



O DIREITO HUMANO À ÁGUA COMO NÚCLEO DO INTERESSE PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

*Clóvis Gorczewski*¹

*Elisângela Furian Fratton*²

RESUMO - O presente artigo versa sobre a primazia do interesse público sobre o privado num Estado Democrático de Direito e como o direito humano a água representa o interesse da coletividade na concretização dos direitos fundamentais. A indeterminação conceitual de serviços públicos é observado pela matriz pragmático-sistêmica e o problema de sua definição consiste na impossibilidade do positivismo definir satisfatoriamente serviço público. A hipótese de que novos direitos como o direito fundamental à água possa ser reconhecido pela Constituição Federal de 1988 devido a abertura do sistema.

Palavras Chaves – Direito Administrativo. Interesse público. Serviço Público. Direitos Humanos. Direito humano à água

ABSTRACT - This article focuses on the primacy of public interest over private in a democratic state of law and the human right to water is the interest of the community in the implementation of fundamental rights. The conceptual indeterminacy of public services is seen by the pragmatic-systemic matrix and its definition of the problem is the impossibility of positivism satisfactorily define public service. The hypothesis that new rights as the fundamental right to water can be recognized by the Constitution of 1988 due to the openness of the system.

This article aims to

KEY WORDS: Administrative Law. Public interest. Public Service. Human Rights. Human right to water

1 INTRODUÇÃO

O princípio do interesse público constitui a base fundamental do Estado Social e Democrático de Direito. Celso Antônio Bandeira de Mello foi o precursor da primazia do interesse público como princípio jurídico no Brasil.

A indeterminação conceitual de interesse público se prolonga ao longo da história e se transforma à medida que avançam os Estados Democráticos e as

¹Pós-Doutor pela Universidade de Sevilla e Doutor pela Universidade de Burgos. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Disciplina: Direitos Humanos. Advogado. Email: clovisg@unisc.br

²Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC-Brasil; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho –UMINHO- Portugal. Advogada. Endereço eletrônico: elisff@gmail.com.

sociedades plurais. Mas tal flexibilidade não exclui o significado e a compreensão do seu conteúdo.

O conteúdo do interesse público admitido na Constituição de 1988 constitui a predominância do interesse público sobre o privado, que representa a submissão ao regime dos direitos fundamentais estabelecidos no Estado Social e Democrático de Direito.

Observa-se também a questão do conceito de serviço público em suas distintas dimensões, pois em virtude de sua complexidade, é tema debatido na doutrina e jurisprudência. Os critérios para definição do conceito são amplos, podendo ser compreendidos como um tipo de programa do sistema, ou inserido na legislação ou na comunicação.

O problema abordado neste trabalho parte de uma reflexão acerca de um novo direito a ser concretizado, o direito humano à água como realização dos direitos fundamentais. Trata-se pois, de analisar a possibilidade da internalização desse direito em função da abertura do sistema previsto no art. 5º, § 3º da CF/88 e por ser núcleo do interesse público contemporâneo.

Justifica-se portanto este trabalho na fundamentação social de como o Direito deve considerar a água como um direito humano fundamental visto os problemas de desigualdades sociais, pobreza, e ineficiência de gestão dos serviços públicos que colocam em risco a dignidade da pessoa humana.

Assim, objetiva-se demonstrar que a água constitui o núcleo do interesse público contemporâneo e sua concretização depende da sua positivação na Carta Magna e na promoção de políticas públicas eficientes e educativas.

2 O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO COMO ALICERCE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, foi Celso Antônio Bandeira de Melo que identificou a supremacia do interesse público como princípio jurídico. A doutrina e a jurisprudência brasileira acolheram esse preceito de fundamentação teórica, política e normativa: “foi afirmada como norma jurídica norteadora do regime jurídico-administrativo a partir de construções doutrinárias, delineadas ao final da década de 1960”, ou seja, já

havia na época, a alusão da preponderância do interesse público sobre o privado. (HACHEM, 2011, p. 14).

