. 145).

A proposta ganha ainda maiores contornos de eficácia, pois, não obstante o discurso neoliberal, é fundamental delinear que o mercado definitivamente não se revela a partir de uma ordem natural e harmônica. Da mesma forma, seria errado afirmar que o mesmo pode se autorregular, visto que desde o início foi erigido a partir de alicerces jurídicos e sempre se valeu do direito para sua melhor conformação (FISCHER, 2014).

Desta forma, entende-se que a proposta do garantismo jurídico-constitucional, com vistas ao controle do poder econômico, parece a mais adequada, pois reconhece àquele enquanto poder e não como uma liberdade.

Por outro lado, o sistema/modelo garantista (enquanto sistema jurídico) representa limites e vínculos aos poderes públicos e privados, a partir dos direitos fundamentais, pelo que pode ser capaz de oferecer um caminho para a regulação do poder econômico e proteger "[...] os direitos fundamentais diuturnamente fragilizados e mesmo violados pelos postulados do livre mercado, o qual, ao contrário dos dogmas liberais clássicos, não é, pois, neutro, natural ou autorregulado" (FISCHER, 2014, p. 117).

Desta feita o constitucionalismo se propõe a conferir especialmente aos direitos fundamentais, uma norma que esteja acima da vontade dos atores políticos e resguardada das decisões que emanam daqueles que transitoriamente ocupam o poder, pois, em verdade, revelam o conjunto de proposições valorativas que, em princípio, norteiam a "vontade" do povo (COSTA, 2010).

Porém, é fundamental destacar que a presente proposta defende que os direitos humanos e sua versão dogmática e positivista afeita aos direitos fundamentais podem (devem) ser vistos como processos de luta, cultural, social,

econômica e política (HERRERA), ao mesmo tempo que demandam o necessário reconhecimento dos direitos normatizados e sua efetiva garantia (FERRAJOLI). Essa construção fundamenta a concretização de direitos, ao invés de enfraquece-los e/ou relativizá-los (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012).

No entanto, esse posicionamento teórico acerca dos direitos fundamentais (e aqui trata-se especificamente do direito humano à água), permeado pela concepção de que àquela deve estar aliada ao conceito de direitos enquanto processos em constante mutação, deve levar em consideração, para sua devida efetivação, as características do ente estatal contemporâneo que, no mais das vezes, coloca (ou deveria colocar) em prática²⁵ o exercício efetivo dos direitos pelos cidadãos e cidadãs, o que justifica a construção teórica havida até o momento.

2.2 DIREITOS HUMANOS: PROCESSOS EM PERMANENTE (RE) CONSTRUÇÃO

Inicialmente, é assente em boa parte da doutrina a existência de diferenças existentes entre direitos humanos e direitos fundamentais. Sendo assim, é importante ressaltar essa particularidade. De forma didática e sucinta, pode-se compreender que:

"Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)" (SARLET, 2006, p. 40).

A distinção se faz necessária para efeitos terminológicos os quais contribuem para o esclarecimento da realidade que permeia o direito humano à água no Brasil, visto que, não obstante o reconhecimento internacional daquele²⁶, o mesmo não se encontra constitucionalizado como um direito fundamental.

²⁵ Seja através do Poder Executivo a partir da adoção de políticas públicas ou, ainda, através do Poder Judiciário com a prestação jurisdicional.

²⁶ Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio da Resolução n. 64/292, item "1".

Seja como for, a diferenciação acima apontada, não obstante sua importância conceitual, resta brevemente delineada tendo como objetivo alcançar o devido rigor técnico-jurídico. Todavia, muito mais do que uma abordagem meramente teórica, o presente trabalho visa estabelecer não apenas a formalização do direito humano à água na Constituição, mas, e principalmente, apontar a forma pela qual se pode construir um caminho destinado a satisfação, na *praxis* cotidiana, daquele.

Para tanto, não se pode esquecer, pela relevância da constatação, que “[...] além de ser um problema de direito positivo, direitos humanos e sua versão positivada de direitos fundamentais constituem um problema de justificação racional” (Cadermartori; Grubba, 2012, p. 3), tendo em vista que a defesa da legitimidade de um determinado direito e o convencimento das demais pessoas, sobretudo as que detêm o poder direto e indireto de produção normativa, é indispensável para a materialização das normas que preveem aqueles (direitos humanos) (BOBBIO, 2014).

Neste aspecto, parece evidente que para que os direitos universalmente reconhecidos sejam de fato efetivados há que se incorporar o conceito de concretude. Não é à toa que Joaquín Herrera Flores repudia, inclusive, o uso da expressão “direitos” (algo que não será feito nesta dissertação) pois acredita que com isso haja o risco de esquecimento dos conflitos e lutas que conduziram à existência de um determinado sistema de garantias. Então prefere usar os vocábulos “compromissos” e “deveres” (FLORES, 2009).

Busca-se conferir outra “roupagem” a tal concepção, pois entender os direitos humanos fundamentais enquanto um processo diuturno de lutas destinadas a sua consagração e, ao mesmo tempo, enquanto um direito subjetivo capaz de conferir ao cidadão e/ou cidadão a possibilidade jurídica (judicial) de sua reivindicação, fortalece a concepção de que se deve trabalhar direitos humanos de forma dinâmica (resultados de batalhas sociais) e que sua constitucionalização não é, de forma alguma, o fim, mas apenas uma “meta” destinada a orientar todos aqueles e aquelas que trabalham com essa modalidade de direitos.

Pois bem, uma vez fixadas estas premissas é necessária a conceituação um tanto quanto idealizada acerca de direitos humanos para, após, explicitar-se a linha de raciocínio pela qual se pauta o trabalho ora desenvolvido. Assim, pode-se entender que a construção histórica pela qual se contemplam os direitos humanos

está aliada “[...] a ideia de que os homens são essencialmente iguais, em sua comum dignidade de pessoas, isto é, como os únicos seres no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, 1999, p. 03).

Prosseguindo, sob a ótica de seus fundamentos, e a partir de uma abordagem mais realista, seria impossível dissociar a ideia de direitos humanos do contexto sócio cultural em que foram elaborados/aceitos doutrinariamente, confundindo-se àqueles, inclusive, com valores ético-jurídicos jusnaturalistas, que redundam na postulação de princípios universais, absolutos e imutáveis (PEREZ-LUÑO, 1983).

Ainda em análise aos fundamentos, Perez-Lunõ defende uma concepção intersubjetiva de direitos humanos, segundo a qual os valores que informam o conteúdo daqueles não podem se traduzir em um sistema fechado e estático de princípios absolutos situados em uma esfera ideal, anteriores e independentes da experiência, nem podem reduzir-se aos interesses ou desejos dos indivíduos (PEREZ-LUÑO, 1983).

Adiante, destaca-se que a fundamentação dos direitos se dá a partir da implantação multilateral e consciente das necessidades humanas, que emergem da experiência concreta manifestada na vida cotidiana. Essas necessidades, social e historicamente vinculadas à experiência humana, possuiriam, então, uma objetividade e uma universalidade que possibilitariam sua generalização através de um discurso racional e consensual que acabaria por ser materializado através de postulados axiológico-materiais (PEREZ-LUÑO, 1983).

A abordagem em muito se assemelha a de Norberto Bobbio que afirma que, sob o viés teórico os direitos humanos (Bobbio prefere a expressão “do homem”), por mais fundamentais que sejam, “[...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOOBIO, 2014, p. 08).

Por outro lado, e agora já se adentra no cerne da questão que se busca desvelar, deve-se deixar a questão semântica em segundo plano, pois como bem adverte Norberto Bobbio:

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos

materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados) (BOBBIO, 2014, p. 11).

Não é à toa, portanto, que aqui se adota a concepção de direitos humanos concebida por Joaquín Herrera Flores que imediatamente esclarece um ponto absolutamente essencial para a devida compreensão do que se entende por direitos humanos, ou seja, estes são alicerçados ideologicamente e filosoficamente pelo ocidente global. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que se reveste de importância histórica e simbólica, confirma tal assertiva (FLORES, 2009).

De qualquer forma, a constatação é necessária na medida em que o autor adverte da possibilidade de, a partir dela, poderem ser detectadas ou explicadas algumas das dificuldades encontradas na efetivação dos direitos consagrados nas declarações internacionais, como, por exemplo, a tentativa de impor àqueles a determinadas culturas que nem sequer compreendem linguisticamente o conceito de direito (ex: cosmovisões dos povos e nações indígenas), “[...] o que acaba gerando conflitos de interpretação em relação aos direitos humanos que se deve saber *gerir* sem imposições nem colonialismos” (FLORES, 2009, p. 37).

Ademais, não menos importante é a consciência de que “[...] quando utilizamos a linguagem dos direitos, não partimos do que “temos”, mas sim do que *devemos ter*”. (FLORES 2009, p. 38). Isso implica em reconhecer que as normas não criam situações por si só, ou seja, não se pode aceitar passivamente que a existência de uma norma automaticamente gera a existência de uma vida digna, isto porque, podem faltar os meios econômicos pelos quais aquela não pode ser aplicada (exemplo: direito à educação de qualidade) (FLORES 2009).

Com efeito, e isso já foi devidamente esclarecido anteriormente, o modelo econômico dominante/hegemônico da atualidade é essencialmente neoliberal. Desta forma, privilegia a liberdade e desregulamentação mercadológica, deixando em segundo plano políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural (FLORES, 2009).

Evidentemente, deve-se buscar reverter esse quadro social, em que a aplicação efetiva das normas reconhecidas nas Constituições ou nos diferentes ordenamentos jurídicos não são aplicadas em benefício de um acesso igualitário aos bens, mas em função dos “valores” que afirmam o sistema econômico acima citado (FLORES, 2009).

Ocorre que os desafios não param por aí, sendo que talvez o maior deles seja a falácia divulgada no sentido de que os seres humanos possuem direitos humanos pelo simples fato de existirem enquanto homens e mulheres. Esse tipo de abordagem estaria atrelado à ignorância e à passividade, contrapondo-se ao conhecimento e à ação, tão necessários para que de fato os direitos se convertam em condições materiais de existência digna (FLORES, 2009).

A proposta de Herrera Flores para combater esse estado de letargia no qual se encontra a população após de mais de três décadas de “ofensiva neoliberal” é de:

[...] para se conhecer um objeto cultural, como são os direitos humanos, deve-se fugir de todo tipo de metafísica ou ontologia transcendentais. Ao contrário, é aconselhável uma investigação que destaque os *vínculos* que tal objeto tem com a realidade. Com isso, abandonamos toda pretensão de pureza conceitual e o contaminamos de contextos. “Mundanizamos” o objeto para que a análise não se fixe na contemplação e no controle da autonomia, neutralidade ou coerência interna das regras, senão que se estenda a descobrir e incrementar as relações que tal objeto tem com o mundo híbrido, mesclado e impuro em que vivemos (FLORES, 2009, p. 47).

Complementando, não se pode esquecer que o modo de vida atualmente estabelecido pela sanha neoliberal também afeta diretamente a materialização da propalada dignidade da pessoa humana na medida em que o homem se satisfaz quando têm acesso a bens adquiridos com dinheiro e através de “coisas” oferecidas pelo mercado, o que cria um ambiente de competitividade na busca pelo supérfluo e pela “aparência do sucesso” em detrimento de necessidades que de fato retiram o indivíduo de seu isolamento e cujo potencial está voltado a solidariedade que, de fato, traria concretização a suposta universalidade de direitos (FLORES, 2009).

Então, diante de tantos cenários e circunstâncias desfavoráveis, deve-se pensar em criar quatro condições favoráveis para que os propalados direitos humanos possam ser efetivados. Primeiramente, é imperiosa a adoção de uma postura otimista e realista a partir da qual devem ser apontadas as modificações e/ou transformações dos processos de divisão do fazer humano que possibilitam o

acesso aos bens da vida a uns e põe óbices intransponíveis a outros (FLORES, 2009).

Ainda, ao pensamento crítico/otimista deve-se somar a sensibilização de que este é um pensamento de combate, ou, em outras palavras, desempenha um forte papel de conscientização na luta contra o adversário (modelo neoliberal). Deve, então, ser eficaz com vistas à mobilização (FLORES, 2009).

Nesta direção, o pensamento crítico surge em benefício das chamadas coletividades sociais determinadas, que necessitam daquele instrumento para elaborarem uma visão alternativa do mundo e sentirem-se seguras ao lutar pela dignidade, a exemplo dos trabalhadores e trabalhadoras (FLORES, 2009).

E, ainda, há que se construir uma plataforma teórica crítica que seja consciente da complexidade grupal em que se habita no mundo. “Isso nos obrigará a aplicar nossa capacidade e vontade de trabalhar ativamente em nossa realidade e sair o quanto pudermos do marco hegemônico de ideias e valores” (FLORES, 2009, p. 60).

Após esmiuçar as quatro condições básicas necessárias ao estabelecimento dos fundamentos afeitos a “teoria realista e crítica” dos direitos, Herrera passa a tratar dos deveres básicos que os operadores dos direitos humanos devem ter para com as pessoas desfavorecidas por uma lógica de dominação excludente. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que todos e todas, sem exceção, devem ter a possibilidade de reagir culturalmente frente ao entorno de relações no qual vivem (FLORES, 2009).

Em segundo lugar, o respeito como forma de conceber o reconhecimento como condição necessária, mas não suficiente, na hora de pôr em prática as lutas pela dignidade. Por conseguinte, “por meio do respeito pode-se aprender a distinguir quem tem a posição de privilégio e quem tem a posição de subordinação no difícil encontro entre as diferentes percepções de mundo” (FLORES, 2009, p. 61).

Em terceiro lugar, a reciprocidade, como base para saber devolver o que se tomou dos outros para construir privilégios, seja de outros seres humanos, seja da mesma natureza da qual se depende para a reprodução primária da vida (FLORES, 2009).

Em quarto lugar, a responsabilidade. Se houver reciprocidade perante o dano cometido aos outros (por exemplo, por meio das políticas e práticas coloniais), deve-se deduzir e assumir com toda a valentia possível, primeiro, a responsabilidade

na subordinação dos outros e, segundo, a responsabilidade de “[...] exigir responsabilidades aos que cometeram o saqueio e a destruição das condições de vida dos demais” (FLORES, 2009, p. 62).

Em quinto lugar, a redistribuição, significando o estabelecimento de regras jurídicas, fórmulas institucionais e ações políticas e econômicas concretas que possibilitem a todos, além de satisfazerem as necessidades vitais primárias, potencializarem a reprodução secundária da vida, manifestada pela dignidade humana (FLORES, 2009).

Em decorrências das condições e deveres supra mencionados, resta erigida uma concepção de direitos humanos, nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras.

Nesta direção, direitos humanos deixam de ser utilizados para perpetuar as desigualdades e os obstáculos que o modo de relações sociais alicerçado na lógica de satisfações do mercado. É preciso, de acordo com o Autor, “[...] pôr em prática um conjunto de estratégias antagonistas que sirvam de guia ou metodologia de uma ação emancipadora” (FLORES, 2009, p. 90).

Neste aspecto, os direitos humanos podem representar um papel essencial sempre e desde que os envolvidos (de forma crítica), cumpram as três seguintes condições, elencadas pelo autor:

- 1.^a) Afirmar constantemente as estratégias de reprodução das relações de força hegemônicas que colocam pessoas e grupos (tanto em nível local quanto em nível global) em posições desiguais em relação ao acesso aos bens materiais (que conformam os objetivos de qualquer campo social);
- 2.^a) Apresentar o fato de que tais estratégias de reprodução/ dominação cumprem três funções que é preciso denunciar constantemente: a) a perpetuação dessas mesmas estratégias de sorte a rechaçar a possibilidade de alternativas; b) a geração de obrigações morais com relação à estrutura hegemônica de posições e disposições; e c) a construção de sistemas de garantias jurídicas, políticas e econômicas de dita reprodução/dominação, que se apresentam como cláusulas pétreas que não admitem transformação.
- 3.^a) Denunciar e visibilizar constantemente as manipulações simbólicas que essas estratégias promovem por meio dos processos educativos, culturais e midiáticos (FLORES, 2009, p. 91).

Então, é com fundamento nesta concepção de direitos humanos que se entende necessária a internalização do direito humano à água no ordenamento jurídico brasileiro. A consciência e sensibilização da sociedade civil organizada é indispensável para que a imposição de garantias, limites e vínculos (dentro da seara

jurídica, propostos por Ferrajoli) ganhem, de fato, aspirações de concretização no mundo real.

