



ÁGUA COMO BEM COMUM: O RECONHECIMENTO DE UM DIREITO HUMANO WATER AS COMMON: THE RECOGNITION OF A HUMAN RIGHT

Micheli Capuano Irigaray¹
Clovis Gorczewski²

Resumo

O artigo analisa a água como um bem comum, e a necessidade de seu reconhecimento como um direito humano. Considerando-se que a água potável é um recurso cada vez mais escasso no planeta e levando-se em consideração aspectos sociais, políticos e ambientais quanto ao discurso hegemônico de sua apropriação, apresenta-se como problema de pesquisa: quais as possibilidades, no campo jurídico, do reconhecimento da água como um direito humano? No primeiro capítulo busca-se analisar o sentido e alcance, no campo jurídico, da água como bem (de uso) comum e sua dominialidade no ordenamento brasileiro, e no segundo a relevância do reconhecimento da água como um direito humano. Metodologicamente, adotou-se uma abordagem sistêmica, procedimento bibliográfico e técnica fichamentos. Verificando-se a necessidade de construção de uma nova ordem na gestão dos usos da água, no seu reconhecimento como um direito humano.

Palavras-Chaves: Água; Bem Comum; Direito Humano.

¹ Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pesquisadora integrante do Grupo de Estudos Constitucionalismo Contemporâneo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Bacharel em Direito, Especialização em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental, pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Advogada, Docente da Rede Pública Estadual – Curso Técnico em Contabilidade. E-mail: capgaray@brturbo.com.br

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1984), doutorado em Direito - Universidad de Burgos (2002), pós-doutorado pela Universidad de Sevilla (2007) e pela Universidad de La Laguna (2011). Atualmente é professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Sua atuação na pesquisa e ensino tem ênfase principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, cidadania, direitos fundamentais, constitucionalismo contemporâneo e políticas públicas. Possui larga experiência em gestão acadêmica, tendo sido chefe de departamento, coordenador de curso de graduação e especialização e pró-diretor. E-mail: clovisg@unisc.br



Abstract

The article analyzes water as a common good, and the need for its recognition as a human right. Considering that drinking water is an increasingly scarce resource on the planet and taking into account social, political and environmental aspects of the hegemonic discourse of its appropriation, it presents itself as a research problem: what are the possibilities in the field recognition of water as a human right? In the first chapter, the aim is to analyze the meaning and scope in the legal field of water as a common good (of use) and its dominance in the Brazilian order, and in the second, the relevance of the recognition of water as a human right. Methodologically, a systemic approach, bibliographical procedure and technical files were adopted. There is a need to construct a new order in the management of water uses, in its recognition as a human right.

Keywords: Water; Very common; Human Right.

Introdução

A preocupação com a água vem se destacando nas últimas décadas pelo crescimento populacional e pela utilização inadequada dos recursos hídricos em suas múltiplas finalidades. Nesse sentido, emerge a necessidade de uma reflexão quanto à preservação dos recursos hídricos exigindo do Direito e da Política uma forma de proteção, de tutela jurídica, capaz de garantir o acesso à água e às necessidades vitais às presentes e futuras gerações.

A relevância dessas preocupações referentes à água, nos aspectos de quantidade, qualidade, e dos riscos pela sua utilização inadequada, assim como pelo esgotamento dos recursos hídricos por poluição, resultou na intervenção da Organização das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos da Água, elencando princípios para preservação dos recursos hídricos.

O reconhecimento do direito à água como direito fundamental nos tratados internacionais abre novas perspectivas sociojurídicas, de responsabilidades para os atores que atuam na política de desenvolvimento sustentável e na proteção dos recursos hídricos, como ferramentas e mecanismos adequados e capazes de traduzir tais normativas em possibilidades concretas de planejamento e de proteção na



obrigação de executar medidas direcionadas para a efetivação do direito de acesso à água e ao saneamento básico.

Nesse sentido a preocupação com a preservação dos recursos hídricos, exige do Direito uma forma de proteção, de tutela jurídica, capaz de garantir o acesso à água e as necessidades vitais às presentes e futuras gerações.

Observa-se a necessidade da construção de um novo modelo de gerenciamento dos recursos hídricos, com a implementação de políticas públicas sustentáveis e pautadas no reconhecimento do direito de acesso à água como um bem (de uso) comum e um direito humano.