Durante o Estado Liberal que autores como Tito Prates da Fonseca em 1943 e Caio Tácito em 1952 embasaram o pensamento original de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão da supremacia dos interesses da coletividade sobre os individuais. Mas foi somente em 1967 que o princípio em voga passou a ser objeto de estudo científico sendo que Celso Antônio Bandeira de Mello buscou de forma sistematizada o aprofundamento do tema e assim tentou identificar os componentes essenciais para o reconhecimento de uma disciplina autônoma, científica e metodológica.

O sistema brasileiro do Direito Administrativo se fundamenta sobre os princípios do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Tais princípios constituem o elo da atuação administrativa à exigência de legitimidade com o fim da realização do interesse público, assim, é o “regime jurídico-administrativo” construído como “categoria jurídica central desse sistema” proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello como o: “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”. (HACHEM, 2011, p. 20).

Os eixos principais do regime-jurídico administrativo são o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, nesse diapasão Hachem tece considerações quanto a prevalência do princípio do interesse público

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dêle sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento dêste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. (HACHEM, 2011,p. 21).

Quanto ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, seu funcionamento é “como um contrapeso, determinando que tal interesse não se encontra à livre disposição do administrador, razão pela qual lhe é imposto um feixe de sujeições, destinado a afivelar a atividade administrativa a uma finalidade cogente legalmente estipulada.” (HACHEM, 2011, p. 23).

A crítica da proposta do interesse público constituir-se como princípio jurídico decorre de correntes que defendem que esse princípio é fruto do autoritarismo do direito administrativo, bem como da busca de interesses particulares ou de decisões arbitrárias. Acerca dessa impossibilidade do enquadramento da supremacia do interesse público como princípio, aprofunda Hachem

Partindo desse pressuposto, exsurtem algumas vozes afirmando que a supremacia do interesse público não poderia constituir-se como um *princípio jurídico* (espécie do gênero *norma jurídica*), por três razões principais: (i) ele não estaria previsto em qualquer dispositivo normativo do ordenamento jurídico brasileiro (3.1.); (ii) ele não ostentaria conteúdo jurídico próprio, eis que para explicá-lo a doutrina sempre necessitaria recorrer à invocação de outros princípios (3.2.); (iii) ele seria incompatível com a técnica da ponderação e com o princípio da proporcionalidade (3.3). (HACHEM, 2011, p. 220).

O posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello que sustenta a supremacia do interesse público pode ser considerado o mais democrático para o Direito Administrativo e para os cidadãos. O problema paira na definição do conceito sobre o que é interesse público, uma vez que comporta uma grande diversidade de significados.

Desse modo, a indeterminação conceitual de interesse público se dá face as questões históricas, socioculturais e ao próprio Estado de Direito. Nessa senda expõe Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz: “admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontremos”, de modo que “não é igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo Liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social Democrático de Direito”. (HACHEM, 2011, p. 54).

A inexistência da relação de hierarquia entre interesse público e privado e a concepção do “*bem comum*” transcendê-los advém das correntes jusnaturalistas que sustentam as premissas na lei natural onde o homem busca além do seu próprio bem, também o bem dos outros. Caracterizado pela universalidade e comunicabilidade considera Hachem:

Por levar em conta a totalidade dos sujeitos, o *bem comum* deveria compreender o conjunto de valores humanos compartilhados pela sociedade, incluindo direitos e deveres. Dessa *universalidade* decorreria a impossibilidade de se privilegiar um grupo de indivíduos, ou uma classe em detrimento de outra. Outra propriedade específica do *bem comum*, conducente à ideia de coincidência com os bens individuais, consiste na *comunicabilidade*: ele pertence não apenas ao todo, mas também a cada

particular, sendo comunicável ao bem de cada um, de modo que defender o bem comum significa, simultaneamente, defender o seu próprio bem”. (HACHEM, 2011, p. 56-57).