Por outro lado, o garantismo revela um conceito jurídico-formal que possibilita a elaboração adequada de textos normativos que sirvam como base para que indivíduos possam exigir fente ao Estado e/ou particulares os direitos que formam ou traduzem a concepção moral de determinada sociedade em determinado momento histórico. Ou, usando as exatas palavras do idealizador da teoria garantista “[...] somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos” (FERRAJOLI, 2012, p. 23).

Não é à toa que o diálogo entre as teorias (garantista e crítica) já foi inclusive objeto de artigo jurídico, aonde foram apontados alguns pontos de convergência os quais dão um caráter de complementaridade nas reflexões de Ferrajoli e de Herrera Flores sobre o fenômeno dos direitos humanos e direitos fundamentais (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012).

Neste aspecto, para os autores, se por um lado Herrera Flores construiu sua obra filosófica com fundamento em uma abordagem ocidental de direitos humanos e uma possível reinvenção teórica, seu pensamento também permite compreender e situar os direitos fundamentais. Assim como a formulação da teoria dos direitos fundamentais, em Ferrajoli nunca relegou a consideração aos direitos humanos (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012).

A propósito, também é mister ressaltar que os dois autores entendem a mutabilidade contínua que ocorre no mundo, o qual está potencialmente vocacionado para ser reinventado pelas pessoas concretas submetidas à dialética a qual todas e todos estão diariamente sujeitos. E reinventar os direitos humanos, então, significa:

[...] abrir a possibilidade de pensá-los como algo transitório ou não monolítico, como já se disse, um constructo histórico que pode ser reconstruído, na busca de um mundo livre, sem opressão, sem discriminação, sem exclusão, que não imobilize o pensamento ou a ação. Reinventar como busca de um mundo instituinte de pessoas - em suas diferenças, mas na identidade de sua humanidade -, e de povos de diferentes culturas. Para tanto, é imprescindível que a própria teoria dos direitos humanos se modifique de acordo com o contexto histórico e social. Mesmo que Ferrajoli e Herrera Flores não utilizem a mesma gramática nem os mesmos conceitos operacionais, o anseio é o mesmo: a construção e constante reconstrução de um mundo humano pautado pelos direitos e pela garantia dos direitos (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 08).

Prosseguindo, não obstante Ferrajoli concentrar suas análises nos direitos fundamentais ele jamais nega o caráter de transitoriedade e historicidade daqueles, mas, porém, estando mais voltado a perquirir acerca de como garantir a efetivação desses direitos (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012).

Também se pode abstrair dos marcos teóricos em comento que (FLORES, 2009) busca a plena satisfação de três tipos de direitos, quais sejam, integridade corporal, satisfação das necessidades e ao reconhecimento à diferença. O que se coaduna perfeitamente com a reflexão de Ferrajoli e suas três reivindicações, que são: a relação entre direitos humanos e paz - garantia da vida e integridade corporal -, defesa da igualdade e diferença, direito do mais fraco (satisfação de necessidades dos oprimidos) (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012).

Ademais, assim como Ferrajoli, Herrera Flores “[...] salienta a necessidade do estabelecimento de um sistema de garantias - nacional e internacional - que se comprometa com o cumprimento e garantia das conquistas históricas, tornando-se direitos” (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 11).

Então, em conclusão que merece ser prestigiada, Luiz Henrique Urquhart Cademartori; Leilane Serratine Grubball discorrem:

Embora Ferrajoli afirme que o mais grave problema moderno a ser enfrentado pela humanidade, do qual deve se preocupar a filosofia e a política, são as promessas universalistas formuladas nas constituições nacionais e cartas internacionais, antes que se convertam em maior fonte de exclusão aos oprimidos e excluídos do sistema hegemônico capitalista, ele percebe que o constitucionalismo e universalismo são a única garantia do multiculturalismo.

Nesse sentido, o fundamento dos direitos humano-fundamentais, para além de se pautar por determinada *ontologia* ou racionalidade abstrata, pauta-se principalmente pelas conquistas dos processos históricos de lutas e revoluções por direitos concretos, ou melhor, pela satisfação de necessidades humanas, sejam elas materiais ou imateriais. Trata-se de uma convergência contingente entre os planos lógico e teórico, fundados na vida real em sociedade dos humanos concretos. Mesmo assim, o respeito às diferenças culturais e o direito às liberdades - religiosa, política, étnica, e demais - devem ser garantidos.

Herrera Flores também nega os essencialismos, sejam eles universalistas ou particularistas. Como já se afirmou, não há uma negação do universalismo em si, mas do universalismo *a priori*. Isto quer dizer que a possibilidade de se chegar a uma síntese universal das diferentes concepções de direitos é possível, mas não pode descartar as lutas por reconhecimento de novos direitos (CADERMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 11).

Por todo o exposto é insofismável reconhecer a possibilidade de somatória de forças erigidas a partir da teoria garantista de Ferrajoli e a teoria crítica

de Herrera Flores, devendo as mesma servirem de sustentáculo jurídico-normativo-crítico que alicerce a internacionalização do direito humano à água na Constituição brasileira.

Nada mais pertinente e emblemático, tendo em vista que o nascedouro deste direito se dá a partir de lutas havidas por inúmeras comunidades locais espalhadas pelo globo terrestre. “*Água para todos e todas* é o slogan que congrega estes grupos locais que lutam por acesso à água limpa, e à vida, saúde e dignidade daquela decorrentes”²⁷ (BARLOW, 2009, p. 107).

Ao levar em consideração estes processos de luta, a constitucionalização do direito humano à água, sob o viés de direito fundamental, não pode estar desatrelado da constatação, já repetida neste trabalho, de que àquela se traduz em apenas uma das ferramentas necessárias ao alcance de um projeto de societário mais igualitário e propiciador de condições de vida digna.

De qualquer forma, o texto constitucional deve contemplar alguns mecanismos destinados a inserir, de forma clara e inequívoca, que a água pertence ao povo brasileiro, sendo vedada sua mercantilização, prática contrária a concepção de direito humano fundamental que busca erigir, tendo em vista se tratar o recurso hídrico de um bem comum²⁸ ou, ainda, um patrimônio nacional.

Há, ainda, a discussão acerca da força semântica que determinadas palavras podem trazer como contribuição no texto constitucional. Por exemplo, Alberto Acosta, analisando a constituição equatoriana de 2008 manifestou-se no sentido de compreender como positivo atrelar o conceito de patrimônio à água, pois este, segundo ele:

[...] vai muito além da definição de um bem, a água não pode ser assumida como um serviço ambiental a ser mercantilizado. O patrimônio é algo que deve ser garantido para as futuras gerações. Pode-se usufruir o bem, usar o bem, pagar pelo uso do bem, mas quando se trata de um patrimônio, para usá-lo tem-se que garantir a possibilidade de deixá-lo para as próximas gerações. Falar de patrimônio neste caso é garantir os ciclos vitais da água e seus diversos usos ou valores: ambientais, sociais, culturais, econômicos... A ideia de patrimônio, neste sentido, substitui o conceito de água como uma forma de ‘capital natural’ que está na base da mercantilização da natureza”²⁹ (ACOSTA, 2010, p. 26-27).

²⁷ No original: *Agua para todos y todas*>> es ele slogan que congrega a los grupos locales que luchan por el acceso al agua limpia, y a la vida, la salud y la dignidad que conlleva.

²⁸ O conceito de bem comum será melhor pormenorizado por ocasião do terceiro capítulo.

²⁹ No original: [...] *vamUCHO más allá de la definición de un bien, el agua no puede ser asumida como un servicio ambiental a ser mercantilizado. El patrimonio es algo que debe garantizarse para las futuras generaciones. Se puede usufructuar del bien, usar el bien, pagar por el uso del bien; pero*

Então, delineadas estas premissas, as quais nortearão a forma pela qual se sugere a constitucionalização do direito humano à água na Constituição Federal brasileira, a seguir será esmiuçada a forma técnica pela qual esse procedimento legislativo se dá no Brasil, com vistas a compreender que este processo de luta se dá não apenas pelas comunidades que carecem dos bens da vida, como, também, nas conferências internacionais aonde àquelas encontram (ainda que de forma deficitária) vozes que lhes representem.

2.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL – ASPECTOS TEÓRICO-MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS

Neste tópico tratar-se-á da forma pela qual se concebem os direitos humanos pelos organismos e instituições internacionais que, em princípio, se preocupam com o tema. A propósito, é sempre importante pontuar que aqueles direitos surgem a partir de históricos processos de luta que acabam resultando na elaboração de normas, por aqueles organismos, que indicam a forma pela qual determinados direitos devem ser garantidos aos seres humanos para que possam viver com dignidade.

Com efeito, toda a abordagem defendida neste trabalho contempla os direitos humanos de forma dinâmica (Flores, 2009), servindo como formas de sensibilização e posterior mobilização de pessoas que diuturnamente constroem suas condições de vida.

Esta mobilização, por sua vez, deve redundar na constitucionalização de direitos, na modalidade de fundamentais, para que se possam prever limites e vínculos destinados a fornecer o instrumental adequado (sob o aspecto jurídico) àqueles que reivindicam do Poder Público a devida satisfação do resultado daqueles processos de combate.

2.3.1 Aspectos Teórico-Materiais da Internacionalização de Direitos Humanos

cuando se trata de un patrimonio, para usar lo se tiene que garantizar la posibilidad de legarlo a las próximas generaciones. Hablar de patrimonio em este caso es garantizarlos ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores: ambientales, sociales, culturales, económicos...La idea de patrimonio, em esse sentido reemplaza al concepto del agua como una forma de 'capital natural', que está en la base de la mercantilización de la naturaleza.

Historicamente, pode-se perceber que desde o século XIX até o início do século XX foram várias as espécies de normas elaboradas no plano internacional, de forma fragmentada, que tiveram (têm) como objeto a preocupação com direitos indispensáveis à manutenção de uma vida digna, como, por exemplo, o combate à escravidão, a busca da proteção dos direitos dos estrangeiros, a proteção de feridos e/ou de enfermos havidos em decorrência dos conflitos armados, a proteção das minorias e dos direitos sociais (estes dois últimos criados pelo Tratado de Versalhes, em 1919), etc. (RAMOS, 2016).

Ocorre que não havia propriamente uma sistematização das normas internacionais, sendo que as mesmas surgiam, essencialmente, a partir de situações *sui generis* como por exemplo possuir o *status* de estrangeiro, a condição de trabalhador, etc. Além disso, nem todos os direitos considerados essenciais era protegidos, nem tampouco havia acesso direito à instituições de supervisão e controle das obrigações incorporadas pelos Estados, dentre outras situações que revelam uma certa ausência de uniformidade e coerência na normatização internacional (RAMOS, 2016).

Então, após a 2ª Guerra Mundial, quando o regime totalitário do nazifascismo desnudou inúmeras violações aos direitos humanos, tanto em relação aos seus próprios nacionais, quanto a nível internacional, aqueles (direitos) foram internacionalizados e foi criada uma organização que pudesse assegurar a paz e a segurança entre as nações (RAMOS, 2016).

Com efeito, entre abril a junho de 1945 inúmeros países de tradição democrática, além de outros que não possuíam tal viés (assim como o Brasil que à época vivia o Estado Novo administrado pelo ditador Getúlio Vargas) “edificaram” a Organização das Nações Unidas (ONU). Posteriormente, em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em Paris, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) (RAMOS, 2016).

Formalmente foram contemplados na DUDH os direitos políticos e as liberdades civis (artigos I a XXI) dentre os quais destacam-se o direito à vida, a integridade física, a liberdade de pensamento e à igualdade, bem como os direitos sociais em sentido amplo, como o direito à segurança social, ao trabalho e à livre escolha da profissão (artigos XXII a XXVII) (RAMOS, 2016).

Atualmente, entende-se que a proteção dos direitos essenciais do ser humano, formalizados em 1948, demandam, no plano internacional, uma subdivisão

didática que compartimentaliza àquela em três sub-ramos afeitos ao Direito Internacional Público (DIP), quais sejam: O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que tem como objeto a proteção do ser humano de forma geral, o Direito Internacional Humanitário (DIH), afeito à proteção do ser humano em conflitos armados e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR), cuja denominação “fala” por si (RAMOS, 2016).

Nesta direção, o presente trabalho aprofunda-se acerca da primeira sub divisão, pois a que importa ao tema relacionado ao direito humano à água. E, então, deve-se compreender que o DIDH consiste no “[...] conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas” (RAMOS, 2016, p. 110).

Por sua vez, as “fontes” das quais se vale o DIDH são os Tratados Internacionais e suas subespécies, podendo ser identificados os Tratados Gerais, que possuem alcance universal e contemplam inúmeros direitos humanos (ex: pactos internacionais), os Tratados de temas específicos (ex: Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio), os Tratados que protegem determinadas categorias de pessoas (ex: Convenção sobre os Direitos da Criança) e, ainda, os Tratados contra a discriminação (ex: Convenção Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) (RAMOS, 2016).

Além dos Tratados, há os costumes e princípios gerais do Direito internacional que, e aqui está-se referindo especificamente a um dos pontos fundamentais desta dissertação, se originam das resoluções da Assembleia Geral da ONU. Isto porque:

[...] as resoluções da Assembleia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de Direito Internacional dos Direitos Humanos existentes, tendo contribuído também para a formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembleia Geral” (RAMOS, 2016, p. 114)

As Resoluções portanto, podem ser consideradas como “mecanismos globais não convencionais de proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2017, p. 332) cujo exemplo é a Resolução RES/64/292 que declarou “a água limpa e segura e o saneamento (como) um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos” (ONU, 2010).

Ao lado das Resoluções também temos os Princípios Gerais de Direito Internacional, considerados pela Corte Interamericana Internacional de Justiça como princípios elementares da humanidade, pelo que “[...] todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário”³⁰.

Seja como for, em uma ou outra situação (Resoluções ou Princípios Gerais de Direito Internacional) é indubitável a existência de limitações no uso de fontes não convencionais que tenham o potencial de obrigar os Estados a respeitar os direitos humanos existentes. Não é à toa a existência de inúmeros direitos sociais desatendidos, cuja ilustração se visualiza em decorrência da fome e da miséria de milhões de pessoas, ainda que aqueles constem em diversas resoluções (RAMOS, 2016).

Não seria diferente em relação ao direito humano à água, visto que a Resolução acima citada não possui caráter vinculativo do ponto de vista jurídico. Todavia, a ONU parece estar direcionando esforços para que os Estados reconheçam o direito à água como um direito humano, pelo que aquele órgão internacional proclama que todos merecem “[...] ter acesso contínuo e suficiente à água para usos pessoais e domésticos, devendo esse ser utilizado e preservado de maneira sustentável tanto para as presentes quanto para as futuras gerações” (AITH; ROTHBARTH, 2015, p. 165)

Considera-se, então que a “[...] condificação dos direitos humanos, com a ratificação³¹ dos tratados pelos Estados é ainda condição essencial para o respeito da dignidade humana no globo” (RAMOS, 2016, p. 115).

Isto porque, a lógica que permeia a ratificação dos Estados no que se refere aos Tratados Internacionais está absolutamente relacionada ao fato de que aqueles entendem que obterão vantagens recíprocas. Em outras palavras, os Tratados possuem, em geral, natureza sinalagmática.

Neste ponto, até mesmo os Tratados de direitos humanos “perdem força” na medida em que a intenção subjacente daqueles que administram os Estados está voltada aos benefícios econômicos advindos das celebrações afeitas aos pactos

³⁰ Corte Internacional de Justiça, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, parecer consultivo de 08 de julho de 1996, ICKJ Reports 1996, parágrafo 79.

³¹ Os procedimentos afeitos a constitucionalização, no Brasil, de direitos consagrados internacionalmente serão abordados no próximo subitem.

internacionais. Porém, naquela modalidade particularizada de Tratados (de direitos humanos) há o objetivo exclusivo de “[...] proteger os direitos de seres humanos, estabelecendo deveres aos Estados” (RAMOS, 2016, p. 123). Imagina-se, então, o que dizer das Resoluções e dos Princípios Gerais?