1 Água como Bem (de uso) Comum no Cenário Internacional e sua Dominialidade no ordenamento Brasileiro

No reconhecimento da água como um bem (de uso) comum pode-se traçar um olhar desde Tales de Mileto, definindo a água como a *arché* de todas as coisas; ou, ainda, de Empédocles, na sua teoria dos quatro elementos, ao considerar a água, em todas as suas diferentes manifestações, como bem comum e um direito humano intransponível.

A água, como um bem comum e um direito humano intransponível, para além de uma mera necessidade, elenca o rol dos recursos naturais como obras que não são do homem, bens passados como herança de gerações a gerações, e, portanto, não deveriam ser de propriedade de ninguém, sendo as comunidades apenas usufrutuárias e o Estado seu guardião.

Essa condição essencialista da água a eleva a condição de um bem (de uso) comum, por representar uma necessidade vital e essencial à humanidade, enquadrando-se como bem ou serviço ao qual que todos deveriam ter acesso, assim como um direito humano.

A origem jurídica de “bens comuns”, parte de um conceito de “coisas comuns” (*res communes*)³ do Direito Romano, compreendidas como o ar, a água corrente, o mar e suas margens, não podendo ser confundida com “*res nullius*”, coisas sem dono.

³ *Res communes omnium* “são bens insuscetíveis de apropriação, os que pertencem a todos. Ex.: ar, a água corrente, a luz do sol”. Assim menciona Cezar Fiúza, que *res communes* são “bens inapropriáveis pelo indivíduo, mas de fruição geral (...) podem ser enquadrados na classe dos bens de uso comum do povo”. (AMARAL, 2006, 336)



Tal distinção fundamenta-se pelo caráter das coisas comuns de serem inapropriáveis, enquanto os bens sem dono são passíveis de apropriação. (DARDOT; LAVAL, 2014).

Outra denominação utilizada é a dos “bens públicos globais”, se enquadram os bens que se encontram fora dos Estados, além de suas fronteiras e limites territoriais, como os oceanos, os quais já existiam antes de qualquer atividade humana e são regidos por regulamentações internacionais, compondo um quadro de relações multilaterais e de envergadura planetários, correspondendo assim aos denominados bens públicos globais, pois criam um quadro regulamentar comum, sendo considerados de grande importância em razão do crescimento das atividades econômicas internacionais e da globalização da tecnologia e das comunicações. (KAUL, 2010, p. 3)

No final da década de 1960, Garrett Hardin publicou um artigo sobre os bens comuns, intitulado a Tragédia dos Comuns – no qual fez considerações referentes aos fatores derivados da atividade humana como sendo os responsáveis pela utilização indevida dos bens comuns, como o crescimento da população, consumo excessivo dos recursos naturais e a forma de exploração dos mesmos recursos.

Elinor Ostrom (2011) ganhadora do Prêmio Nobel de Economia, destacou-se como cientista política ao desconstruir empiricamente os pressupostos etnocêntricos da obra de Garrett Hardin, que havia formulado a questão ambiental como resultante da sobreutilização de toda base de recursos que estivesse aberta ao uso livre de uma coletividade. Hardin supunha que o homem encarnaria por natureza a figura do chamado “individualista possessivo”, imaginado pelo liberalismo clássico como proprietário de si, de seu corpo e de suas ideias, incapaz, portanto, de mover-se por qualquer valor que não o de seu interesse privado, atribuindo, assim, direitos de propriedade aos recursos ambientais antes abertos ao uso comum.

Nesse diapasão, elenca-se, ainda a denominação de “bens públicos mundiais” que conforme Saldanha apud Delmas-Marty representa:

... a expressão “bens públicos mundiais” tem origem na linguagem adotada pelo PNUD e pelo Banco Mundial no início do milênio em curso, inicialmente com origem econômica, mas que resultou de profundos trabalhos e pesquisas realizados ao longo da última década do Século XX, com vistas a transformar o conceito de desenvolvimento em algo mais comprometido com a ideia mesma de qualidade de vida. Relaciona-se à busca de uma resposta à globalização pela via de uma solidariedade transnacional e transtemporal, cuja “melhor” gestão depende do



fornecimento – e consideração – desses bens públicos mundiais. (DELMAS-MATY, 2010, 207)

Verifica-se que o conceito de bens comuns vem atravessando profundas mudanças ao longo do tempo, sendo utilizado como denominação de bens e serviços aos quais todos os seres humanos deveriam ter acesso, como água, energia, saúde, educação, alimentos e espaços públicos, entre outros, e, muitos dos quais que também são considerados – direitos humanos, tratando-se de bens e serviços de propriedade e gestão pública do Estado.