O fato da indefinição do conceito de interesse público não exclui o seu significado, uma vez que é importante a flexibilidade para buscar a identificação nos princípios existentes no ordenamento jurídico, nesse sentido expõe Gehard COLM

[...] a flexibilidade conceitual do interesse público é uma hipótese vital para a existência de uma sociedade plural. Sua indeterminabilidade é típica de uma república democrática. E, ainda, é preciso compreender que o conteúdo do interesse público não pode ser melhorado ou mais bem especificado por meio algum de aprimoramento do sistema eleitoral ou por alguma forma de amostragem estatística (tipicamente majoritarista). Ele exige um debate público e um posicionamento institucional típicos de uma realidade política consistente. (GABARDO, 2009, p. 271).

Assim, percebe-se que o conceito de interesse público iniciou sua caminhada no autoritarismo, perpassou a total discricionariedade e atualmente defendido por alguns autores caminha na esfera do “dever ser”.

Com o surgimento do Estado Laico, este assume uma função de ente social, embasada na razão do homem, tanto que, inclusive, foi substituída a concepção do “*bem comum*” por “*interesse geral*”, tornando o interesse público contemporâneo o resultado dos interesses da coletividade: “aqui reside, pois, a distinção entre o bem-comum medieval e o interesse público moderno: enquanto aquele é natural, esse é racional, resultando de uma apreciação realizada pelos indivíduos, e não mais pela vontade divina”. (HACHEM, 2011, p. 59-60).

A pesquisa sobre a origem do interesse público perpassa as teorias filosóficas, democráticas, constitucionais e históricas. O mesmo ocorre com a soberania popular exposta por Luño: “Pero es que incluso puede sostenerse la tesis de que la soberanía popular, más que un producto histórico, es la resultante de una determinada historia”. (LUÑO, 2010, p. 191).

A noção portanto de interesse público estava vinculada às teorias da soberania popular e da lei como manifestação da vontade do povo. Emerson Gabardo assegura: “a noção de *interesse público* surge com a afirmação dos direitos individuais, como mecanismos de oposição ao domínio absolutista, tendo como marco inaugural a Revolução Francesa.” (HACHEM, 2011, p. 73).

Mas foi com o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, que a predominância do interesse público sobre o privado estrutura de maneira sólida o princípio da supremacia do interesse público e os desejos de justiça social e igualdade material são proclamadas. Desse modo insurge Gabardo

Após a Constituição de 1988, e desde então, não resta dúvida que o conteúdo do interesse público admitido pelo sistema jurídico-constitucional brasileiro, e que é o núcleo do princípio da supremacia, exige a submissão ao regime de direitos fundamentais estabelecido pelo Estado social. Esta é a esfera do “dever ser” que, todavia, nem sempre se efetiva na esfera do “ser”, o que tem provocado sérios equívocos teóricos de posições que não possuem grande clareza quanto à discrepância entre as duas esferas quando tratado deste assunto. (GABARDO, 2009, p. 267).

Na concepção de Pires, o interesse público na contemporaneidade está vinculado a compreender o Direito Administrativo e assim considera:

O contemporâneo interesse público, o interesse público líquido, acarreta nova ordem de deveres dos Poderes Públicos, o que perpassa pela revisão de um dever preliminar, o da *motivação* que não mais se satisfaz com a utilização de expressões vagas ou a ausência de contextualização com os fatos que conferem o substrato às práticas administrativas. (PIRES, 2003, p. 134).

Portanto, o dever de motivar a Administração Pública esta na realização dos direitos fundamentais e na promoção do bem comum. A lei também prevê tal motivação enaltecendo o relevante interesse coletivo estabelecido no art. 3º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

Muito embora não se encontre de maneira expressa nos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988, o princípio da promoção do bem de todos, é evidente, e denota-se o valor fundamental imbuído de eficácia jurídica e normativa. Nesse sentido comenta Gabardo

[...] O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma autuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada –trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do art. 3º da Constituição de 1988. (GABARDO, 2009, p. 275).

Juarez Freitas reflete também acerca da melhor maneira de interpretar a expressão “promover o bem de todos” e acena o seguinte

[...] O princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o “bem de todos”, no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa”, destacando que essa vontade geral não se confunde com a vontade do aparato estatal, nem com o desejo da maioria. (HACHEM, 2011, p. 104).