Seja como for, a escolha de mecanismos não convencionais está relacionada a inexistência de “[...] Convenções específicas sobre o direito violado, na ausência de ratificação pelo Estado-violador de uma Convenção determinada ou na existência de forte opinião pública favorável à adoção de medidas de combate à violação” (PIOVESAN, 2017, p. 334).

Em decorrência de todo o exposto até o momento quando menciona-se o direito humano à água no Brasil, deve-se ter claro que a fase na qual este se encontra coincide com a luta cotidiana pela consagração daquele a nível constitucional. Tal assertiva reforça a concepção de Herrera Flores já esmiuçada linhas acima de que direitos humanos não passam de processos que as pessoas colocam em prática para verem suas vidas serem transformadas positivamente, sendo que a formalização jurídica é apenas um dos inúmeros passos a serem trilhados.

Pois bem, fixadas as premissas afeitas aos instrumentos (vinculantes ou não) produzidos na esfera internacional e que podem gerar efeitos jurídicos nos Estados nacionais, entende-se que há necessidade de, ainda neste tópico, para efeitos meramente ilustrativos, abordar aquilo que a doutrina tradicional entende por gerações de direitos humanos. Isto porque, esta análise está relacionada com os aspectos teóricos-materiais relacionados ao direito internacional.

A propósito, a primeira geração seria dos chamados direitos de liberdade que são as chamadas prestações negativas, quando o Estado deve proteger a autonomia individual. Os de segunda geração representam uma mudança de postura do Estado, conferindo-lhe um papel pró ativo na consecução da realização de efetivação de direitos, que propiciem igualdade material aos indivíduos e, por fim, os de terceira geração que são aqueles de titularidade indeterminada, pertencente à coletividade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se os dois primeiros estão conectados, respectivamente, à liberdade e à igualdade, o último está atrelado à solidariedade (RAMOS, 2016).

Importante ratificar que a subdivisão e/ou compartimentalização das chamadas gerações de direitos humanos deve ter como finalidade unicamente pedagógica, pois, como bem adverte Herrera Flores, tal teoria permite que pedagogicamente percebam-se os avanços relacionados “[...] ao reconhecimento jurídico das lutas pela dignidade. Mas tem seus perigos, pois pode induzir a pensar que, do mesmo modo que as tecnologias de última geração, a atual fase ou geração de direitos já superou as fases anteriores” (FLORES, 2009, p. 69).

Então, feitas essas sucintas observações acerca da historicidade e surgimento dos direitos humanos, bem como o objeto de estudo proposto pelo DIDH e, ainda, as dificuldades de efetivação dos instrumentos jurídicos-internacionais (Convenções, Tratados, Resoluções, Princípios Gerais, etc.) no que concerne aos direitos humanos, cabe uma importante observação.

Neste aspecto, ainda que reconhecidas as dificuldades inerentes à concretização de direitos humanos, inobstante o esforço dos organismos internacionais, muitas vezes compostos de pessoas bem intencionados, julga-se importante não relegar a segundo plano as lutas que redundaram na consagração ou, ao menos, no reconhecimento de direitos sem os quais os seres humanos não podem pensar em uma vida digna.

Inclusive, o próprio Herrera Flores, em sua teoria de (re) invenção dos direitos humanos em nenhum momento busca desconstituir as conquistas havidas pelos organismos internacionais em prol dos direitos humanos, apenas é enfático em exarar que àquelas não podem ser vistas de formas isoladas do contexto fático em que são elaboradas, nem com elas se pode esquecer que os processos de luta destinados à satisfação de direitos humanos prosseguem, ainda que haja a normatização dos mesmos. Com efeito:

Em primeiro lugar, é necessário destacar o grande esforço que se realiza cotidianamente para generalizar os direitos humanos a todos os que habitam o planeta. Esse dispêndio de energias tem componentes políticos (instituições encarregadas de colocá-los em prática), sociais (entidades que cumprem tanto um papel de denúncia como de propostas de solução), econômicas (daqueles que buscam desenterrar teorias e procedimentos em que os direitos não sejam vistos como “custos”, senão como “direitos”) e jurídicos (qualquer leigo na matéria ficaria atordoado ao ver o desmedido e grandioso trabalho que fazem todos os que lutam diariamente para que os Estados e as jurisdições nacionais reconheçam que *todos* os direitos são exigíveis perante um tribunal). De fato, aí já estão instituições judiciais importantes, dentre as quais destacaríamos a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o seu trabalho para reconhecer as particularidades jurídicas dos direitos indígenas, bem como o Tribunal Penal Internacional,

instância de que podemos nos servir para “aspirar” a que os acusados de torturas e genocídios se sentem no banco dos réus. Existe todo um corpo jurídico de normas, convenções e jurisprudência internacional que não se pode jogar pela janela. Custou muito esforço consegui-lo. Por trás dessas lutas pulsam os corações e as ilusões de milhares de militantes de direitos humanos espalhados por todo o mundo. É um elemento positivo para a história da humanidade toda essa “luta” pelos direitos levada a cabo tanto por organismos internacionais como por entidades ou ONG’s dedicadas à defesa e à promoção deles (FLORES, 2009, p. 43).

O Autor apenas destaca que devemos ser conscientes de que ao lado deste esforço em reconhecer direitos há uma inevitável gama de empecilhos das mais diversas ordens e fatores que impedem sua plena implementação ou concretização (FLORES, 2009).

Dos obstáculos apontados para a satisfação de direitos humanos podem ser citados, por exemplo, a desequilibrada distribuição dos poderes, político, cultural e econômico, concentrada em organizações públicas e privadas localizadas em países desenvolvidos e que estão relacionadas a apenas um quinto da população mundial que se beneficia das benesses desenvolvimentistas. Isto sem falar na “[...] situação de abandono em que vivem *bilhões de pessoas* por todo o mundo que não entram nas agendas públicas dos países enriquecidos, etc”. (FLORES, 2009, p. 44).

Ou seja, há que se reconhecer o farto arcabouço jurídico internacional destinado a proteção ou a propalada (e talvez nunca atingida em sua plenitude) universalização dos direitos humanos, sem jamais perder de vista que a normatização não basta para a efetivação.

No entanto, ainda que com o reconhecimento da insuficiência normativa, é essencial compreender a forma pela qual, no Brasil, direitos humanos internacionalmente consagrados são aqui incorporados, tendo em vista que o objeto deste trabalho é pensar em uma forma de internalização do direito humano à água de forma que este possa, da melhor forma possível, se revelar com um dos mecanismos de luta destinados a favorecer os que lutam diariamente por aquele bem da vida.

2.3.2 Aspectos Procedimentais da Incorporação de Direitos Humanos Internacionalmente Consagrados, no Brasil

Impende esclarecer neste tópico que o objeto precípua deste é esmiuçar a forma pela qual o Estado brasileiro vem, de forma geral, se relacionando com o

DIDH, tendo como marco inicial de análise a Constituição Federal de 1988, especialmente apontando algumas polêmicas instauradas após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Nesta direção, deve-se pontuar que no transcorrer do processo de democratização considera-se que o Brasil aderiu a instrumentos internacionais de direitos humanos essenciais aos países que anseiam (ao menos formalmente) propiciar melhores condições de vida aos seus cidadãos. Essa evolução normativa, porém, não se deve exclusivamente ao Poder Público estatal, mas, também, “[...] a participação e mobilização da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate sobre a proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2017, p. 398).

Seja como for, é inequívoco que a primeira regra a ser constatada é a de que os “[...] tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentirem em sua adoção” (Piovesan, 2017, p. 119), ou seja, somente através do consenso os tratados passam a criar obrigações aos signatários.

Acerca do processo de formação dos tratados pode-se dizer que aquela se inicia com atos de negociação, conclusão e assinatura daqueles. A competência nestes momentos são do Poder Executivo. Todavia, a assinatura do tratado não gera efeitos jurídicos vinculantes, se traduzindo, basicamente, na concordância do Estado em relação à forma e conteúdo finais do tratado (PIOVESAN, 2017).

Isto porquê, após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, este é levado ao conhecimento do Poder Legislativo para que, eventualmente, o aprove. Posteriormente, em havendo aprovação, há o ato que ratificação pelo Poder Executivo, que significa, “[...] o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional” (PIOVESAN, 2017, p.121).

No Brasil, o rito constitucional afeito aos tratados de direitos humanos encontram-se no artigo 84, inciso VIII³² e no artigo 49, inciso I³³. Pelo que se denota da leitura dos dois dispositivos constitucionais, percebe-se que há necessidade da

³² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

³³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

participação de dois Poderes da República (Executivo e Legislativo) na formação da vontade brasileira em celebrar, em caráter definitivo, o determinado tratado internacional, ao que se dá o nome de teoria de junção de vontades ou teoria dos atos complexos (RAMOS, 2016).

Então, após uma negociação exitosa o Estado, pelo Poder Executivo, assina o texto negociado, manifestando sua tendência em posteriormente celebrar o texto do tratado (não há, portanto, evento vinculativo). Após a assinatura o chefe do Poder Executivo deve encaminhar o texto assinado ao Congresso Nacional que possui a prerrogativa constitucional de resolver definitivamente acerca dos tratados (RAMOS, 2016). O Trâmite da aprovação é o seguinte:

“O Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português. Inicia-se o trâmite de um projeto de decreto legislativo, que deve ser aprovado nas duas Casas do Congresso, sendo promulgado e publicado pelo Presidente do Senado. Caso aprovado, o texto do tratado internacional é publicado no anexo Decreto Legislativo no Diário do Congresso Nacional.

[...]

Com isso, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo o tratado por meio da ratificação ou ato similar (RAMOS, 2016, p. 309).

Ocorre que, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 trouxe polêmica a esse sistema ao incorporar ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º³⁴. Com efeito, os estudiosos acerca do tema em questão entenderam como funesta a redação atribuída ao parágrafo ora mencionado tendo em vista que:

“1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito similar das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, tornando-a mais dificultosa; 2) sugeriu, ao usar a expressão ‘que forem’, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples e em turno único); 3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores da Emenda” (RAMOS, 2016, p. 316).

De fato, a celeuma instaurada está aliada a natureza dos tratados celebrados anteriormente a 2004, visto que, por não passarem pelo rito previsto para

³⁴ Art. 5.

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

a aprovação de uma Emenda Constitucional, teriam aqueles a natureza exclusiva de lei ordinária e, portanto, hierarquicamente inferiores?

Neste aspecto, defende-se aqui que a melhor opção doutrinária é aquela que afasta de plano que os tratados de direitos humanos já ratificados à época da promulgação da Emenda tenham natureza de lei ordinária. Primeiro, diante da interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal³⁵ segundo a qual “[...] todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco da constitucionalidade” (PIOVESAN, 2017, p. 146).

Ademais, a interpretação das normas constitucionais deve seguir uma lógica material e não formal, orientada por valores dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, ou e outras palavras, “[...] a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” (PIOVESAN, 2017, p.146).

As abordagens procedimentais acima realizadas servem ao presente trabalho apenas a título de ilustração acerca da forma pela qual se incorporam na Constituição Federal direitos humanos originalmente contemplados e discutidos na esfera internacional.

Todavia, vencidas as considerações relacionadas ao processo de formação e ratificação dos tratados internacionais, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, é indispensável esclarecer que, como já mencionado no tópico anterior, o direito humano à água não consta expressamente de tratados, estando expresso apenas em uma Resolução da Organização das Nações Unidas, pelo que, não obstante sua necessária consolidação jurídica, não há norma que vincule à adoção, no Estado brasileiro, daquele.

Em verdade, as Resoluções da ONU, especialmente as proferidas pela Assembleia Geral têm, para grande parte da doutrina, natureza de recomendações, que, “[...] teriam a potencialidade de adquirir valor de codificação ou cristalização de

³⁵ Art. 5º

[...]

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

um costume internacional, ou mesmo de ser fundamento da origem de determinado costume” (LOBATO; NEVES, 2013, p.08).

No entanto, firme na concepção otimista e de resistência que permeia esta dissertação, compreende-se que a natureza recomendatória das Resoluções emanadas das decisões da Assembleia Geral da ONU não retira a importância destas no que concerne a construção das normas de direito internacional, podendo ser vistas, no mínimo como tendências (LOBATO; NEVES, 2013).

Pode-se dizer, portanto, que ainda se está no campo dos combates necessários à sua formalização, consagração e, especialmente, sua concretização. Porém, analisando sob outro aspecto, é um absurdo que tenha-se que lutar pela materialização de um direito indissociável da própria condição de ser humano.

Seja como for, esta é a realidade, e o próximo capítulo busca erigir um arcabouço teórico capaz de fomentar os combatentes que diariamente se dedicam a levar água limpa às mais diversas comunidades havidas nos rincões do Brasil.

3 DIREITO HUMANO À ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL E COLETIVO

É essencial delinear que o direito humano à água está absolutamente atrelado a própria satisfação da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos pelos quais se pauta (ou deveria se pautar) a República Federativa do Brasil³⁶. Para tanto, reconhecer o duplo viés ao qual deve ser analisado é medida que se impõe, ou seja, tanto pode ser exercido pelo indivíduo desprovido do acesso à água potável, quanto pela coletividade organizada que se encontra alijada daquele.

Neste aspecto, com fundamento nos marcos teóricos até aqui defendidos, adiante será proposto que a inserção do direito humano à água na Constituição Brasileira deve ocorrer mediante Emenda Constitucional ao artigo 5º, destinado a consagração dos direitos e garantias individuais, da mesma forma em que, concomitantemente, devam ser estabelecidas garantias de acesso ao recurso hídrico propriamente dito, sem as quais àquele direito não se materializa e, para tanto, sugere-se (até pela natureza coletiva daquele bem comum) inserções igualmente indispensáveis no artigo 225 daquela Constituição, inserido no capítulo que trata do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Antes, porém, como alicerce fático das pretensões ora invocadas, faz-se necessária uma retrospectiva histórica recente, que demonstre a premência de, juridicamente, se reconhecer o direito humano à água na seara constitucional.

3.1 HISTÓRICO RECENTE DE DEPREDÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS E O FÓRUM MUNDIAL DA ÁGUA REALIZADO NO ANO DE 2018

Antes de tratar acerca da forma pela qual o direito humano à água deve ser incorporado à Constituição Federal brasileira, é fundamental mencionar algumas particularidades relacionadas ao trato dos recursos hídricos num passado recente. Ademais, não menos importante, é construir um conceito pelo qual se deve compreender a água, tendo em vista que a partir daquele é possível, juridicamente, edificar um arcabouço constitucional que deve, necessariamente, condicionar o legal

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

(ordinário) além de nortear ações administrativas e/ou executivas a serem realizadas pelos gestores da coisa pública, além de, porque não dizer, pela própria população.

Com efeito, a forma pela qual se concebe o recurso hídrico deve direcionar a imposição de limites e vínculos normativos, tanto ao Poder Público quanto à sociedade civil, de maneira que se possa fornecer o instrumental adequado aos operadores das mais diversas áreas do conhecimento que, de alguma forma, lidem com a água (juristas, sociólogos, engenheiros, técnicos, integrantes de associações de classe, etc.). A proposta, então, é essa: “Armar” os combatentes que se dispõem a levar água potável aos milhões de brasileiros e brasileiras que à esta não possuem acesso.

Ainda, mister se faz esclarecer que à presente dissertação, justamente pela intenção teórico-prática a que se propõe, não pretende discorrer acerca das inúmeras Conferências/Convenções Internacionais³⁷ que trataram dos problemas e desafios afeitos aos recursos hídricos, limitando-se, exclusivamente, à análise do mais recente Fórum Mundial da Água (realizado no ano de 2018), tendo em vista a atualidade deste e a circunstância de que já contempla, no conteúdo dos documentos que foram elaborados antes, durante e após a sua realização, pertinentes considerações que importam ao desenvolvimento das teses aqui firmadas.

Pois bem, há séculos, e em especial a partir do século XX, as sociedades humanas poluem e degradam os recursos hídricos (águas superficiais e as subterrâneas) das mais diversas formas e tendo inúmeras finalidades (normalmente espúrias).

Despejo de resíduos líquidos e sólidos em rios, lagos e represas, além da danificação de matas de galeria, para citar alguns exemplos, produzem contínua e sistemática destruição da qualidade da água, além de afetar a sua quantidade (TUNDISI, 2009).