O Relatório do Desenvolvimento Humano da ONU (2013) – “Governança e parceria para uma nova era”, apresenta uma nova visão global dos bens públicos, abordando o mundo em mutação e com implicações profundas no fornecimento desses bens, como o ar puro, a água e outros recursos comuns, que o mercado, por si só, não consegue produzir ou distribuir de modo suficiente ou de modo algum. E o Relatório do Desenvolvimento humano da ONU (2014) – “Sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência” refere-se à perspectiva de facilitar o provisionamento de “bens públicos globais” pelo fato desses bens serem bens de valor social, e com grande capacidade de reduzir a vulnerabilidade, sendo que, à medida que a interdependência cresce e se aprofunda no mundo, a vulnerabilidade decorrente da escassez de bens públicos globais torna-se mais manifesta.

Com relação à denominação sobre o direito de água, observa-se a distinção entre as expressões “Direito de Águas” e “Direito das Águas”, embora sejam elas, em geral, empregadas indistintamente, salienta-se que tal confusão surgiu com a Declaração Universal dos Direitos da Água⁴, na qual esta é colocada na posição de “sujeito do direito”. Sendo assim, o termo mais apropriado é a expressão “Direito de Água”, perante o qual as águas ocupariam uma posição de objeto, como efetivamente são tratadas na legislação brasileira. (POMPEU, 2008, p. 2)

⁴ ONU. **Declaração universal dos direitos da água.** Rio de Janeiro, 22 mar. 1992. Foi proclamada tendo como objetivo atingir todos os indivíduos, todos os povos e todas as nações, para que todos os homens, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, através da educação e do ensino, em desenvolver o respeito aos direitos e obrigações anunciados e assumam, com medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e sua aplicação efetiva. **Art. 1º - A água faz parte do patrimônio do planeta.** Disponível (ONU, 2016)



Ainda sob uma perspectiva doutrinária do direito de água, refere-se a sua abordagem como um bem (de uso) comum, tendo como exemplo o curso de água internacional, um recurso natural comum – representando a *res communis*. Relacionando-se ao contexto de bem de (uso) comum, destaca-se a necessidade da participação das comunidades na gestão das águas dos rios, como coisas comuns, na medida em que essas águas não estão destinadas a ficar somente num determinado espaço territorial, mas se movimentam em seu curso natural, transitando por diversos espaços geográficos e apresentando características de serem comuns, sendo assim na propriedade coletiva o traço marcante não é a propriedade da coisa, mas a fruição dos serviços que a coisa presta ao ser utilizada de forma conveniente. (MACHADO, 2009, p. 69) O direito de propriedade relativamente aos recursos hídricos, vem se modificando, atingindo proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água, os quais passaram à condição de meros detentores dos direitos de uso dos recursos hídricos, mesmo que obtenham a necessária outorga prevista em lei.

Quanto ao sentido e alcance da água⁵ como bem (de uso) comum, optou-se por um recorte sobre a dominialidade da água na Constituições e principais legislações infraconstitucionais do Brasil, pelo contexto geopolítico de privatização e mercantilização da água, assim como pela atuação de forças de resistências (movimentos sociais) contra esse domínio econômico dos recursos hídricos⁶.

No período colonial brasileiro, o regime jurídico das águas doces já era vinculado a usos econômicos, centrando-se na questão da propriedade, tanto da terra quanto de fontes d'água ou de instalações de derivação. A mudança de paradigma normativo foi introduzida pelo Código de Águas de 1934, ao considerar, pela primeira vez no País, os lagos e quaisquer correntes d'água em terrenos de seu

⁵ A água pode ser encontrada em nosso planeta nos estados físico, sólido, gasoso e líquido, sendo estes também os três estágios da água no chamado – ciclo hidrológico –, princípio unificador tradicional de todos os processos naturais referentes a ela. De todos os estados físicos em que a água é encontrada na Terra, o objeto do presente estudo será quanto ao seu estado líquido, por ser neste que ela integra não só a satisfação da imensa maioria das necessidades biológicas dos animais e vegetais como também os processos produtivos humanos, usos dos quais o Direito disciplina. (AMORIM, 2015. p. 6-7)