Importante ressaltar que a questão da primazia do interesse público sobre o privado não pode ser considerado apenas um dogma “ético-político”, como ensina Bandeira de Mello, mas “de que tal princípio é necessário para o funcionamento de qualquer sociedade – ele não está se referindo tão somente ao “bem comum como princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica, mas sim a um princípio jurídico”. (HACHEM, 2011, p. 227).

Face as todas questões até aqui suscitadas, vislumbra-se uma larga fundamentação das normas ao princípio da supremacia do interesse público frente uma interpretação sistemática da Constituição.

Está contemplado no preâmbulo da Constituição os valores máximos do Estado Democrático como a *harmonia social*, o *bem-estar* e a *justiça*. Na sequência à *dignidade da pessoa humana* encontra-se expressa no art. 1º, III da referida Carta Constitucional como princípio fundamental da República do Brasil. Com efeito destaca Sarlet

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna - acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática. (SARLET, 2012, p. 95).

Assim, a lógica aplicada ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a mesma a ser utilizada à supremacia do interesse público. Isso significa dizer que mesmo antes de ser reconhecida como princípio fundamental da República (art. 1º, III, CF/88), pelo Direito, a dignidade da pessoa humana era um conceito filosófico, moral e ético. Sustenta nesse sentido Hachem

O mesmíssimo raciocínio se pode aplicar à supremacia do interesse público: ainda que o bem comum possua embriões originariamente ético-

políticos, nada impede que ele possua um correlato jurídico reconhecido pelo Direito positivo como um princípio dotado de eficácia normativa. Logo, tanto quanto os princípios da democracia (art. 1º, CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o princípio da supremacia do interesse público encontra fundamento de validade constitucional (art. 3º, IV e art. 66, §1º, CF), independentemente da sua correlação com um conceito ético-político. (HACHEM, 2011, p. 230).

Diante da compreensão dos fatores axiológicos até aqui suscitados e extraídos das normas fundamentais estruturantes da Constituição da República Federativa do Brasil é possível observar uma vasta fundamentação normativa ao princípio da prevalência do interesse público sobre o privado.

3 OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICO-SISTÊMICA DE SERVIÇO PÚBLICO E SUAS DIMENSÕES CONCEITUAIS

A noção de serviço público dentro do direito constitucional pode vincular-se a prestações ou atos de benefícios concretos da Administração pública, nessa senda explica Rodrigues

A definição de serviço público guarda historicamente, desde uma perspectiva do direito administrativo, uma relação direta com prestações ou atos de benefício concreto da Administração Pública em favor da sociedade ou da coletividade – ou, em última instância, aos administrados em geral (“usuários”, na dicção do art. 175, & único, II, da Constituição de 1988). (RODRIGUES, 2007, p. 2180).

Os serviços públicos são planos de ação complexos e de comunicação. Por isso é tema tão debatido nos tribunais e na dogmática jurídica. Mas a questão da definição do serviço público é delicada, ou seja, “ocorre que, de fato de a Constituição dizer que os serviços públicos são de titularidade do Estado, não decorre sua definição e especificação”. (RECK, 2012, p. 48).

Segundo Rodrigues, a doutrina brasileira aponta três critérios diferentes para conceituar serviço público cuja origem advém do direito administrativo francês e da Escola do serviço público, ou seja, “(i) o critério subjetivo (ou orgânico); (ii) o critério objetivo (ou material); e (iii) o critério formal (ou do regime jurídico)”. (RODRIGUES, 2007, p. 2182).

Gaston Jéze desenvolveu a concepção formal de serviço público, para quem “o serviço público se caracterizava pelo seu regime de direito público”. (CARLI, 2013, p. 139).

Já para Émile Durkheim o conceito de serviço público parte da ideia de solidariedade como valor social. Sua contribuição serviu de baliza para a criação da Escola de Serviço Público na França. Diante desse modelo enfatiza Vinicius Marques De Carvalho:

O valor de solidariedade viabilizou a constituição da noção de serviço público como núcleo de atividades ou funções estatais voltadas para a satisfação das necessidades coletivas, cuja efetivação não seria alcançada por meio de uma lógica mercantil. (CARLI, 2013, p. 137-138).