No Brasil não é diferente! Então, como não poderia deixar de ser, alguns dados oficiais obtidos através de consulta ao *site* da Agência Nacional de Águas (ANA) denotam uma situação preocupante a ser seriamente enfrentada pelo Brasil de forma urgente e imediata.

³⁷ Conferências da Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Rio, 1992); Conferência Internacional das Nações Unidas Sobre a População e o Desenvolvimento (Egito, 1994), dentre outras.

Com efeito, abstrai-se daquele que são gerados por dia 9,1 toneladas de esgoto; 45% da população não tem acesso ao tratamento do esgoto; mais de 110 mil quilômetros de trechos de rio estão com a qualidade comprometida devido ao excesso de carga orgânica, sendo que em 83.450 quilômetros não é mais permitida a captação para abastecimento público devido à poluição e em 27.040 quilômetros a captação pode ser feita, mas requer tratamento avançado³⁸.

Estima-se, neste cenário nefasto, que aproximadamente 48 milhões de pessoas estejam diretamente afetadas por crises de seca e estiagem, o que faz do recurso hídrico um bem não apenas essencial, como também em situação de risco extremo³⁹.

Por sua vez, no cenário global, a Organização das Nações Unidas apresentou o Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos (WWDR 2018) no 8º Fórum Mundial de Águas, ocorrido em Brasília, em março do ano de 2018⁴⁰ aonde são explicitadas algumas informações muito preocupantes no que concerne à perspectiva do aumento do consumo de água no planeta. Perceba-se:

No período de 2017 a 2050, a população mundial deverá aumentar de 7,7 bilhões para entre 9,4 e 10,2 bilhões, com dois terços vivendo em cidades. Estima-se que mais da metade desse crescimento ocorrerá na África (+ 1,3 bilhão), sendo que a Ásia (+ 0,75 bilhão) deverá ocupar o segundo lugar em termos de crescimento populacional (UNDESA, 2017). O uso da água no mundo aumentou em seis vezes ao longo dos últimos 100 anos (Wada *et al.*, 2016) e continua crescendo de forma constante, com uma taxa em torno de 1% ao ano (AQUASTAT, n.d.). O uso doméstico da água, que corresponde a aproximadamente 10% do total da captação hídrica em todo o mundo, deve aumentar de forma significativa no período 2010-2050, em quase todas as regiões do mundo. Em termos relativos, o aumento da demanda doméstica será maior em sub-regiões africanas e asiáticas, onde os valores podem mais do que triplicar, e na América Central e do Sul a demanda pode ser mais do que o dobro dos valores atuais (BUREK *et al.*, 2016) (WWAP - United Nations World Water Assessment Programme, 2018).

³⁸ Disponível em: <http://atlasestgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 13 abr. 2018.

³⁹ Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/crisehidrica>. Acesso em: 13 abr. 2018.

⁴⁰ WWAP (*United Nations World Water Assessment Programme*). Relatório mundial das Nações Unidas sobre desenvolvimento dos recursos hídricos 2018: soluções baseadas na natureza para a gestão da água. Paris, UNESCO, 2018. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261579_spa. Acesso em: 02 fev. 2019.

Evidentemente, essa “explosão numérica” que revela um aumento significativo do consumo de água potável no planeta redonda em escassez do recurso, o que se pode perceber por dados obtidos do Relatório acima citado.⁴¹

Com a diminuição da água potável, surgem as inevitáveis consequências desastrosas, conforme se pode abstrair daquele:

As inundações respondem por 47% de todos os desastres relacionados ao clima desde 1995, que afetaram um total de 2,3 bilhões de pessoas. A quantidade de inundações aumentou para uma média de 171 por ano, durante o período 2005–2014, a partir de uma média anual de 127 na década anterior (CRED/UNISDR, 2015). Conforme a OCDE, “estima-se que o número de pessoas em situação de risco de inundação deve aumentar do atual 1,2 bilhão, para cerca de 1,6 bilhão em 2050 (aproximadamente 20% da população mundial), e o valor econômico dos bens em risco deverá ser cerca de US\$ 45 trilhões em 2050, um aumento de mais de 340% em relação a 2010” (OECD, 2012, p. 209). A população afetada atualmente pela degradação/ desertificação do solo e pela seca é estimada em 1,8 bilhão de pessoas, o que torna esta a categoria mais importante de “desastres naturais”, com base na mortalidade e no impacto socioeconômico relativo ao Produto Interno Bruto (PIB) per capita (LOW, 2013). (WWAP - *United Nations World Water Assessment Programme*, 2018).

A realidade hídrica é, de fato, desanimadora. Todavia, soluções são trabalhadas, ao menos no terreno das intenções, para que o panorama se altere. A propósito, foram produzidos documentos no Fórum que, de alguma forma, buscam alternativas de boas práticas relacionadas ao manejo ou ao uso dos recursos hídricos.

Por exemplo, no que concerne à agricultura, atividade que faz uso intenso daqueles, o Relatório aponta para “soluções baseadas na natureza” (SbN), especificamente no ciclo da água. A SbN, então, oferece aquilo que denomina como gestão da oferta da água, através do uso eficiente do recurso, redução do uso de

⁴¹ Na década de 2010, 1,9 bilhão de pessoas (27% da população mundial) viviam em áreas com potencial de serem gravemente afetadas pela escassez hídrica. Se a variabilidade mensal for levada em consideração, 3,6 bilhões de pessoas em todo o mundo (quase metade da população mundial) já vivem em áreas potencialmente escassas em água pelo menos durante um mês por ano, e esse número pode aumentar de 4,8 para 5,7 bilhões em 2050. Cerca de 73% das pessoas afetadas por essa situação vivem na Ásia (69% em 2050) (Bureket *et al.*, 2016). As captações de água para irrigação foram identificadas como a principal causa da redução dos níveis das águas subterrâneas em todo o mundo. Prevê-se que na década de 2050 ocorrerá um grande aumento das captações de águas subterrâneas, totalizando 1.100 km³/ano, o que corresponde a um aumento de 39% em relação aos níveis atuais (BUREK *et al.*, 2016). Um terço dos maiores sistemas mundiais de águas subterrâneas já está em situação de perigo (Richey *et al.*, 2015). As tendências mencionadas acima também pressupõem crescentes captações de águas subterrâneas não renováveis (fósseis) – indiscutivelmente um caminho insustentável.

pesticidas, melhorias na saúde do solo, dentre outros (WWAP - *United Nations World Water Assessment Programme*, 2018).

Ainda, outros documentos foram elaborados. Neste aspecto, extraem-se 10 (dez) princípios obtidos a partir do “Fórum Cidadão”, dentre os quais destacam-se o reconhecimento de que a água é um bem comunitário, um direito de todos os seres e é essencial para a garantia da vida em todas as suas formas, além da necessidade de garantir a efetiva participação da sociedade na gestão das águas, a qual depende do acesso à informação, à educação de qualidade e poder nos espaços de decisão, devendo incluir-se a criação de ambientes facilitadores que a estimulem⁴².

Ainda, foi produzido interessante documento intitulado “Declaração Água e Espiritualidade” aonde constou expressamente que os ciclos naturais e espirituais da água devem ser “[...] respeitados e cuidados para garantir a continuidade e a vida na Terra e neste sentido os conhecimentos ancestrais são fundamentais para a cultura de sustentabilidade do planeta”⁴³.

Prosseguindo, o documento citado no parágrafo anterior traz em seu bojo a conclusão explícita de que “as culturas e os modos de vida de nações, povos e comunidades tradicionais são referências de resistência na história da humanidade, e devem ser protegidos, pois estão sob ameaça de extinção”⁴⁴

Com efeito, as preocupações levantadas no Fórum Mundial da Água, bem como a investigação de soluções destinadas a combater o problema da falta de acesso à água potável são de incomensurável importância, tendo em vista que, a nível mundial, já se pode dizer que há em curso uma guerra decorrente da escassez de recursos hídricos.

Nesta direção, registra-se quem em Darfur, uma província do Sudão Ocidental, as comunidades camponesas e as tribos nômades, ambas típicas daquela localidade, travam batalhas em busca dos recursos hídricos destinados à manutenção de suas formas de vida (WELZER, 2010).

⁴² WWAP (*United Nations World Water Assessment Programme*). 10 Princípio do Fórum Cidadão. Disponível em: http://www.adasa.df.gov.br/images/noticias/05-12-2018/Destaques_8_Forum_mundial_agua.pdf. Acesso em: 03 fev.2019 -<http://8.worldwaterforum.org/pt-br>

⁴³ WWAP (*United Nations World Water Assessment Programme*). Declaração Água e Espiritualidade. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/>. Acesso em 03 fev. 2019 - <http://8.worldwaterforum.org/pt-br>

⁴⁴ Idem.

Não é à toa que Riccardo Petrella propõe aquilo que denomina como “revolução da água”, no sentido de promover, consolidar e garantir a toda a comunidade humana o acesso permanente a esse bem da vida, ao mesmo tempo em que pretende unir as mais diversas sociedades em torno desse ideal, justificando seus posicionamento a partir da análise de inúmeros dados oficiais que dão conta do colapso pelo qual o planeta passa quando se trata de água (PETRELLA, 2002).

A partir das considerações realizadas neste tópico passa-se, agora, à construção de um conceito de água potável que possa, de direito e de fato, ser internalizado na Constituição Federal brasileira de forma a auxiliar à materialização do direito humano à água no Brasil, erigido em documentos internacionais e que necessitam de sua devida concretização.

3.2 A ÁGUA ENTRE O *BUEN VIVIR* E A MERCANTILIZAÇÃO – UMA ANÁLISE DO POSSÍVEL FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tendo em conta a importância teórica e prática relacionada ao tema (direito humano à água), são poucas as obras jurídicas (no Brasil) que tratam, de forma específica, a água enquanto um direito humano fundamental. Inclusive, como já mencionado, sequer a Constituição da República Federativa do Brasil contempla àquele em seu bojo.

Com efeito, a esmagadora maioria das produções científicas relacionadas ao assunto centram suas análises na forma pela qual o recurso hídrico é gerido em solo brasileiro, sem que se adentre nos meandros afeitos a essencialidade desse bem de uso comum, essencial à sadia qualidade de vida dos seres vivos⁴⁵.

No entanto, observa-se, ainda que de forma tímida, a existência de artigos científicos que discorrem acerca desse assunto (alguns já citados nesta dissertação) em que se busca demonstrar a necessária internalização do direito humano à água no arcabouço jurídico-constitucional brasileiro e a forma pela qual isso deva ocorrer.

Antes, porém, é necessário que se compreenda àquele direito e, como se verá a seguir, a maioria dos trabalhos produzidos (no Brasil) voltados a essa temática utilizam o método comparativo com outras constituições (em especial às

⁴⁵ Vide: FREITAS, Vladimir Passos de; POMPEU, Cid Tomanik. As obras de ambos os autores seguem referenciadas ao final.

vanguardistas, no que concerne ao assunto em comento, Boliviana e a Equatoriana) que o preveem de forma expressa⁴⁶.

Neste aspecto, as constituições de Equador (2008) e Bolívia (2009) expressam novos conceitos que revelam uma crítica profunda a noção atual de progresso, desenvolvimento e bem estar (na grande maioria dos países ocidentais, baseada no consumo), sendo que ambas consagram o chamado “*buenvivir*” em seus textos, que se traduz em um conceito afeito à busca pela realização plena e intersubjetiva dos seres humanos em relação direta com a “mãe natureza” e todos os seres vivos que a compõe (BARIÉ, 2014).

Também compreende-se “*buenvivir*”, enquanto um paradigma afeito à cultura dos povos indígenas, e a “[...] harmonia, respeito e equilíbrio com todas as formas de vida. Tendo como referência o viver em plenitude, [...], na medida em que compreendem que na vida tudo está interconectado e é interdependente (WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 51).

No que concerne à Constituição equatoriana esta atrela o conceito do “*buenvivir*” aos denominados direitos da “Mãe Terra”, a qual realiza e reproduz a vida e que, portanto, tem direito à existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais (BARIÉ, 2014).

Especificamente em relação à água, a Constituição do Equador veio ao encontro dos anseios de sua população, pois veio a ratificar as demandas postuladas pelas organizações e movimentos sociais que buscavam elevar o *status* da água ao rol dos direitos humanos fundamentais, cujo objetivo foi o de garantir a conservação dos ciclos hídricos, a proteção das fontes de água e, especialmente, a restrição de atividades (públicas ou privadas) com potencial de alteração dos ecossistemas (BUITRÓN, 2010).

A água, analisada sob o viés do “*buenvivir*” supera, portanto, a concepção de mera mercadoria, passível de ser extraída, quantificada e alienada, objeto de fonte de lucros. Passa, por aquela categoria teórica, a ser concebida enquanto um sujeito de direitos (COVATTI; FEDRIGO e CALGARO, 2017). Lógica pertinente ao se levar em conta que a natureza pode viver sem os seres humanos, porém estes jamais poderiam sobreviver sem ela (ACOSTA, 2010).

⁴⁶ Esta particularidade faz com o que se busque, também, literatura de outros países latino americanos que possuem um histórico mais consolidado quando se trata da constitucionalização do direito humano à água.

De forma absolutamente contraposta, analisando o texto constitucional brasileiro percebe-se que, de plano, a água é contemplada sob o viés dominial, sendo que o artigo 20, inciso III⁴⁷, constante daquele, explicita tal entendimento externado pelo poder constituinte.

Já o artigo 26, que informa os bens pertencentes aos Estados, traz em seu bojo, mais especificamente no inciso I, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União⁴⁸.

Há, ainda, os artigos que estabelecem as regras de competência relacionadas a implantação de políticas públicas destinadas ao aproveitamento hidrelétrico das águas (artigo 21)⁴⁹, pertencente à União, bem como a competência para legislar acerca da matéria, também privativa da União⁵⁰.

Percebe-se, a partir dessa exposição, que o papel da União é fundamental enquanto gestora dos recursos hídricos nacionais, exercendo papel centralizador acerca dos mesmos, ainda que haja águas de “propriedade” dos Estados.

Seja como for, destaca-se que há certa confusão quando se analisa de maneira mais aprofundada a norma no que concerne aos aspectos ambientais (dos quais a água é parte indissociável). Isto porque, se por um lado é da União a competência privativa para legislar acerca de águas, por outro, é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar acerca da conservação da natureza e proteção do meio ambiente (artigo 24, inciso VI), assim como é competência administrativa (de execução de políticas públicas) de todos os entes da federação proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, inciso VI).

⁴⁷Art. 20. São bens da União:

[...]

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

⁴⁸BRASIL. Constituição Federal de 1988.

⁴⁹Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

⁵⁰Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Não obstante não ser objeto da presente dissertação, até pelo viés estritamente formal que permeia o assunto, a análise da distribuição das competências constitucionais relacionadas à matéria faz-se necessária para compreender a dificuldade relacionada a disciplina constitucional (e, conseqüentemente, legal) das águas.

Outro aspecto a ser observado está relacionado à impossibilidade de separar os recursos hídricos do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja proteção está consagrada no artigo 225, *caput*, da Carta Magna da República Federativa do Brasil⁵¹, e que entende ser aquele um “bem de uso comum do povo” circunstância que torna nebulosa a definição da natureza jurídica das águas.

Acerca do alcance de tal expressão, qual seja, *bem de uso comum do povo*, abstrai-se o entendimento de Édis Milaré, no sentido de que aquela revela um “direito público subjetivo”, que pode ser exigível e exercitável (pelos indivíduos ou pela coletividade) face do próprio Estado (que também está obrigado à proteção e preservação ambientais) em determinadas disputas (lides judiciais e/ou extrajudiciais) (MILARÉ, 2015)

Aprofundando-se nessa conceituação, a expressão “comuns” (vinda do inglês *commons*) é entendida como um conceito que dá sentido e direção a determinada proposta política e que se coloca a partir de quatro temas essenciais: (1) controle sobre o uso e gerenciamento de recursos e bens que compõem o patrimônio social, natural e cultural; isto é: (2) acesso a estes recursos e bens; (3) o processo de produção e reprodução social tanto de bens como de bem comum (Commonwealth); e (4) justiça distributiva na distribuição dos benefícios que emergem do nosso estoque comum (HELFRICH, 2008).