⁶ A água, considerada como recurso natural, muitas vezes confunde-se com o instituto recurso hídrico; porém, estes são diferentes mas não se excluem mas se completam. A água é um bem ambiental necessário à vida de todos os seres. É o gênero. Recurso hídrico nada mais é que a água a partir do momento em que passa a ser valorada economicamente. Destarte, a água seria o gênero, o recurso natural considerado de *per se*, como bem fundamental à vida. O recurso hídrico surge quando a água passa a ter valor não só vital mas econômico, de forma a ser necessária para, além das necessidades fisiológicas do homem, o desenvolvimento sociopolítico-econômico da sociedade. (AMORIM, 2015. p. 277-278)



domínio ou que banhassem mais de um Estado ou ainda fizessem fronteira com país estrangeiro ou se estendessem a território deste, como bens da União.

(AMORIM, 2015. p. 232)

O Brasil tem passado por reformas neoliberais relativas ao regime jurídico e ao tratamento da água, destacando-se que ainda não possui o reconhecimento legal e jurídico expresso do direito fundamental de acesso à água e ao saneamento. Na Constituição Federal Brasileira de 1988, as águas são consideradas de domínio público, pertencentes aos entes da Federação, conforme artigo 20, III, artigo 26, I e artigo 225, dispondo sobre o regime de sua dominialidade. (AYALA, 2007, p. 295)

Observa-se que o regime de dominialidade pública do ordenamento constitucional brasileiro (art. 225, caput) veda a possibilidade de que a água seja objeto de relações de apropriação exclusiva por parte dos próprios entes federados, sendo estes vinculados à condição de responsáveis, interessados e guardiões institucionais do bem de interesse público, que é afeto, originariamente, a toda a coletividade; sendo assim, o poder público e a coletividade são responsáveis pela defesa de todas as qualidades e de todos os valores desse bem ambiental (água) para as presentes e futuras gerações.

O regime jurídico das águas internas sofreu transformação com a promulgação da Lei 9.433, de 8.1.1997, que regulamentou o art. 21, XIX, da CF, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos e criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, passando a considerar a água um bem de domínio público, recurso natural limitado e dotado de valor econômico. (BRASIL, 2016)

Até a promulgação da referida Lei, a água era considerada uma dádiva da natureza, disponível a qualquer um, e as tarifas pagas pelos usuários (indústria, comércio, serviços e residências) cobriam apenas os custos de captação, tratamento, distribuição e disposição da água que, a rigor, era gratuita. A partir da promulgação do citado diploma legal, o uso da água para qualquer fim (salvo para os aproveitamentos considerados insignificantes) fica sujeito à outorga onerosa pelo Poder Público, conforme disposto nos seus artigos 12 e 19.

A referência ao valor econômico da água, nos termos do artigo 1º, I e II da Lei 9.433 de 1997, significa que o usuário deve pagar para utilização da água como, por exemplo, pelos serviços de captação e tratamento da água. Nesse contexto, Portanova e Corte (2013. p. 2) alertam para a discussão da mercantilização das



águas, observando que esse debate ganhou força no século XXI, quando se aventou sobre a possibilidade de sua equiparação a uma *commodity*. Pela controvérsia do tema, a água passou a ser chamada de “ouro azul”, destacando que o mercado das águas não se refere apenas à exploração da água mineral, mas também à água tratada no que tange ao seu modelo de gerenciamento (abastecimento, saneamento, irrigação, geração de energia, entre outros), como elencado na legislação supracitada.

A Lei nº 9.433/97 propiciou uma perigosa lacuna jurídica ao afirmar que a água é dotada de valor econômico, sem mencionar tratar-se de um bem comum ou de um bem (de uso) do povo, podendo vetar a utilização pretendida ou permiti-la através da concessão de autorização ou de outorga, possibilitando que os recursos hídricos sejam administrados pelo Estado-Gestor em condições desiguais, impondo-se uma fiscalização criteriosa do Poder Público, como forma de evitar a concessão de privilégios e da prevalência de interesses privados de determinados grupos em detrimento do restante da coletividade. (AMORIM, 2015, p. 314)