Importante frisar que a característica da solidariedade contemporânea difere daquela produzida na Revolução Francesa, pois na atualidade, ela é fundada no interesse coletivo e na garantia de realização dos direitos fundamentais.

Para Luhmann a compreensão do conceito de serviço público paira como um tipo de programa do sistema que pode ser condicional ou finalístico, nesse sentido, tece o autor considerações acerca da relação do programa do sistema com serviço público condicional

[...]os programas condicionais estão ligados às normas, mas, dado o enlace dos conceitos jurídicos com o código do Direito, e a presença de distinções pertinentes em normas escassas (e esparsas), seria possível também observar o conceito como programa condicional, apesar de não ser uma norma (ou regra ou um princípio, se se quiser utilizar a distinção regra/princípio). De fato, uma vez consolidado, o conceito adquire uma cor de obrigatoriedade e, desse modo, fica fora da disponibilidade individual de um magistrado ou de qualquer outro aplicador do Direito. Esses terão de se reportar à cadeia de significações. (RECK, 2012, p. 140).

Já os programas finalísticos necessitam de um contínuo acompanhamento em virtude das inúmeras resoluções e comunicações. Reck utiliza a ação instrumental de Habermas para comparar os programas finalísticos e faz um enlace com os resultados desejados, mas dificilmente atingíveis. Por programas finalísticos entende Luhman

Los programas de fines, atraen, así, hacia el presente el riesgo de la paulatina separación del futuro presente y de los presentes futuros. Arriesgan que los presentes futuros no coincidan con aquello que se

presupone como futuro presente. Para contrarrestar esse riesgo sirven como instrumentos da la continua corrección. (RECK, 2012, p. 139).

A constitucionalização dos serviços públicos no Brasil ocorreu em 1934 mas sua estruturação e normatização principiológica ocorreu somente em 1988 ao elencar as atribuições de todos entes federados.

A ideia de institucionalização de serviços públicos é declarada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que comenta que “cumpre ao Poder Público, por meio de lei, estabelecer as atividades que, em determinado contexto socioeconômico, terão natureza de serviço público...”(CARLI, 2013, p. 139).

Este vínculo de operações legislativas que envolve o serviço público remonta a complexidade de conceituar o serviço público, sendo que: “não só o conceito de serviço público pode ser um programa condicional, como ele mesmo está inserido em outros programas condicionais. Aí se vê a complexidade do Direito: operações engatadas em operações e assim por diante.” (RECK, 2012, p. 140).

Na visão de Eros Roberto Grau a atividade econômica e serviços públicos são categorias da Constituição e assim analisa

Os arts. 170 e 174 consagram a atividade econômica em sentido lato, enquanto o art. 173 traz a noção de atividade econômica em sentido estrito, que pode ser explorada pelo Estado, desde que haja relevante interesse coletivo, ou quando se tornar imperiosa para a segurança do país. Já o art. 175 refere-se a *serviço público*, que, no dizer de EROS ROBERTO GRAU, tem seu conteúdo definido a partir das necessidades do mundo concreto; isto é, o conceito de serviço público é fluido; seu significado é construído pelas demandas sociais. (CARLI, 2013, p. 140).

O regime jurídico do serviço público pode ser contemplado na norma do art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que prescreve: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, ou seja, a lei pode ser interpretada a partir de um programa condicional vinculando alguma coisa como serviço público.

Contudo, apresenta o regime jurídico do serviço público grande diversidade e uma abertura para poder se enlaçar com diversas situações em função de sua vagueza conceitual. Nesse sentido explica Reck:

O sistema jurídico não conseguiu produzir redundâncias suficientes para produzir uma comunicação sobre serviço público, e, tampouco, seus operadores. Isto é compreensível não só devido as absurdas falhas gnoseológicas do positivismo, mas também à polêmica que envolve o serviço público, fortemente marcado que está por concepções ideológicas do que vem a ser justiça e por interesses econômicos. (RECK, 2012, p. 48).