Especificamente no que concerne ao conceito de “bem comum” Monbiot (2017, 153), esclarece que é “[...] um recurso sobre o qual uma comunidade tem direitos iguais e compartilhados” (grifo do original), citando exemplificativamente a terra, a água, os minerais, o conhecimento, a pesquisa científica e o *software*, na mesma esteira do que já preconizara Helfrich (s.d.), ao compreender os bens comuns como as redes da vida que nos sustentam, tais como, além da água,

⁵¹Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

também o ar, as sementes, o espaço sideral, a diversidade de culturas e o genoma humano.

Por sua vez, ao analisar as particularidades que permeiam a água, deve-se reconhecer que este elemento químico é um bem de uso comum, componente essencial ao equilíbrio e sustentabilidade dos mais diversos ecossistemas tendo em vista ser parte integrante do meio ambiente.

Faz-se essencial esta constatação tendo em vista que a presente dissertação não ambiciona, neste momento, deixar explícito na Constituição Federal de 1988 que os recursos hídricos potáveis sejam sujeitos de direitos em conformidade com a lógica do *buenvivir* estampada nas constituições equatoriana e boliviana.

Não que isso não seja possível e desejável para o futuro, pois o *buenvivir* tem a possibilidade de introduzir uma troca na estrutura pela qual se concebe a relação do homem com a natureza a partir do diálogo das mais diversas culturas existentes no país que, assombro de dúvidas, possuem relações diretas, peculiares e até afetivas com os ecossistemas.

Pode-se, então, abrir uma porta para a construção democrática de uma sociedade democrática que integrem os povos e nacionalidades que integram o gigantesco território brasileiro (negros, índios, brancos, etc.) (Acosta, 2010), sendo que aquela teria sua consagração formal na Constituição Federal.

Ocorre que, para tanto, haveria necessidade de uma nova constituinte, pois a afirmação do *buenvivir* redundaria em uma total modificação paradigmática que este conceito implicaria na ordem constitucional brasileira, eminentemente antropocêntrica e economicista, que compreende os bens ambientais como dotados de valor econômico e, portanto, passíveis de mercantilização.

Isto não impede, todavia, que alguns conceitos afeitos ao *buenvivir* não possam influenciar a internalização a forma pela qual o direito humano à água seja inserido no plexo normativo-constitucional brasileiro, em especial o reconhecimento de que é impossível a mercantilização dos recursos hídricos diante de sua absoluta relação de essencialidade à vida na terra e, portanto, devendo ser facilitado e não dificultado o seu acesso pelos seres vivos.

Em outras palavras, a água potável “[...] não pode ser considerada um capital natural associado ao processo de produção, submetido à racionalidade de mercado (WOLKMER; AUGUTIN; WOLKMER, 2012, p. 61)

Ademais, não menos importante, é a possibilidade de trazer ao texto constitucional brasileiro a lógica da gestão público-comunitária que também permeia a cosmovisão andina estampada especialmente na constituição equatoriana que “[...]relaciona a água com todos os direitos humanos, e também com os direitos da natureza” (WOLKMER; AUGUTIN; WOLKMER, 2012, p. 62).

Quando for tratado o viés individual e coletivo que deve permear o direito humano à água, voltar-se-á a este assunto. Antes, porém, é fundamental voltarmos ao conceito de bem comum e a forma pela qual o mesmo deve estar devidamente imbrincado ao direito humano à água de forma a auxiliar à sua satisfação.

3.3 ÁGUA – PARA ALÉM DO SIMPLES DOMÍNIO PÚBLICO, UM BEM DE USO COMUM DO POVO

Conforme já mencionado em tópico anterior, a disciplina constitucional das águas no Brasil têm um viés nitidamente (neo) liberal na medida em que afeta à determinado ente da federação a propriedade acerca das águas. Trata-se, portanto, de um regime em que o domínio particularizado (ainda que supostamente estatal) é prestigiado em detrimento daquilo que ora se denomina como repartição comunal dos recursos hídricos que, em verdade, se traduzem em um patrimônio da sociedade.

No presente tópico busca-se realizar a conceituação (breve, tendo em vista não ser esse o objeto do trabalho) acerca do “comum” e, mais especificamente, daquilo que se compreende como bem comum, visto que a água vista sob este prisma tem o condão de sustentar a proposta de constitucionalização de um direito humano à água que, efetivamente, possibilite àqueles que com ele e para ele trabalhem, uma maneira de concretizar condições de vidas dignas.

Fixadas estas premissas, de forma mais incisiva pode-se dizer que o incremento do capitalismo resultou na polarização da noção de propriedade entre o público e o privado. Nesta direção, de forma geral compreende-se a propriedade como pública quando o domínio sobre determinado bem estiver concentrado nas mãos do Estado, ou como privada, caso àquela pertença à particular. Todavia, ao longo da história, outras formas de relação dominial também permearam a experiência e a realidade sócio-político-jurídica dos povos.

Neste aspecto, importa neste trabalho o chamado bem comum, em que o domínio sobre determinado bem é exercido de forma coletiva por todos os membros da comunidade. Em outras palavras, o bem comum pertence, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém em particular, na trilha da definição trazida por Aguilar (2017), que o entende como "*aquello que és de 'ninguno y de todos'*", acrescentando a autora que:

O comum, ao contrário, é o que é possuído - ou compartilhado - coletivamente por vários. E aqueles "vários" que compõem o agrupamento específico dos que têm, podem ser multiformes e enormemente heterogêneos, mas em qualquer caso têm em comum, como coparticipação numa qualidade ou circunstância, o fato de estarem localizados espacial e temporalmente. Ou seja, homens e mulheres que compartilham a forma comum de coletividades particulares e específicas que também estabelecem normas específicas para o usufruto e transmitem tais direitos às gerações seguintes⁵² (AGUILAR, 2017, p. 76).

Embora, malgrado as imposições neoliberais, cujos efeitos nefastos já foram apontados nesta dissertação, hoje parece haver um resgate do comum enquanto princípio ou diretriz política e, também, dos bens comuns, já que sua diversidade e vitalidade constituem uma possibilidade de enfrentamento no que tange as mudanças vivenciadas neste início de século XXI (HELFRICH, 2008).

Neste momento, antes de retomamos à análise afeita ao chamado bem comum, que verdadeiramente importa às conclusões deste trabalho, é importante, para efeitos de esclarecimento técnico e semântico, que o "[...] comum é um termo polissêmico, recebendo diversas designações ao longo da história (BERNARDES, 2017, p. 34).

Com efeito, em sua tese de doutorado, Bernardes (2017) informa, baseado em vasta literatura acerca do tema, que:

O *comum* tal qual o entendemos hoje, sobretudo ancorado na teoria de Michael Hardt e Antônio Negri, pode ser entendido em duas dimensões que se entrelaçam: o comum presente na literatura anglo-saxônica, entendido como *commons*, ou "comum natural" (bens comuns, como água, ar, minerais, florestas, etc.), e um "comum artificial", resultantes das atividades

⁵² Consta do original: *Locomún, más bien, es lopoeseído —o compartido— colectivamente por varios. Y esos 'varios' que conforman El agrupamiento específico que posee, puede ser multiforme y enormemente heterogéneo aunque en todo caso tienen en común, en tanto coparticipación en una calidad o circunstancia, el hecho de estar situados espacial y temporalmente. Es decir, los hombres y mujeres que comparten lo común conforman colectividades particulares y específicas que establecen, además, normas específicas para usufructuar y para transmitir tales derechos a las generaciones siguientes* (AGUILAR, 2017).

humanas e das relações que nela se estabelecem (linguagem, ideias, afetos, etc.). Tanto em uma como em outra, podemos perceber o processo histórico de enclausuramento do comum pelo capitalismo em tentativas sucessivas de expropriações e privatizações, e, nas duas dimensões, podemos encontrar o suporte das lutas contemporâneas por um outro mundo, uma alternativa realizada através de um corte transversal que ultrapasse as duas únicas formas que parecem ser hoje intransponíveis: a do privado e a do público (BERNARDES, 2017, p. 41).

A parte final da citação imediatamente acima realizada é de fundamental importância na medida em que a construção do conceito jurídico-constitucional ao qual se pretende dar ao direito humano à água se dá justamente para evitar aquilo que o autor denomina como “enclausuramento do comum”, o que será melhor esmiuçado adiante.

Deve-se mencionar, ainda, que durante alguns períodos históricos o conceito de comum nem sempre esteve atrelado ao conceito de bens e sua respectiva gestão, mas também, como uma forma de organização social, representativa de processos de resistência “[...]a uma concepção de modernidade, e principalmente as condições de possibilidade de compreendê-lo como luta constituinte” (BERNARDES 2017, p. 41). Ademais, sobre o ponto de vista da etimologia, nota-se que:

[...] o termo comum provém da articulação do termo *cum* e *múnus*, designando assim um caráter de ação, de atividades recíprocas de trocas entre sujeitos que participam juntos de uma tarefa, de um ofício, ou de uma relação. Uma *coobrigação* que envolve inseparavelmente *dívida* e *dom*, que representa não só o que é posto em comum (*cum*), mas também um encargo comum (*múnus*)” (BERNARDES, 2017, p. 42).

Pois bem, feitas as considerações supra, voltando ao que se denomina tradicionalmente como bem comum, sem embargo da visão tradicionalmente mais focada no bem comum material-natural (ar, água, minerais, florestas etc.), não constitui algo estanque, avançando na mesma medida em que avança o processo de agregação de conhecimento pela humanidade, a ponto de falar-se, mercê disso, também no bem comum imaterial-cultural.

Como ainda assinalado nos anais da Rio+20 (2012), “nestas últimas décadas, o tema ‘comuns’ também assumiu uma importância primordial no campo do saber, da cultura, da informática, da comunicação e até mesmo da saúde”, em especial por conta dos instrumentos que fortalecem o monopólio do conhecimento e a propriedade intelectual em prol de grandes corporações transnacionais.

Daí o porquê da preleção de Bollier (2008?), quando, tratando dos bens comuns, assinala que:

"Desta forma, pode referir-se aos recursos compartilhados que uma comunidade constrói e mantém (bibliotecas, parques, ruas), os recursos nacionais pertencentes a todos (lagos, florestas, vida selvagem) e os recursos globais que todos os seres vivos precisam para sobreviver (a atmosfera, a água e a biodiversidade). Bens comuns também se referem às "economias de presentes", como a ciência, que favorecem a criação e disseminação de pesquisa e informação. A Internet hospeda inúmeros recursos criados e mantidos por pessoas com interesses compartilhados, desde grupos de software licenciados abertos até a Wikipedia e arquivos especializados. Os comuns implicitamente carregam uma série de valores e tradições que dão identidade a uma comunidade e a ajudam a autogovernar-se."⁵³ (BOLLIER, 2008?, p. 30).

Assim, podemos definir os bens comuns como aqueles que não podem ser apropriados e ter domínio exercido particularmente por qualquer pessoa, nem mesmo pelo Estado, dada sua essencialidade para a vida ou a relevância de seu valor para a agregação de qualidade fundamental à existência humana, cuja compreensão como tal resulta do processo histórico e dos interesses coletivos que permeiam as sociedades, das locais à universal, e cuja mercantilização acarretaria o comprometimento das atuais e/ou futuras gerações.

3.3.1 Os princípios que alicerçam os bens comuns enquanto diretrizes teórico-práticas

Encontra-se no pensamento de Dardot e Laval (2015) interessante proposição de uma base principiológica que lhe dá sustentação, princípios esses que poderíamos nominar como indisponibilidade, inapropriabilidade, institucionalidade, conflituosidade e normatividade coletiva do (bem) "comum", a saber:

⁵³ No original: De este modo, se puede referir a los recursos compartidos que una comunidad construye y mantiene (bibliotecas, parques, calles), los recursos nacionales pertenecientes a todos (lagos, bosques, vida silvestre) y los recursos mundiales que todos los seres vivientes necesitan para sobrevivir (la atmósfera, el agua y la biodiversidad). Los bienes comunes también se refieren a las 'economías del regalo', como la ciencia, que favorecen la creación y difusión de investigación e información. Internet alberga incontables recursos creados y mantenidos por gente con intereses compartidos, desde grupos de software de licencia abierta hasta la Wikipedia y archivos especializados. Los bienes comunes llevan implícita una serie de valores y tradiciones que otorgan identidad a una comunidad y la ayudan a autogobernarse. (BOLLIER, 2008?).

(a) a indisponibilidade decorre do fato de não estarem os bens comuns disponíveis no sentido de serem, eles, passíveis de disposição. Tendo em conta que o poder de dispor, inerente ao conceito de domínio, envolve a perspectiva de o detentor do poder dominial dar ao bem o destino que melhor lhe aprouver, não é o que ocorre no campo do bem comum, pois a disposição, no sentido como a conhecemos, torna-se incompatível com a ideia de patrimônio coletivo difuso, permeada pela máxima do "de todos e de ninguém";

(b) a inapropriabilidade, dentro da linha dos autores, erige da perspectiva substantivista do bem comum, que o afasta do sentido de apropriação-pertença e o limita ao elemento finalístico contido em seu propósito (apropriação-destinação). Daí porque, segundo eles, "longe de se confundir com um objeto de Propriedade, o comum exprime acima de tudo a dimensão do indisponível e do inapropriável";

(c) a institucionalidade, por não ser a rotulação do bem comum própria da natureza ou da essencialidade das coisas, senão instituída pelas práticas sociais e pelas atividades humanas. "[..] contra qualquer naturalismo ou essencialismo é preciso sustentar que é a atividade dos homens que torna uma coisa comum, guardando-a de qualquer lógica de apropriação e reservando-a para uso coletivo", acrescentando os autores que "nesse sentido, o comum se refere sempre a uma prática que visa instituí-lo ou manter e reforçar sua instituição já efetuada, o que acordaremos chamar de 'praxisinstituinte'";

(d) a conflituosidade, percebida do fato de o comum não se instituir através da uniformidade de ideias e percepções. No dizer de Dardot; Laval (2015, p. 11), "[...] o comum não se refere a uma 'governança' pacífica que funciona de base ao consenso", acrescentando os autores que o conflito é a base para sua constituição, expansão e perpetuação, enxergando no comum uma forma de oposição ativa aos processos privatizantes;

(e) a normatividade coletiva, mediante a compreensão de que a energia do comum decorre do compartilhamento interpessoal da responsabilidade pela concepção de normas que irão regê-lo e colocá-lo a salvo de apropriação não socialmente difusa. Ou, nas palavras dos autores, "sua força advém do engajamento prático que liga aqueles que elaboraram coletivamente as regras pelas quais o indisponível se encontra subtraído de toda lógica de apropriação", chegando ao ponto de categorizar o "comum" como um sistema de práticas e lutas terminologicamente renovado.

Em suma, pode-se asseverar que o (bem) comum surge a partir de uma institucionalização decorrente das praxis humanas e sociais, em que o conflito atua dialeticamente como indutor de uma construção normativa pelo conjunto da sociedade, que elege bens materiais e imateriais cuja propriedade não pode ser exercida por particulares ou pelo Estado.

São, portanto, inapropriáveis e, mercê dessa inapropriabilidade, também impassíveis de disposição por indivíduos, grupos, corporações e poder público, restando tais bens circunscritos à gestão coletiva e ao proveito difuso e gratuito de todos os integrantes do corpo social que deles necessitarem para a produção, reprodução e manutenção da vida, ou para a agregação de qualidade indispensável à existência digna de cada um.

Então, uma vez delineadas a concepção do comum, enquanto um bem, há que se erigir um conceito do direito humano à água, a ser incorporado pela Constituição Federal de 1988 que esteja em consonância com aquela.

Sabe-se que o desafio não é fácil de ser superado, tendo em vista a forma pela qual o texto constitucional brasileiro está disposto. Todavia, por ser a água absolutamente associada à saúde e a dignidade humana, acredita-se que o direito a ela inerente pode apresentar um passo para a direção da construção de uma Constituição que privilegie (formalmente, ao menos) o compartilhamento e a solidariedade.

3.4 ÁGUA – UM DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Inicialmente, passa-se a pormenorização dos direitos fundamentais constantes no texto normativo-constitucional e, neste momento, serão utilizados os conceitos clássicos que categorizam àqueles enquanto individuais, sociais e difusos, não obstante a consciência acerca do alerta de Herrera Flores no sentido dos perigos relacionados a “compartimentalização” de direitos oriundos de processos de luta. No entanto, entende-se que o conhecimento acerca desse perigo afasta o risco da alienação.