Quanto ao gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil, a Lei 9.984, de 17.7.2000, criou a Agência Nacional de Águas – ANA, sob a forma de autarquia em regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A ANA é uma agência reguladora, com a finalidade principal de supervisionar, controlar e avaliar as atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos e disciplinar, em caráter normativo, a implementação e operacionalização da política nacional sobre a matéria. (MEIRELLES, ALEIXO, 2014. p. 640-641)

2 Relevância do reconhecimento da Água como um Direito Humano

Utilizar o termo Direitos Humanos, significa fazer uma referência a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, tanto por serem garantidos por normas superiores, como por serem direitos inerentes ao ser humano, no sentido de que não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da sua própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca, e são fundamentais porque sem eles o homem não é capaz de



existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida são ainda universais, porque podem ser exigíveis de qualquer autoridade política em qualquer lugar, representando condições mínimas necessárias para uma vida digna. (GORCZEWSKI, 2005, p. 17)

A água apresenta-se como um elemento vital correspondente aos requisitos de um Direito Humano, necessária para o desenvolvimento humano em suas múltiplas finalidades, está intrinsecamente ligada a existência de vida humana, vida de todos os ecossistemas do planeta, fazendo parte da própria natureza do homem e sua dignidade.

O reconhecimento da água como um direito humano fundamental, bem (de uso) comum, tem avançado na pauta das Conferências Internacionais sobre a Água e suas inserções no contexto geopolítico. Dentre os principais instrumentos jurídicos internacionais que disciplinam o reconhecimento do acesso à água como direito fundamental, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, que tratou da necessidade de proteção da água como um recurso natural:

Princípio 2 - Os recursos naturais da terra, incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento (BRASIL, 2012)

A Conferência das Nações Unidas sobre a Água, de 1977, realizada em Mar del Plata, na Argentina, dedicou-se à discussão dos problemas emergentes sobre os recursos hídricos, resultando no Plano de Ação de Mar del Plata, que trata de questões como a eficiência na utilização da água, a saúde ambiental e o controle da poluição e a cooperação regional e internacional. A presente legislação internacional trata ainda do reconhecimento dos fundos marinhos e oceânicos e do seu subsolo para além dos limites de jurisdição nacional, como patrimônio comum da humanidade. (ONU, 1982)

Outro resultado da Conferência de Mar Del Plata diz respeito ao lançamento da Década Internacional do Abastecimento de Água Potável e do Esgotamento Sanitário – período compreendido entre 1981 e 1990 – em decorrência da relevância do tema e da grande preocupação quanto ao gerenciamento dos recursos hídricos, cuja declaração é significativa: “todos os povos, independentemente de seu estágio de



desenvolvimento e das suas condições sociais e econômicas, têm o direito de acesso à água potável em quantidade e qualidade equivalentes às suas necessidades básicas”. (BULTO, 2015, p. 42)

O enfrentamento desse tema gerou, pela primeira vez, o reconhecimento do direito das pessoas à água, promovendo o tema de forma relevante no cenário internacional, como a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em 1992, em Dublin, Irlanda, que reiterou a necessidade do reconhecimento do direito à água, mas a um preço acessível, representando, em âmbito global, uma das grandes preocupações na construção da possibilidade de uma comunidade mundial de valores, de proteção dos bens (de uso) comum, como fica evidenciado em seu princípio nº 1:

A água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente. Já que a água sustenta a vida, o gerenciamento efetivo dos recursos hídricos demanda uma abordagem holística, ligando desenvolvimento social com o econômico e proteção dos ecossistemas naturais. Gerenciamento efetivo liga os usos da terra aos da água nas áreas de drenagem ou aquífero de águas subterrâneas. (ANA, 2015)

Sob o amparo desses princípios, a Conferência de Dublin foi preparatória para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, Brasil, em junho de 1992, incluindo no Programa de Ação pelo Desenvolvimento Sustentável da Agenda 21, que, em seu capítulo 18, sobre os recursos de água doce, endossa a Resolução II da Conferência sobre Água de Mar del Plata, sendo que tais princípios também foram ratificados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1999, em uma resolução sobre o direito ao desenvolvimento, reafirmando que “os direitos à alimentação e água limpa são direitos humanos fundamentais e sua promoção constitui um imperativo moral, tanto para os governos nacionais como para a comunidade internacional”. (BULTO, 2015, p. 43)