Essa incapacidade do direito positivo na conceituação do serviço público tem uma origem na linguagem semântica do Direito, embora existam correntes alternativas e tradicionais que definam serviço público “todas elas buscam ou em uma metafísica platônica, ou deixam à arbitrariedade total do legislador, ou finalmente, buscam “retirar” do texto algum dado. (RECK, 2012, p. 49).

Assim, pode ser observado que a perspectiva pragmática face aos conceitos de serviço público travam na letra fria da lei que “é incapaz de produzir comunicações com enlace para ação”. (RECK, 2012, p. 52).

Por outro lado, o que faz a sociedade ser sociedade é a existência de comunicação. Luhmann estabelece três tipos de sistemas na sociedade, ou seja, os sistemas sociais, os organizacionais e os sistemas de interação. No caso dos sistemas sociais assim comenta

A Teoria dos Sistemas e a teoria da comunicação configuram um contexto muito compacto: a primeira traz a especificação de que um sistema deve ser reproduzido por meio de um tipo de operação (e somente um!); e a segunda trata precisamente das características desse tipo de operação. A comunicação tem todas as propriedades necessárias para se constituir no princípio de autopoiesis dos sistemas sociais: ela é uma operação genuinamente social (e a única, enquanto tal), porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, embora, precisamente por isso, enquanto unidade, ela não possa ser imputada a nenhuma consciência isolada. (LUHMANN, 2011, p. 293).

O sistema de autopoiesis referido por Luhmann se refere ao que a sociedade está o tempo todo produzindo, logo, o Direito transforma toda hora fatos em Direitos e não conforme o que cada indivíduo participante pensa ou deseja.

A fundamentação da dignidade da pessoa humana para Luhmann e Peter Habermas, consiste na “capacidade comunicativa do ser humano e/ou no reconhecimento recíproco, como dão conta, entre outros, as teorizações de Jurgen Habermas e Axel Honneth...”, logo, uma sociedade que consegue se comunicar bem, terá bons serviços públicos para realização de seus direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 47).

O sistema do direito observa o mundo, atribuindo a tudo um caráter jurídico e não jurídico. O mistério da comunicação tem a ver com a interpretação do direito e as decisões do direito são conectadas umas com as outras e de forma remissiva, pois nunca uma decisão consegue permanecer isolada no Direito.

4 A ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são fruto do processo histórico do homem na sua luta pela positivação de direitos fundamentais com objetivos de suprir as necessidades humanas. Nessa senda expõe Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 221).

Diversos instrumentos jurídicos foram elaborados para a proteção e concretização dos direitos fundamentais como a Magna Carta em 1215, a Petição de Direitos em 1628, a Lei do *Habeas Corpus* em 1679, a Declaração de Direitos em 1689, a Declaração do Bom Povo de Virgínia em 1776 e a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, documento considerado o marco histórico e que exerceu uma grande influência nas Constituições promulgadas a partir da sua aprovação. A glória da Declaração Universal “deve-se ao fato de seus redatores terem fundamentado os direitos humanos – pela primeira vez reconhecidos em um texto universal – em um elemento básico: a dignidade da pessoa.” (GORCZESVSKI, 2009, p. 159-160).

Pérez Luño destaca que: “os direitos humanos são históricos, portanto somente podem ser apresentados com sentido, dentro de contextos temporalmente determinados”. Reconhece a doutrina que com o avançar da história foram adicionados novos direitos fundamentais nos textos acima destacados, ocasionando as diversas gerações (dimensões) de direitos fundamentais. (GORCZEVSKI, 2009, p. 131).

Ressalta-se a importância da terminologia dimensões de direitos ser usada ao invés de gerações, uma vez que a primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais representam um acréscimo e não substituição de direitos. Contudo, “a ideia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações.” (CANOTILHO, 2002, p. 386).