Neste aspecto, é meramente didática a formulação que compreende os **(1)** direitos individuais que reconhecem a autonomia dos particulares, garantindo a iniciativa e independências aos indivíduos frente a outros, bem como ao próprio Estado; **(2)** direitos sociais enquanto prestações positivas proporcionadas pelo

Estado direta ou indiretamente, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos e que igualem (ou ao menos diminuam) as situações fáticas que revelam absoluta desigualdade sócio econômica (SILVA, 2010) e **(3)** direitos difusos como direitos de solidariedade, os quais não tem como fundamento a proteção do indivíduo frente ao Estado, nem tampouco emergem a partir da necessidade de proteção a determinados grupos sociais, mas sim à proteção da coletividade ou, de forma mais abrangente, de toda a vida na Terra (VIEIRA, 2014).

Feitas estas distinções, seja qual for a “modalidade” dos direitos fundamentais, estes, conforme Cadermartori e Cadermartori (2014), influenciados pela doutrina da Ferrajoli, têm algumas características próprias, quais sejam, a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, ou seja, são indisponíveis ao mercado, ao Estado e ao seu próprio titular.

Prosseguindo, sob a fundamentação da filosofia jurídica pode-se dizer que os direitos fundamentais se revelam a partir de pretensões morais justificadas, as quais estão alicerçadas na moralidade e seus respectivos valores vigentes em determinada(s) época(s) como a liberdade, a igualdade e a dignidade das pessoas. Ademais, não se pode esquecer que na sociedade ocidental, e na América Latina não é diferente, ainda que se peguem como parâmetros a realidade equatoriana e a boliviana, para que uma pretensão moral justificada se transforme em um direito fundamental é necessário que àquela seja positivada como norma constitucional que defina o(s) direito(s) e suas respectivas garantias (CADERMARTORI; CADERMARTORI, 2014).

Ainda, não se pode esquecer da questão ligada à concretização dos direitos fundamentais positivados. Para tanto, este deve estar em consonância com a realidade social e com uma mentalidade social e participativa dos direitos, algo que se obtém a partir da vontade política, ou seja, de políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, efetuando-se uma educação voltadas aos valores da cidadania e, portanto, fortalecendo uma mentalidade consciente dos direitos que todos e todas podem reivindicar (CADERMARTORI; CADERMARTORI, 2014).

Avançando no raciocínio, agora de forma mais especificamente relacionado ao direito material, mister se faz reconhecer que quando se trata de meio ambiente ecologicamente equilibrado e, aqui, especificamente à água, entende-se que o direito concernente àquele é, fazendo uso da formulação clássica, de natureza tanto individual quanto difusa. Com efeito:

O meio ambiente, conforme já mencionado, pode ter uma significação de macrobem como um direito fundamental do homem, transformando-se assim em um bem de interesse difuso, cuja proteção jurídica pertence a toda coletividade. A título exemplificativo, pode-se enquadrar como macrobem de interesse jurídico a proteção à qualidade do ar que respiramos, à qualidade de água, etc.

Por outro lado, reafirma-se que o meio ambiente pode ter uma concepção de microbem, relativamente à propriedade e a outros interesses a esta subjacentes. Este bem pode pertencer ao setor público ou privado, inclusive à pessoa física ou jurídica. Nesta concepção micro, o meio ambiente está sujeito a dois tipos de interesses jurídicos; a título de interesse individual, quando envolver interesses próprios; a título de direito subjetivo fundamental, quando, além de ferir interesse individual, fere concomitantemente direito pertencente à sociedade coletivamente organizada (LEITE; AYALA, 2015, p.30).

A água, portanto, enquanto bem comum, está diretamente relacionada a vida individual de cada ser humano que habita o planeta, sendo impossível não reconhecer a possibilidade de homens e mulheres exercerem seus direitos subjetivos de acesso à água (potável) quando este, seja qual for o motivo, lhes seja ceifado, da mesma forma que as comunidades enquanto entes coletivos podem, tendo em vista a característica difusa do bem ambiental, exercerem o mesmo direito caso padeçam da mesma mazela.

Ocorre que a atual redação do texto constitucional não fornece este entendimento, a não ser que se faça uma interpretação extensiva do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, visto que se torna impensável vislumbrar a água, diante de sua indispensabilidade à vida, como elemento dissociável do meio ambiente, alicerçando-se, por conseguinte, abrangente exegese do art. 225 da Carta brasileira, aqui sustentada, em harmonia com o que respeitável doutrina constitucional denomina como Estado de Direito Socioambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Nesta direção, ainda que a norma explícita na carta magna brasileira preveja que o regime jurídico-constitucional das águas esteja alicerçado na condição de proteção através do domínio público, há que se fazer uma importante distinção, muito bem trabalhada por Éder Maurício Guedes, em seu artigo *Natureza Jurídica da Água*:

[...] água constitui bem de uso comum do povo. Assim classificando impede-se que a água seja apropriada por terceiros ou pela própria administração pública. É justamente a necessidade do uso múltiplo da água, a sua essencialidade para a sobrevivência dos seres vivos, bem como outras características já delineadas, que esta classificação protege

o próprio bem, assim como protege o legítimo interesse de todos que dele dependem.

[...]

O que importa, para fins deste trabalho, é deixar claro que a expressão “domínio público da água” não se confunde com a classificação de bem público dominical. Isto porque, de modo prático, bem dominical apresenta-se como patrimônio privado da administração pública (GUEDES, 2015, p. 06).

Através, portanto, de uma hermenêutica voltada a desvelar um direito humano à água (ainda não expressamente consagrado) deve-se inicialmente reconhecer que a interpretação extensiva do artigo 225 da Constituição Federal é fundamental, pois com ela se reconhece que a água é um bem de uso comum do povo, ainda que sob o domínio estatal explicitado em outros artigos da norma constitucional brasileira.

Ocorre que, evidentemente, a proposta aqui defendida vai além da necessária exegese acima referida, devendo-se, para tanto, haver a consagração expressa do direito humano à água como um direito fundamental individual e coletivo.

A questão é, como realizar a internalização de maneira que a concepção de Herrera Flores e Ferrajoli sejam compatibilizadas de maneira a se construir uma redação fortemente marcada pela potencialização de concretização? Neste aspecto, especialmente em relação ao primeiro basta que se remonte o paradigmático caso equatoriano para se obter uma resposta motivadora.

Isto porque, a luta pela constitucionalização do direito humano fundamental à água naquele país traduziu-se em mecanismo propiciador do resgate da soberania do Equador (conceito relativizado no Estado Contemporâneo, como já se teve a oportunidade de demonstrar) na medida em que o exercício democrático de construção coletiva daquela constituição recuperou alguns espaços destinados à lógica mercadológica, ao reconhecer às iniciativas comunitárias em torno da gestão da água (ACOSTA, 2010) vedando, expressamente, a privatização/mercantilização deste recurso.

Prosseguindo, ainda sob o viés da construção conceitual, é essencial que os aplicadores da norma (seja na esfera executiva e/ou judiciária) tenham um forte embasamento teórico no que concerne as efetivas funções que podem ser exercidas pelo recurso hídrico, dois são os motivos: Primeiro, para que não venha a se tornar “letra morta”, ineficiente para o verdadeiro alcance do direito humano em tela;

segundo, evitando que os recursos hídricos venham a ser mercantilizados de maneira a se converter em instrumento destinado a satisfazer, exclusivamente, a lógica mercadológica-consumerista.

Então, propõe-se aqui as definições encontradas na obra *Las Funciones Del Agua*,

É preciso discernir, com clareza, as diversas funções da água, distinguindo os seguintes níveis: 1 – A água em função da água, conectada com os direitos humanos. 2 – A água em função do serviço público e de interesse geral, conectada com os direitos sociais. 3 – A água em função de negócios legítimos, conectada com direitos privados e individuais para melhorar o nível de riqueza e bem estar. 4 – A água em função de negócios ilegítimos que devem ser combatidos pela lei. Se distinguirmos claramente a água-vida, em relação aos direitos humanos, água-serviço público, em relação aos valores sociais de interesse geral e água-negócios em atividades produtivas legítimas, podemos projetar e assumir critérios de gestão adequados para alguns e outros casos.⁵⁴ (AGUDO, 2005, p.19).

Então, fixadas as bases da teoria ora proposta, busca-se no texto constitucional equatoriano inspiração para internalização do direito humano à água no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, sem que haja necessidade de uma nova constituinte, bastando sua inclusão por intermédio de Emenda Constitucional com seu respectivo procedimento⁵⁵, até mesmo porque a proposta apresentada neste momento não contraria o disposto no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988⁵⁶.

⁵⁴ No original: Es preciso, discernir con claridad las diversas funciones del agua, distinguiendo los siguientes niveles: 1- El agua en funciones de vida, que conectan con derechos humanos. 2 – El agua en funciones de servicio público u de interés general, que conectan con derechos sociales. 3 – El agua en funciones de negocios legítimos, que conectan con derechos privados e individuales a mejorar el nivel de riqueza y bienestar. 4 – El agua en funciones de negocios ilegítimos que deben ser combatidos por la ley.

[...]

Si distinguimos claramente el agua-vida, en relación con derechos humanos, el agua-servicio público, en relación con valores sociales de interés general, y el agua-negocio en actividades productivas legítimas, podremos diseñar y asumir adecuados criterios de gestión para unos y otros casos.

⁵⁵ Para maiores informações, sugere-se a singela consulta ao site do Senado Federal no seguinte endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-constitucional>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁵⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Isto não significa que a sociedade civil organizada, por intermédio de organizações/instituições ou pelo próprio exercício direto de “cobrança” dos parlamentares não possa ter um papel decisivo na busca pela constitucionalização do direito humano à água e, conseqüentemente, participe de uma construção coletiva daquilo que se compreende como o mais adequado para a concretização daquele direito nas áreas mais carentes de acesso à água potável, como, por exemplo, as áreas com intensa concentração urbana.

A propósito, cita-se aqui o Instituto Trata Brasil (OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) que desenvolve ações, especialmente voltadas ao saneamento básico, que possui uma estrutura que já o capacite a, por exemplo, encabeçar a luta pela consagração do direito humano à água não apenas sob o viés jurídico-formal, mas, e sobretudo, material⁵⁷.

Prosseguindo, não se pretende (ao menos por enquanto) retirar as águas brasileiras do domínio dos entes federativos, porém restringi-lo de maneira a satisfazer dois principais objetivos.

Primeiro, condicionar este domínio à satisfação do direito humano à água e, conseqüentemente, nortear toda a aplicação da política nacional de recursos hídricos prevista na Lei 9.433 de 1997 (a qual não será objeto de análise neste trabalho), inclusive eivando de inconstitucionalidade os artigos que forem contrários ao texto constitucional proposto.

Então, para atender aos anseios objetivados, a presente dissertação se mostra absolutamente favorável à inserção, no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata dos direitos e garantias individuais, da seguinte redação que consta na Constituição Equatoriana (artigo 12), com uma pequena modificação, porém que tem o condão de gerar uma grande diferença conceitual, ou seja: “O direito humano à água é fundamental e irrenunciável. A água

⁵⁷ Para consulta acerca do Instituto Trata Brasil e das atividades por ele desenvolvidas sugere-se o acesso à homepage: <http://www.tratabrasil.org.br>. Extrai-se deste site importantes informações, como por exemplo, que o Instituto que atua desde o ano de 2007 trabalha para que “[...] para que o cidadão seja informado e reivindique a universalização do serviço mais básico, essencial para qualquer nação: o saneamento básico. Nosso trabalho é de conscientizar a sociedade para termos um Brasil mais justo, com todos tendo acesso à água tratada, coleta e tratamento dos esgotos. Somos um país ainda muito desigual nessa infraestrutura, sobretudo nas regiões mais pobres. Acesso em: 09 fev. 2019.

constitui patrimônio nacional estratégico de uso público (**comum**), inalienável, imprescritível, inatacável e essencial para a vida.⁵⁸

Destaca-se, de plano, a expressão/verbetes “comum” ao invés de “público”, justamente para ressaltar a impossibilidade de afetar à água potável a qualquer ente federativo (limite/vínculo), o que implica na possibilidade de, no artigo 225 da Constituição Federal de 1998, estabelecerem-se as garantias necessárias a satisfação do direito humano à água.

Com efeito, aprofundando-se nesta questão das garantias, extrai-se preciosa lição do artigo “A água como um direito fundamental e o direito à água potável como um direito humano fundamental: uma proposta teórica de políticas públicas”, já citado acima:

Devemos ter em mente que as garantias de bens comuns e bens sociais requerem instituições públicas dedicadas à sua provisão e proteção. É óbvio que estas garantias não podem ser limitadas aos respectivos direitos, razão pela qual também é necessário o desenvolvimento de complexos aparatos administrativos dedicados a funções específicas de tutela dos bens comuns e de distribuição de bens sociais⁵⁹ (CADERMARTORI; CADERMARTORI, 2014, tradução livre).

Pois bem, antes de adentrar à questão das garantias, é importante ratificar que a redação do texto constitucional ora proposta tem a pretensão de algo que supere a simples questão formal e semântica. Então, malgrado posições contrárias, entende-se que a força das palavras (bem como a força normativa da Constituição, já demonstrada) pode, de fato, possibilitar os combatentes de direitos humanos na luta pela realização destes. Por conseguinte, a redação acima sugerida busca a superação da visão mercantil da água, recuperando-se a do usuário, ou seja, do cidadão e da cidadã ao invés dos clientes (ACOSTA, 2010, p. 20).

Prosseguindo, e agora tratando acerca das garantias constitucionais para que seja possibilitado não apenas o direito, mas a concretização do acesso à água potável, entende-se que devam ser inseridos dois incisos ao parágrafo primeiro do

⁵⁸ Art. 12.-El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

⁵⁹ Texto original: Debemos tener presente que las garantías de los bienes comunes y de los bienes sociales requieren instituciones públicas dedicadas a su provisión y protección. Es obvio que estas garantías no pueden limitarse apenas a los derechos respectivos, por lo que se exige también el desarrollo de complejos aparatos administrativos abocados a funciones específicas de tutela de los bienes comunes y de distribución *ope legis* de los bienes sociales.

artigo 225 citado anteriormente (cuja inspiração, novamente, se dá a partir da Constituição equatoriana), bem como dois novos parágrafos ao *caput*.

A propósito, a este respeito, é essencial lembrar que o parágrafo primeiro do artigo mencionado estabelece as incumbências do Poder Público para assegurar a efetividade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações⁶⁰. (redação inspirada a partir da leitura do artigo 276, item “4” da Constituição Equatoriana)⁶¹.

Nesta direção, a inserção de um pretense inciso “VIII” àquele pode ter a seguinte redação: “O Estado promoverá, no setor público, o uso de tecnologias ambientalmente limpas, bem como estará obrigado a buscar formas de geração de energias alternativas que não prejudiquem ou impossibilitem o uso comum dos recursos hídricos”.(redação inspirada a partir da leitura do artigo 276, item “4” da Constituição Equatoriana)⁶².

Ademais, é desejável que seja inserido o inciso IX, o qual pode ser incorporado com a seguinte determinação: “Compete a todos os entes federativos e à iniciativa privada, quando causadora de danos ambientais, a conservação e a recuperação da qualidade das águas, inclusive as encontradas no subsolo, devendo o Poder Público, ainda, promover políticas redistributivas que permitam o acesso da população urbana e rural ao recurso hídrico potável” (redação inspirada a partir da leitura do artigo 276, item “4” da Constituição Equatoriana)⁶³.

Nesta direção, para que não parem dúvidas acerca da natureza de bem comum que permeia os recursos hídricos, postula-se seja acrescido o parágrafo oitavo ao *caput* do artigo 225, aonde poderá constar o que se segue: “Está absolutamente proibida a privatização ou mercantilização dos recursos hídricos

⁶⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

⁶¹ Art.15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de La soberanía alimentaria, ni afectará El derecho al agua.

⁶² Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

[...]

4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

⁶³ Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

[...]

4. Recuperar y conservar La naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

nacionais, devendo ser incentivada, na forma da lei, a gestão dos recursos hídricos pela própria sociedade civil organizada ou, subsidiariamente, pelos entes federativos, vedada a concessão daquela atividade à empresas (pessoas jurídicas de direito privado) que não pertençam à administração pública direta ou indireta” (redação inspirada a partir da leitura do artigo 318 da Constituição Equatoriana)⁶⁴.