O reconhecimento explícito da água e do saneamento como direitos humanos ocorreu em 2010, através da Assembleia Geral da ONU – Resolução nº A/RES/64/292 –, e do Conselho de Direitos Humanos da ONU, representando também uma base jurídica internacional do direito humano à água no Pacto Internacional pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: (ALBURQUERQUE, 2015, p. 16)



Reconhece que o direito a água potável e o saneamento é um direito humano essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos. Chamando os Estados e as organizações internacionais para que proporcionem recursos financeiros e apoiem o aumento da capacidade e da transferência de tecnologia por meio de assistência e de cooperação internacionais, em particular para os países em desenvolvimento, a fim de intensificar os esforços para proporcionar a população um acesso econômico a água potável e ao saneamento. (ONU, 2016)

Bulto (2015, p. 47-48) destaca que o direito à água como um direito jurídico não é novidade, observando-se pela análise das normas do direito internacional ambiental e do direito internacional da água, e confirmado no CG (Comentário Geral) nº-15/ CESC (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais-ONU), que o “direito humano à água” – é um direito jurídico, autônomo em si mesmo, e não meramente um direito derivativo, que deveria ser protegido devido à sua utilidade como uma precondição ou elemento de direitos relacionados, como o direito à saúde e a um padrão de vida adequado, devendo ser traduzido em realidade.

Nesse contexto, para que cada país membro desenvolva ferramentas e mecanismos adequados que sejam capazes de traduzir tais normativas em possibilidades concretas de reconhecimento da água como direito humano, deve ser exigido um Plano Nacional de Ação para a Realização do Direito à Água e ao Saneamento, em um processo de planejamento de políticas públicas que sejam capazes de gerar respeito, proteção e obrigação de executar medidas direcionadas para a realização do direito à água.

Sob o amparo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Observação Geral nº 15/2002 –, Pes (2016, p. 3) observa a possibilidade de aplicação do reconhecimento do direito de água como um direito fundamental por interpretação de cláusula aberta⁷, reconhecendo, desta forma, o direito de acesso à água tratada como direito fundamental, de acordo com artigo 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem

⁷ A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, nos termos da atual Constituição Brasileira, admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não enumerados). Assim, com a adoção da “cláusula aberta”, também denominada de “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais”, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos, bastando estar consagrados em lei ou regras (inclusive de costume) nacionais ou internacionais reconhecidas pelo Estado brasileiro. PES, João Hélio. ROSA; Taís Hemann da. Op. cit. p. 3.



outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com esse reconhecimento, a água vem se destacando no centro das discussões geopolíticas, sendo matéria de destaque nos relatórios da ONU sobre recursos hídricos, como observa-se pelos Relatórios da ONU – Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos de 2015 – Águas para um mundo sustentável – elenca que a água está no centro do desenvolvimento sustentável, desde a segurança alimentar e energética até os aspectos relacionados à saúde humana e ambiental, contribuindo para o bem-estar e o crescimento inclusivo; e o Relatório de 2016 – Água e emprego – alerta para a gestão insustentável dos recursos hídricos e outros recursos naturais como também para os graves danos às economias e à sociedade, visando à criação de empregos e desenvolvimento.

No contexto geopolítico, o período de 2005-2015 foi declarado como a Década Internacional para a Ação: a água, fonte de vida, iniciado em 22 de março de 2005, com o objetivo de reduzir à metade, até 2015, a porcentagem de pessoas sem acesso à água potável ou que não pudessem custeá-la. (POMPEU, 2006, p. 35-36)

Na América Latina, várias organizações se reuniram para viabilizar informações e experiências sobre a defesa do direito de água, analisando fatores de conservação e de sustentabilidade dos sistemas hídricos, além de identificar estratégias e mecanismos de gestão ambiental. Em julho de 1998, foi formulada a Declaração Centroamericana del Agua (Declaração Latino-americana del Agua), servindo de fundamento para a criação do Tribunal Latino-americano da Água, a partir do reconhecimento da mesma como elemento vital e de acesso a ela como componente essencial de direito fundamental à vida. (GARCÍA, 2008, p. 229)

A água como “patrimônio comum” teve seu reconhecimento pelo Tribunal Latino-americano da Água: “Artigo Terceiro: a água de uma região, como patrimônio comum das presentes e futuras gerações da América Latina, elenca o dever de sua conservação, obrigação compartilhada dos Estados, da coletividade e dos cidadãos”. (TRIBUNAL LATINOAMERICANO DA ÁGUA, 2016)