Ainda, esgotando o tema na seara constitucional, pleiteia-se a inserção de mais um parágrafo, o nono, que discipline o seguinte: “O Estado garantirá a conservação, recuperação e gestão integral de recursos hídricos, bacias hidrográficas e processos ecológicos associados ao ciclo hidrológico e, ainda, regulará toda atividade que possa afetar a qualidade e a quantidade de água e o respectivo equilíbrios dos ecossistemas, especialmente nas fontes e áreas de recarga natural de água, devendo ser prioridade a sustentabilidade dos ecossistemas, o consumo humano e a dessedentação de animais. (redação inspirada a partir da leitura do artigo 411 da Constituição Equatoriana)⁶⁵.

Pois bem, as sugestões acima exaradas possuem, se traduzem em provocações a serem aperfeiçoadas e, em última análise, objetivam reunir as comunidades afetadas pela ausência ou deficiência de fornecimento de água potável em torno de um ideal comum, ao mesmo tempo em que, a partir da formação de um processo de reivindicação, se possa contemplar o direito humano à água sob o viés garantista, impondo-se obrigações ao Estado e à iniciativa privada, tendo em vista ser a água um bem comum de características difusas, bem como um vínculo/limite que obrigue os aplicadores das normas a respeitarem àquele, também, sob o viés individual.

Sempre lembrando que o direito humano fundamental à água, inserido no texto constitucional constitui uma poderosa ferramenta prática aos cidadãos (em

⁶⁴ Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio in alienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para La naturaleza y para La existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, El abastecimiento de agua potable y El riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y La prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para La prestación de servicios.

⁶⁵ Art. 411.- El Estado garantizará La conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar La calidad y cantidad de agua, y El equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

especial aos desfavorecidos), não apenas para sua defesa junto ao Tribunal Constitucional do país, como para o controle das políticas públicas e reivindicações perante tribunais internacionais (BARLOW, 2009).

3.5 CRÍTICA AO PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL 213/2012

Com mencionado em tópico anterior, atualmente a Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio da Resolução n. 64/292, item “1”, já contempla expressamente o direito humano à água⁶⁶.

Ocorre que, não obstante um certo avanço pelo simples fato de reconhecer-se formalmente este direito a nível global (ainda que desprovido de qualquer coercitividade que o acompanhe), há que se realizar uma abordagem crítica ao posicionamento, como um todo, dos organismos internacionais para que se evite considerar àquela como panaceia destinada a resolver os males que afligem milhões de pessoas mundo afora. O objetivo, portanto, é evitar “cair em armadilhas” conceituais, conscientizando os processos de lutas tão bem esmiuçados por Herrera Flores.

Neste aspecto, a Resolução acima mencionada deve ser lida em conformidade com o entendimento da Organização Mundial de Saúde que entende serem 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 saúde⁶⁷.

Então, ainda que se trate apenas de mera especulação, tendo em vista o cenário neoliberal que toma conta do modo de vida da população global, seria ao menos legítimo perguntar: Uma vez satisfeitas as chamadas “necessidades mais básicas” com o fornecimento da água potável aos grupos ou comunidades desfavorecidos, estariam os Estados nacionais autorizados a mercantilizarem livremente o excedente?

⁶⁶ 1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

⁶⁷ Disponível em:

http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf ;

https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/ ;

https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf?ua=1. Acesso em: 03 fev. 2019.

Independentemente de estar-se ou não frente a uma estratégia perversa, fundamentada em uma interpretação literal e/ou semântica do entendimento proferido pelos organismos internacionais, cabe aqui duas considerações.

Primeiramente, tendo em vista a natureza de bem comum que permeia os recursos hídricos deve ser cabalmente afastada eventual tentativa de “privatização” ainda que indireta, daqueles. Ademais, uma segunda observação está adstrita a circunstância que não se deve, nas constituições estatais, possibilitar que tal situação (privatização/mercantilização) possa, sequer, ser cogitada.

Por conseguinte, trata-se de uma incoerência o tratamento do direito humano à água como um direito fundamental social, pelo que busca-se refutar que o mesmo seja incorporado ao sistema constitucional brasileiro através de eventual aprovação parlamentar do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 213/2012⁶⁸, de autoria da Deputada Federal Janete Rocha Pietá, a qual foi anexada a PEC n. 39/2007, de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos⁶⁹ que propõe ser a água um direito social a ser inserido no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Isto porquê, não obstante sua inegável importância, os direitos sociais revelam a face dos direitos fundamentais que (e aqui permite-se uma afirmação) está consideravelmente sujeita às dificuldades enfrentadas pelo Estado Contemporâneo, pautado no modelo neoliberal o qual foi exaustivamente delineado no segundo capítulo e que está arraigado na estrutura da sociedade brasileira.

De qualquer forma, não é demais lembrar que da realização daqueles decorre, necessariamente, o alcance do objetivo da república federativa do Brasil no que concerne a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (Artigo 3º da Constituição Federal de 1988). Tendo estas particularidades em conta passa-se neste momento a abordar aquela especial categoria de direitos fundamentais explicitada na Constituição Federal de 1988, qual seja, a dos chamados *direitos sociais*.

A propósito, este plexo de direitos vem sendo definido através de uma característica afeita a exigência (negativa ou positiva) que se pode obter do Estado

⁶⁸ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁶⁹ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>. Acesso em: 17 abr. 2018.

no sentido de prestações e direitos. Este conceito está alicerçado no denominado *mínimo existencial* que os indivíduos devem ter para preservarem sua dignidade enquanto seres humanos. No entanto, a garantia daquele mínimo demanda a existência de uma estrutura estatal de segurança pública que garanta a realização, no plano fático, daqueles direitos (LEAL, 2009).

Pois bem, como já mencionado, os direitos sociais integram o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, e, por força de artigo da própria constituição possuem aplicação imediata⁷⁰.

Todavia, o alcance de sua eficácia (plena ou limitada) deve ser sopesada com fundamento na análise específica do direito social em análise, harmonizando este com outros direitos fundamentais, sociais ou não, além de princípios e mesmo interesses públicos e privados (SARLET, 2016).

Isto porque, a simples garantia constitucional de aplicabilidade direta e imediata das normas que consagram direitos sociais enfrentam controvérsias debatidas pela doutrina e jurisprudências brasileiras. Especialmente, quando se discutem os direitos sociais que exigem prestações estatais para sua efetivação.

Volta-se, neste particular, a abordagem de dois conceitos que vêm norteando as polêmicas instauradas acerca da aplicabilidade direta dos direitos sociais, quais sejam: a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

A primeira revela a dimensão econômica dos direitos sociais, ou seja, a condição relativa a prestação estatal, para garantia daqueles, que se traduz na destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários (SARLET, 2016).

Já o segundo, revela as condições mínimas sem as quais ao indivíduo é impossibilitada uma existência com dignidade, ou, em outras palavras, a promoção de condições materiais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos e que, portanto, buscam igualizar situações sociais desiguais (SILVA, 2010).

Percebem-se destes conceitos que, ainda que a imensa maioria da doutrina entenda, atualmente, pelo caráter de aplicabilidade absoluta e imediata dos direitos humanos fundamentais sociais, é praticamente unânime, também, que o processo de efetivação desses direitos é complexo e dependente de inúmeras

⁷⁰ Artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

varáveis, muitas das quais já foram abordadas nos capítulos anteriores (LEAL, 2009).

Desta feita, ratificando a tendência de uma abordagem jurídico-crítica e prática, entende-se que, não obstante a garantia constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos sociais, é inequívoco que a mesma (ainda que submetida ao controle jurisdicional) demanda, em inúmeras oportunidades, a ação de prestação e/ou abstenção do Estado para sua efetivação.

Então, deve-se ter cuidado com a internalização de determinado direito, consagrado internacionalmente, no ordenamento constitucional brasileiro, sob o viés de um direito social, tendo em contas as inúmeras implicações práticas relativas ao seu exercício.

Tratando especificamente do direito à água, entende-se que sua constitucionalização enquanto um direito humano fundamental jamais pode se dar sob a forma de um direito fundamental social. Principalmente diante do fato de que a água está ligada não apenas à saúde humana, mas, também, à toda a vida na Terra.

Sendo assim, é um contrassenso aliar esse direito (recentemente consagrado em nível internacional), objeto de lutas diárias por sua efetivação, a algum tipo de prestação estatal que possa se eivar de suas responsabilidades através de conceitos como o da “reserva do possível”.

Por outro lado, atrelar o conceito de direito à água a um direito social permite que se possa “entregar” os mananciais de água havidos em solo brasileiro à exploração da iniciativa privada, como se faz, por exemplo com o transporte (direito social consagrado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988)⁷¹.

Com efeito, a preocupação externada no parágrafo anterior não é infundada, visto que com frequência o noticiário contempla a possibilidade de o Governo Federal Brasileiro inclinar-se para uma maior “abertura” à iniciativa privada no que concerne à exploração da água brasileira⁷². Inclusive, há um projeto de lei no Senado Federal, de autoria do Senador Tasso Jereissati, destinado a “[...] introduzir

⁷¹ 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.

⁷² Vide: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2018/03/22/governo-negocia-privatizacao-do-aquifero-guarani-com-multinacionais.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

os mercados de água como instrumento destinado a promover alocação mais eficiente dos recursos hídricos”⁷³.

Ainda, Barlow alerta para o fato do encobrimento de esforços internacionais para desenvolver de modo sustentável o Aquífero Guarani devido à presença de uma base do exército norte-americano na área e ao envolvimento do *Global Environment Facility*, um consórcio financeiro com sede nos Estados Unidos, administrado pelo Banco Mundial e pela Organização das Nações Unidas, que envolve interesses norte-americanos privados, como forma de dominação “hidro-geopolítica”, o que denota grave ameaça da resistência em face à privatização” (BARLOW, 2009).

Ademais, em sua dissertação apresentado à Universidade Federal de Santa Maria, no ano de 2016, Micheli Capuanolrigaray, detectou a partir de suas pesquisas as seguintes particularidades (respaldadas em uma legislação permissiva) havida no território brasileiro:

Está em curso um processo acelerado de privatização dos serviços de água – do abastecimento público, assim como da drenagem e tratamento de águas residuais. Esta privatização, designada por “concessão”, consiste na entrega dos serviços públicos a empresas privadas para que os explorem e deles obtenham lucro; assim, a concessão é uma alienação de direitos de propriedade e de poder de decisão do poder público. Estes processos de privatização dos serviços de abastecimento de água na América Latina encontram na luta de classes uma força de resistência contra os sistemas de privatizações, contra a dominação das grandes corporações (IRIGARAY, 2016, p. 51).

Para tanto, sob o aspecto positivista é fundamental destacar que não se pode comparar à água com quaisquer dos direitos explicitados no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira. Na verdade, água é vida, bem de uso comum, devendo se revelar como um “[...] recurso coletivo compartilhado, administrado e autogerenciado pelas comunidades locais de acordo com suas relações sociais em um sistema de cooperação e dependência recíproca” (IRIGARAY, 2016, p. 22).

Com efeito, a sustentabilidade dos recursos hídricos passa pelo reconhecimento dos direitos das comunidades ao seu território e este direito deve receber a consagração de um direito humano coletivo (por isso a proposta de inserção do mesmo no capítulo que trata do Meio Ambiente na Constituição

⁷³ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131906>. Acesso em: 19 abr. 2018.

Brasileira) desde a perspectiva de reconhecer os ecossistemas como patrimônios da humanidade (AGUDO, 2005).

Avançando quanto a esta compreensão, Alberto Acosta, em comentários à Constituição equatoriana, democraticamente promulgada no ano de 2008, destaca certos pontos fundamentais. Nesse aspecto, o autor ratifica o entendimento de água enquanto um direito fundamental, além de um bem nacional estratégico e de uso público, porém patrimonialmente vinculado à sociedade e, em especial, traduzindo-se em um componente fundamental da natureza (e aqui temos a consagração de um conceito biocêntrico), já que a mesma (natureza) tem direitos próprios de existir e manter seus ciclos vitais (ACOSTA, 2010).

Portanto, o enquadramento (constitucional) do direito humano à água deve ser contemplado, como mencionado no tópico anterior, como um direito individual, inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois absolutamente aliado à manutenção vida humana, ao mesmo tempo que como um direito difuso a ser explicitado no artigo 225 daquela, detalhando-se neste último (que é o capítulo destinado ao meio ambiente como um todo) a qualidade de bem de uso comum, insuscetível de apropriação por particulares e pelo próprio Estado, que não passa de um guardião do recurso hídrico.

Por outro lado, sob o aspecto da concretude voltada à efetivação do direito constitucionalizado, a força e a pressão popular deve-se dar para que o país desenvolva um Plano Nacional de Ação para a Realização do Direito à Água e ao Saneamento, em um processo de planejamento de respeito, proteção e obrigação de executar medidas direcionadas para a realização do direito à água (BARLOW, 2009).

Diante de todo o exposto, não obstante eventuais boas intenções relacionadas ao Projeto de Emenda Constitucional em comento, entende-se que a internacionalização do direito humano à água na modalidade de um direito social, vincula ainda mais o recurso hídrico ao Estado brasileiro que, pelos inúmeros motivos destacados nos capítulos anteriores, não está cumprindo com os primados afeitos a um Estado que, em tese, deveria trabalhar para diminuir a desigualdade econômico-social existente ou, pior, possibilita àquele cada vez mais transferir a propriedade das águas brasileiras ao mercado, com a sempre “justificativa injustificável” de que este traz a tão propalada eficiência à gestão dos mais diversos recursos existentes (naturais como a água ou artificiais, como o dinheiro).

Deve-se, portanto, iniciar agora os processos de luta destinados a formalização deste direito como individual e difuso, na forma prevista no tópico anterior, prevendo limites e vínculos ao Estado e ao mercado no que concerne ao recurso hídricos, bem como deixando-se clara a defesa do bem comum, que é a água, o que, em última análise, deve ser gerida e compartilhada pela própria sociedade civil composta por seus cidadãos e cidadãs.

4 CONCLUSÃO

Em decorrência do exposto em todo o trabalho, algumas conclusões podem ser tiradas a partir da leitura realizada de inúmeras obras que tratam acerca do Estado, da Constituição e sua respectiva a força normativa, e, em especial, do recurso hídricos potável (bem comum) e ao direito a ele correspondente.

Inicialmente, resta inequívoco reconhecer que as características relacionadas ao Estado Contemporâneo, marcadamente dominado pelo neoliberalismo, não propicia um ambiente favorável a materialização de direitos através da atuação estatal, proposta originalmente erigida pelo modelo de Estado Social cujo objetivo era o de, justamente, garantir igualdade material a partir da igualdade formal estabelecida nas constituições estatais e nos tratados de direito internacional.

Com efeito, a lógica mercadológica, que reduz a vida na Terra a uma fria análise de custos e à eficiência competitiva, domina (em sua maioria) o pensamento ocidental, pelo que a busca de alternativas ao que hoje se apresenta, ao menos sob o aspecto jurídico, demanda que aqueles que diuturnamente se esmeram em encontrar saídas aos milhões de seres humanos desfavorecidos econômica e socialmente possuam ferramentas eficazes no plano teórico para que, no prático, desempenhem um papel que potencialize a satisfação de direitos, ainda que esta seja contrária ao modelo neoliberal.

A propósito, na América Latina e especialmente no Brasil, as consequências (negativas) advindas da globalização neoliberal são, sem dúvida, mais sentidas pela população, particularidade que desnuda um cenário ainda mais traumático do que em outras partes do globo terrestre.

Neste aspecto, ainda que evidentemente sejam inúmeras as críticas ao projeto constitucional, muitas das quais foram apontadas durante esta dissertação, não parece uma atitude adequada a de simplesmente relegar as conquistas havidas pelo constitucionalismo, ainda que sob o aspecto formal, cujo escopo é o de garantir a todos e todas o direito subjetivo de reivindicarem uma vida digna.

A proposta aqui defendida é, portanto, um rígido sistema de limites e vínculos impostos a partir da Constituição, com as respectivas garantias nela própria encontradas. Evidentemente, pouco ou nada importará aquele sistema aos mal intencionados cuja maior expectativas de vida é o exercício puro e simples da

individualidade que leve ao acúmulo de bens materiais, porém será de grande valia aos que compreendem a dinâmica da vida em conformidade com a solidariedade que potencialize a redução das desigualdades.