Mesmo com tal reconhecimento no cenário internacional, a crise mundial se agrava pela falta de um gerenciamento adequado dos recursos hídricos, como alerta Irigaray (2003, p.3), para os modelos de gestão que estão sendo experimentados, passando pela definição de dominialidade da água, dos direitos de acesso e da



natureza da administração (pública ou privada), ressaltando a natureza da água como única em todo planeta, um bem de uso comum essencial à vida, sendo que sua forma de gestão é que ainda está distante de ser consensuada pelo poder e grande interesse que ainda imperam, de organismos financeiros multilaterais (FMI, Banco Mundial), que apontam no sentido de uma gestão econômica da água, acirrando conflitos pelo uso e agravando o quadro de exclusão no acesso.

No repensar as perspectivas de implementação de políticas públicas de acesso água potável, partindo-se de seu reconhecimento como um direito humano fundamental, observa-se que essa perspectiva deve ir para além de uma abordagem sequencial, de concepções cognitivas, inerente a complexidade própria ao objeto “política pública”. (MULLER , SUREL , 2002) Ou ainda na contribuição de Morin de uma proposta de complexidade para religar conhecimentos, como uma nova postura do sujeito diante da dinâmica dos sistemas vivos planetários, tendo como principais desafios “realidades” e “problemas” cada vez mais polidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais, planetários, repensando assim o pensamento, para solidarizar conhecimentos separados, para uma aprendizagem cidadã: comunidade/sociedade, em contribuição com o pensar a análise de políticas públicas.

Esse contexto necessita de uma visão mais acurada sobre a ação governamental, que contemple os esquemas sequenciais de elaboração, planejamento e implementação das políticas públicas, vincula-se a uma aplicação processual e procedimental da política e da gestão pública que renove e aprofunde a questão da democracia, vista não somente como um regime político, mas social, de acesso de todos a um direito pluralista.

O reconhecimento da água como um direito humano fundamental perpassa fundamentalmente pela análise de políticas públicas que definam como programas de ação governamental, podem ser propostos, como elemento processual estruturante – de um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados. (BUCCI, 2013, p.109)

Esse processo de estruturação e desenvolvimento é jurídico, de matriz cognitiva, com seus elementos teóricos e noções explicativas, para compressão dos demais processos institucionais que resultam nas políticas públicas. Em termos



esquemáticos, se aplicas ao universo das política públicas, essa chave permitiria identificar posições ou situações jurídicas “fortes” e “fracas”. (BUCCI, 2013, p.116)

Tendo como fio condutor da reflexão entre política e o governo, a como força originaria, que se exterioriza no governo, e sua forma institucionalizada pelo direito, que se reconhece no Estado, com suas estruturas e funcionalidades, visando compreender de que modo as formas jurídicas da ação governamental influem, catalisando os anseios e forças da sociedade em direção ao desenvolvimento, na perspectiva de técnica jurídica que pode contribuir para gerar ou mover o poder na sociedade. (BUCCI, 2013, p. 36-37)

Considerando as relações entre política e direito, é fato que há uma distinção qualitativa se tomarmos política “dura” – no sentido clássico que compreende a chegada ao poder e os modos de seu exercício, ou a política “soft” – de atuação do poder sem o uso direto e imediato da força, mas pela predominância dos mecanismos de exercício de influencias, engendrados sob uma infiltração mais “fina” da política nas estruturas reconhecíveis pelo olhar jurídico. (BUCCI, 2013, p. 39)

Assim para uma nova perspectiva de reconhecimento da água como um direito humano fundamental deve-se observar também o seu reconhecimento como um bem comum, nas bases uma relação de compartilhamento, de gestão cooperativa, de acordo com o paradigma colaborativo nas políticas públicas, em uma perspectiva de viabilidade, requer uma transformação no Estado, na sociedade civil e no mercado, visto que as políticas públicas necessitam da interação de múltiplos agentes públicos, privados e sociais.

Conclusão

Estando as políticas públicas vinculadas à ação do Estado, entende-se, a priori, que a quebra dos deveres Estatais por parte dos governantes pela ineficiência na gestão de inclusão e acesso do direito à água, traz uma motivação para a participação da comunidade no controle social. Contudo, analisando-se a possibilidade de uma nova perspectiva na implementação de políticas públicas de acesso à água, seria possível alteração do atual modelo centralizador, para construção de uma nova base de políticas públicas através da cooperação, como uma nova perspectiva de inclusão



social, favorecendo o fortalecimento de políticas públicas para o direito à água como direito humano fundamental.

A água considerada como mercadoria apresenta repercussão nas normas de direito internacional econômico, relacionando-se a questões denominadas como “crise hídrica mundial” e a disparidade de distribuição de água no mundo. Esses elementos conduzem a oportunidades mercadológicas que ocorrem atualmente em função de mudança de paradigma em relação à importância dada à gestão hidrológica e à disponibilidade de recursos hídricos, elementos norteadores de uma “reavaliação econômica da água”, combinada com o avanço nas tecnologias de transferência hídrica em larga escala.

Para uma possível mudança de paradigma questiona-se como deve ser a participação dos cidadãos nessa tomada de decisão, quais as perspectivas de uma nova ordem democrática, quanto ao comportamento político, democracia e participação. A partir dessa nova perspectiva institucional, o reconhecimento da água como direito humano fundamental deve ser estabelecidos novos critérios para a gestão dos recursos hídricos em harmonia com a natureza, ultrapassando a visão mercantilista e de apropriação da água.

Essa abordagem apresenta-se como um diálogo intercultural, em defesa dos direitos humanos, pelos princípios basilares de relação com a água, como direito humano protegido pelas políticas públicas, enquanto bem nacional estratégico, buscando construir uma governança democrática e amparada nos princípios de sustentabilidade ambiental, tornando-se um novo paradigma do direito, refletindo-se no atual contexto social, como um novo olhar, uma perspectiva em substituição aos governos militares nos países latino-americanos, de uma nova teoria de organização do Estado.

Referências

ALBURQUERQUE, Catarina de. Prefácio. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (Eds.). *O Direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 05 abr.2016.



AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. Disponível em: <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 13 abr. 2016.

AMORIM, João Alberto Alves. *Direito das águas: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ANA. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). Disponível em <<http://www.ana.gov.br/>>. Acesso em 27 dez.2015.

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 295.

BRASIL. *Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997*: institui a política nacional de recursos hídricos, cria o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da constituição federal e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos (SRH) do Ministério do Meio Ambiente (MMA), 1997. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 07 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000*: dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA- entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 9 mai.2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente Humano*, realizada em Estocolmo, em 1972. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2012/01/acordos-globais>>. Acesso em: 23 abr.2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente Humano*, realizada em Estocolmo, em 1972. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2012/01/acordos-globais>>. Acesso em: 23 abr.2016.

BUCCI, Maria P. D. (org.) *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*, Boitempo, 2016.

GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Prólogo de Miloon Kothari. Madrid: Trotta, S.A, 2008.



GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*, Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HARDIN, Garrett. A tragédia dos comuns (The tragedy of commons). *Science*. 1968. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/71139878/A-tragedia-dos-comuns#scribd>>. Acesso em: 29 dez.2015.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu. Água: um direito fundamental ou uma mercadoria? In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental: direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

KAUL, Inge. *Bens públicos globais, um conceito revolucionário*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/>>. Acesso em: 01 dez.2015.

KAUL, Inge. Global Public Goods and Responsible Sovereignty. *The Broker*, Issue 20, Special Report, julho 2010.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *A análise das políticas públicas*. Pelotas: Educat, 2002.

ONU. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013*. Governança e parcerias para uma nova era. p. 110. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2015.

ONU. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2014: sustentar o progresso humano; reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência*. p. 9. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Recepcionada na legislação Brasileira através do Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

ONU. *Declaração universal dos direitos da água*. Rio de Janeiro, 22 mar. 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 08 abr.2016.

ONU. Assembleia Geral. A/RES/64/292. *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Resolução aprovada em 28 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 03 mai.2016.

PES, João Hélio. ROSA; Taís Hemann da. *Análise jurisprudencial da negação do direito de acesso à água tratada*. Disponível em: <<http://www.esdm.com.br/include>>. Acesso em 5 mai.2016. p. 3.

Tribunal Latinoamericano da Água. Disponível em: <<http://tragua.com/>>. Acesso em 04 jan. 2016.