Essa diretriz, defendida com veemência por Luigi Ferrajoli e traduzida naquilo que este denomina como pós positivismo fortalece as instituições democráticas na medida em que ampara de segurança aqueles que naquelas atuam (executivo, legislativo e judiciário), evitando que se possa dar azo a arbitrariedades que, num primeiro momento, podem significar o atingimento de anseios de determinada pessoa ou grupo de pessoas, mas, a médio e longo prazo, se revelam como perversas e perniciosas, visto que distantes do previsto na Carta da República. O que se vive atualmente no Brasil é um exemplo claro do que se está expondo.

Por outro lado, entende-se que a dissertação ora apresentada não deixou de apontar que o garantismo constitucional, através de sua formulação rígida, é uma das “faces da moeda”, que pode (deve) ser complementado pela conscientização e/ou sensibilização diária de que “direitos não caem do céu”, para usar uma certa expressão de Herrera Flores ao discorrer que minimizar ou esquecer que àqueles nada mais são do que resultados de lutas de grupos sociais oprimidos pode levar à equivocada conclusão de que os direitos (humanos) consagrados (e, assim, fundamentais) existem por si só e, desta feita, resolverão todos os problemas afeitos à dignidade humana.

Então, o combate pela formalização constitucionalizada deve vir acompanhado da batalha pela materialização. Mister se faz rememorar neste aspecto, que a teoria crítica utilizada durante todo o desenvolver do texto nunca menosprezou as conquistas jurídicas internacionais, através de tratados e convenções, no que concerne aos direitos humanos apenas considerando-as insuficientes, e que, uma vez atreladas a sensibilização e mobilização popular revestem-se de poderoso arsenal aos grupos sociais desfavorecidos, análise com a qual se concorda integralmente.

A propósito, é justamente com fundamento nesta concepção que se constrói a forma pela qual o direito humano à água, a partir do regular procedimento (sistema garantista) previsto na Constituição Federal de 1988, deve ser internalizado no arcabouço jurídico constitucional brasileiro.

Primeiramente, como não poderia deixar de ser, há que se estabelecer aquele direito, que indubitavelmente está ligado à vida no planeta, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, impondo-se, por conseguinte, um dever de proteção estatal no que concerne à esfera individual, ou, em outras palavras, não há exigência de prestações do Estado para sua plena satisfação, bastando que o cidadão ou a cidadã o reivindique, se for o caso, junto às instituições públicas, ocasião em que “entram em cena” os processos de luta destinados a materializar o direito formalmente consagrado.

Ademais, não menos importante, é o reconhecimento de que a natureza de bem comum, que necessariamente deve permear a compreensão acerca da água potável, tem o condão de promover uma modificação paradigmática havida na própria Constituição Federal de 1988 que, em princípio, trata àquela como bem afetado a determinado ente da federação.

Ora, já é passada a hora de construir um aparato conceitual que solidifique o entendimento de que União e Estados não possuem os recursos hídricos, podendo, quando muito, serem responsáveis por sua gestão e facilitação de acesso daqueles ao povo, tendo em vista ser a água um patrimônio nacional.

Esta diretriz alicerça, num primeiro momento, o estabelecimento de garantias que devam estar inseridas no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, principalmente no que concerne a impossibilidade de mercantilização e/ou privatização dos recursos hídricos (preocupação relevante, como demonstrado no terceiro capítulo), bem como fundamenta o rechaço ao Projeto de Emenda Constitucional n. 213/2012, de autoria da Deputada Federal Janete Rocha Pietá, a qual foi anexada a PEC n. 39/2007, de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos que, de forma equivocada, busca internalização do direito humano à água, no Brasil, como um direito social.

Não bastassem as inúmeras dificuldades apontadas neste trabalho acerca do papel ativo desempenhado pelo Estado brasileiro, que traria ainda maiores empecilhos teórico-fáticos afeitos a satisfação do direito humano à água, a consagração deste como um direito social abriria ainda mais possibilidades ao entende estatal (normalmente servil à vontade mercadológica) à privatização (expressa ou velada) dos recursos hídricos, algo que deve ser combatido com veemência.

Por fim, sabe-se que as sugestões/propostas de constitucionalização do direito humano à água não são (inclusive sob o aspecto redacional) imunes à críticas, tendo em vista a polêmica que permeia o assunto. Todavia, acredita-se que o principal objetivo foi atingido, qual seja, o de provocar o debate em torno de um bem comum essencial a dignidade da pessoa humana, princípio também consagrado na Constituição Federal de 1988 e tão longe de ser satisfeito na prática cotidiana.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Compiladores). **Agua: Um derecho humano fundamental**. Quito-Ecuador: Nadesha Montalvo Rueda, 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Atlas de Esgotos**. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em 13.04.2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Conjuntura**. Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/crisehidrica>. Acesso em 13.04.2018.

AGUDO, Pedro Arrojo [et al.]. **Lo público y lo privado en la gestión del agua: experiencias y reflexiones para el siglo XXI**. Guadarrama (Madrid) – España: Del oriente y del mediterráneo, 2005.

AGUILAR, Raquel Gutierrez. **Horizontes comunitario-populares: producción de lo común más allá de las políticas estado-céntricas**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2017.

AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. O Estatuto Jurídico das Águas no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 163-177, ago. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142015000200011>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ARANHA, Flora Augusta Varela. “**A dignidade humana e a atuação do estado na criação de sanções: uma análise a partir das bases da teoria da norma jurídica**”. MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). Dignidade da Pessoa Humana: estudos para além do Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BARIÉ, Cletus Gregor. **Bolivia y Ecuador: el buen vivir e los derechos de la naturaleza**. México: Centre for Latin American Research and Documentation-Universidad de Ámsterdam. 2014.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira**. Florianópolis: Sequência. Disponível em: Doi:10.5007/2177-7055.2010v31n61p171. Acesso em: 10 out. 2018.

BERCOVIC, Gilberto. **Soberania e Constituição**. 2 ed. São Paulo: QuatierLatin, 2013.

BLACK, Maggie. **El Secuestro del Agua: la mala gestión de los recursos hídricos**. Barcelona- España: Intermón Oxfam Editorial, 2005.

BARLOW, Maude. **Água – Pacto Azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2009.

BARREIRO, María Del Pilar Romero. **O Direito Humano à Água e Sua Positivização: Casos Brasil Colômbia**. Sorocaba: Repositório Institucional UNESP. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/151260>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BERNARDES, Márcio de Souza. **A (Re) Invenção Do Comum No Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Ecologia Política, Direito E Resistência Na América Latina**. 2017. 311f. Tese (Doutorado em direito) - Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/179910/348559.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr.2019.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014.

BOFF, Gabriela Bristot. **A questão energética em tempo de crise sistêmica: um estudo exploratório da revolução americana de gás de xisto**.194f. 2017. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/177884/346782.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15abr. 2019.

BOLLIER, David. **Los bienes comunes: un sector soslayado de la creación de riqueza**. In HELFRICH, Silke et al. **Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía**.S.l.: Fundacion Heinrich Böll, s.d.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 213/2012**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=558401>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 39/2007**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>. Acesso em: 24 fev. 2019

BRASIL. Unicef. **Para cada criança**, 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Atlas Esgotos: Despoluição das bacias hidrográficas**, 2017. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil: informe anual**. Brasília: Agência Nacional de Águas, 2018, 72p. Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/crisehidrica>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1101106 AgR/DF. – Distrito Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Órgão Julgador Segunda Turma. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 09 de agosto de 2018. Disponível em:

https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000703125&versao_gproc=5&crc_gproc=b5a77c4e&termosPesquisados=J2RpcmVpdG8gYWJzb2x1dG8nIHNdWRI. Acesso em: 09 janeiro 2019.

BRASIL. Senado Notícias. **Emenda Constitucional**. Brasília, DF: Senado, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-constitucional>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Trata Brasil Saneamento e Saúde**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br..> Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 495**, de 2017. Altera a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, para introduzir os mercados de água como instrumento destinado a promover alocação mais eficiente dos recursos hídricos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131906>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 39 de 2007**. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 213 de 212**. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 495, de 2017**. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131906>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BUITRÓN, Ricardo C. **Derecho Humano al agua em Ecuador**. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Compiladores). **Agua: Um derecho humano fundamental**. Quito-Ecuador: Nadesha Montalvo Rueda, 2010.

BRASIL. **Anais da Rio+20**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://rio20.net/pt-br/documentos/os-bens-comuns-modelo-de-gestao-dos-recursos-naturais/>. Acesso em: 08 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 213/2012**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=558401>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 39/2007**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>. Acesso em: 24 fev. 2019

BRASIL. Unicef. **Para cada criança**, 2019. Disponível em:

https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 24 fev. 2019.

BURGINSKI, Vanda Micheli. Neoliberalismo e neodesenvolvimentismo: expressões ideológicas do Estado neoliberal. **Revista Katálisis**, Tocantins, v. 21, n. 2, p. 406-415, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592018v21n2p406>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CADERMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBALL, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos.

Revista de Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>. Acesso em: 28 jul.2017.

CADERMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADERMARTORI, Sergio Urquhart. El Agua Como Un Derecho Fundamental Y El Derecho Al Agua Potable Como Um Derecho Humano Fundamental: Uma Propuesta Teórica De Políticas Públicas. **Jurídicas**, Manizales, n.1, v. 11, p. 117-137.

CALGARO, Cleide; COVATTI, Cláudio Luiz; FEDRIGO, Camila Paese. **Direito Fundamental à Água e o Constitucionalismo Latino-Americano**. Caxias do Sul: Educs, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos Humanos no Brasil: O passado e o futuro.

Revista USP, São Paulo, n. 43, p. 168-175, 1999. Disponível em:

<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i43p168-175>. Acesso em: 18 jan. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Advisory Opinion on the Legality of the Threator Use Of Nuclear Weapons**. Parecer consultivo de 08 de julho de 1996, ICKJ Reports 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/95>. Acesso em: 28 jan. 2019.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

DARDOT, Pierre, LAVAL, Christian. **Propriedade, apropriação social e instituição do comum**. (Trad. Naira Pinheiro dos Santos). S.l.: INDD, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v27n1/0103-2070-ts-27-01-00261.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

DA ROSA, Alexandre Moraes; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Os Direitos Fundamentais na Perspectiva de Custos e o Seu Rebaixamento à Categoria de Direitos Patrimoniais: Uma Leitura Crítica. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 07-23, 2009. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista/osdireitos.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2018.

DA ROSA, Alexandre Morais. *Constitucionalismo garantista: notas lógicas*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantía: la ley de más débil**. Madrid – España: Editorial Trotta S/A, 2004.

DUARTE, Felipe Pathé. O islamismo como ideologia política de carácter secular. **Relações Internacionais**, Lisboa, n. 45, p. 97-110, mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n45/n45a06.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli*. In: _____ (org.). **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid – España: Editorial Trotta S/A, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid – España: Editorial Trotta S/A, 2001.

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

FISCHER, Ricardo Santi. **Estado de Direito Garantista, Economia e Paz: O Papel Dos Direitos Fundamentais (Vitais)**. 2014. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ): Rio Grande do Sul, 2014.

FLEURY, Sônia. The Welfare State in Latin America: reform, innovation and fatigue. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 2, p. e00058116, 2017. Disponível em: doi: 10.1590/0102-311X00058116. Acesso em 20 ago. 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito das Águas: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade**, 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738. Acesso em: 13.06.2017.

FRACASSI, Maria Angélica Thiele; MÜLLER, Deise Margô; ROMEIRO, Solange Bianco Borges; SOUZA, Dalva Inês de. **Manual de Orientações Para Projetos de Pesquisa**. Novo Hamburgo: FESLCVC, 2013.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGO, Verónica. **La razón neoliberal**. Buenos Aires. Tinta Limóns, 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUEDES, Eder Maurício. **A Natureza Jurídica da Água**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44649/natureza-juridica-da-agua> Acesso em 12.04.2017.

HELFRICH, Silke et alii. **Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía**. S.l.: Fundación Heinrich Böll, s.d.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOWARD, Guy; BARTRAM, Jamie. **Domestic Water Quantity**, Service Level and Health. World Health Organization, 2003, p. 39. Disponível em: https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf?ua=1. Acesso em: 24 fev. 2019.

IBGE. **PNAD Contínua**: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017. Brasília: Estatísticas Sociais, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quase-metade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017>. Acesso em: 24 fev. 2019.

IRIGARAY, Micheli Capuano. **Privatização e Mercantilização da Água na América Latina: desafios da sustentabilidade e defesa do bem (de uso) comum “no” e “para” além do capitalismo**. 2016. 123f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/6407/IRIGARAY%2c%20MICHELI%20CAPUANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 abr. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial**: teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOBATO, Luísa Cruz; NEVES, Rafaela Teixeira. A Natureza Jurídica das Decisões da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança da ONU: A Coexistência Entre a Opinião Juris e o Jus Cogens. In: **Anais... XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=53>. Acesso em 29 jan. 2019.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONBIOT, George. **Bens comuns, antídoto ao Neoliberalismo**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos, 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/563941-bens-comuns-antidoto-ao-neoliberalismo>. Acesso em: 12 fev. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan; MOURA, Marcelo Oliveira de. **O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição**. Passo Fundo: Revista Brasileira de Direito, 2017, p. 177-195. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p177-195>. Acesso em: 25.10.2018.

MORAIS, José Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NETO, Alfredo Copetti. Dos Princípios Ilegítimos às Práticas Inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147-167.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil: **Ranking IDH Global 2014**. 2019. Disponível: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>. Acesso em: 16 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 64/292**. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&referer=/english/&Lang=S. Acesso em 19 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa da Década da Água da ONU- Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). **O Direito Humano à Água e Saneamento**. 18p. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: 24 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Água, saneamento e saúde**. 2019. Disponível em: https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/. Acesso em: 24 fev. 2019.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. Sevilla: Tecnos, 2011.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. **Derechos Humanos, Estado Derecho y Constitucion**. Sevilla: Tecnos, 2003.

PETRELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: argumentos para um contrato mundial**. 2.ed. Petrópoles: Vozes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

POLLIN, Robert. La lucha para derrotar al neoliberalismo global: La centralidad de las políticas sobre los mercados financieros en Ecuador y en otros lugares. In: GIRALDO, Pedro Chaves; CAMPO, Carlos Pietro del; GALLEGOS, René Ramírez (orgs.). **Crisis del capitalismo neoliberal, poder constituyente y democracia real**. Madrid: Taficantes de Sueños, 2013.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TEIXEIRA, Lucas Borges. Governo negocia privatização do Aquífero Guarani com multinacionais?. **UOL**, São Paulo, São Paulo, 22 mar. 2018. p. B1. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2018/03/22/governo-negocia-privatizacao-do-aquifero-guarani-com-multinacionais.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

TUNDISI, José Galizia. **Água no Século XXI: enfrentando a escassez**. São Carlos: RIMA, 2009.

United Nations World Water Assessment Programme – WWAP. Relatório mundial das Nações Unidas sobre desenvolvimento dos recursos hídricos 2018: soluções baseadas na natureza para a gestão da água. Paris, UNESCO, 2018. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261579_spa. Acesso em: 02 fev. 2019.

United Nations World Water Assessment Programme – WWAP. 10 Princípios do Fórum Cidadão. Disponível em: <http://8.worldwaterforum.org/pt-br/>. Acesso em: 03 fev. 2019.

United Nations World Water Assessment Programme – WWAP. Declaração Água e Espiritualidade. Disponível em: <http://8.worldwaterforum.org/pt-br/>. Acesso em: 03 fev. .2019.

VIEIRA, Fabrício dos Dantos. **Tutela jurisdicional civil ambiental e a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Caxias do Sul: Repositório da UCS. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/251> Acesso em 17.04.2018.

WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). **Relatório mundial das Nações Unidas sobre desenvolvimento dos recursos hídricos 2018: soluções baseadas na natureza para a gestão da água.** Paris, UNESCO, 2018. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261579_spa

WELZER, Harald. **A Guerra da Água:** por que mataremos e seremos mortos no século 21. São Paulo: Geração Editorial, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O Novo Direito à Água no Constitucionalismo da América Latina. **Revista Interthesis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 51-69, jun. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/1807-1384.2012v9n1p51>. Acesso em 19 abr. 2018.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 67, p. 165-198, dez. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p165> Acesso em: 20 fev.2018.