A responsabilidade da Administração Pública em realizar direitos fundamentais sustenta o conceito de interesse público num Estado Democrático de Direito, e a água embora componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece consideração e a compreensão de que se trata de um direito humano e fundamental. Assim importa que “uma sociedade aberta, livre e democrática será sempre sensível e estará atenta ao surgimento de novas necessidades que fundamentar-se-ão em novos direitos.” (GORCZEVSKI, 2009, p. 145).

O direito humano a água representa o interesse da coletividade, que são indivisíveis e beneficiam todos os indivíduos, além de serem dignos de proteção pela Constituição Federal, constituem também o resultado do interesse público na concretização dos direitos fundamentais.

O conceito de interesse público deve ser aberto para se adaptar a ocasião histórica e ao cenário contemporâneo. Portanto, cabe nesse espaço aberto da norma, demonstrar que embora o regime jurídico da água seja administrativo, é possível estabelecer a conexão com a ligação emancipatória de Habermas, “através da ideia de autoatribuição de direitos fundamentais.” (RECK, 2012, p. 148).

A ideia da água ser considerada um direito humano parte de suas funções de essencialidade para a vida de todos as pessoas devendo “ser tratada pelo Direito a partir de, pelo menos, duas perspectivas, quais sejam, como direito fundamental e como sujeito de direitos”. (CARLI, 2013, p. 38).

Os problemas relacionados com a água estão diretamente vinculados com as desigualdades sociais, com a pobreza, poluição, e com a gestão ineficiente do serviços públicos que afrontam os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Ainda que a Constituição brasileira não contemple a água como um direito humano fundamental, suas características de universalidade, essencialidade e fundamentalidade já o balizam como tal. Evidente portanto, que o “reconhecimento do direito fundamental à água potável pelo Estado reforça sua importância, tornando

sua observância norma coercitiva, além de servir, em tese, de instrumento de conscientização de toda a sociedade.” (CARLI, 2013, p. 40).

Ademais importante frisar que o direito humano à água não pode estar limitado pelo mínimo existencial, pois em se tratando de um Estado Democrático de Direito não pode haver retrocesso em relação aos direitos fundamentais, visto ela ser um direito a ser concretizado. Nesse sentido considera Bitencourt

Sendo assim, o que rege os direitos sociais é a ampliação e não a garantia mínima. Portanto, os direitos sociais e as políticas públicas não estão vinculados ao mínimo existencial. Pelo contrário, o que está vinculado ao mínimo existencial é a possibilidade de restrição aos direitos em face de não haver condições econômicas para sua maior concretização, ou seja, ao menos o mínimo deve estar garantido. Isso é bem diferente da afirmação de que o gestor está comprometido apenas à garantia do mínimo, podendo-se afirmar que só lhe será aceitável realizar o mínimo se não houver qualquer disponibilidade econômica e financeira para uma maior realização, pois o que vincula os poderes é sempre a máxima concretização dos direitos fundamentais. (BITENCOURT, 2013, p. 175).

Dessa forma o princípio formal da supremacia do interesse público sobre o privado, presumem-se de legitimidade e a água pode ser titular de direitos sendo considerada o núcleo do interesse público contemporâneo. Nesse viés considera Hachem

Os direitos fundamentais – sejam de titularidade individual, coletiva ou difusa – sempre não de representar o interesse *público (lato sensu)*, e jamais o interesse *privado*. E mais: tais direitos constituem o núcleo do conceito de interesse público...Por isso, defender a supremacia do interesse público implica afirmar a supremacia dos direitos fundamentais sobre interesses particulares não protegidos pelo Direito positivo. (HACHEM, 2011, p. 231-232).

No que tange aos conflitos de interesses públicos, ou seja, entre os interesses privados e públicos, o apoio para a realização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro embasa-se nos procedimentos cujo critério fundamentam-se nos princípios e no princípio da proporcionalidade, que é totalmente harmonizado com o princípio constitucional da supremacia do interesse público, assim confirma Hachem

Admite-se, destarte, que a norma da supremacia do interesse público, em sua dimensão *principiológica*, possa ser ponderada e até mesmo afastada no caso concreto, comportando aplicações de distintas gradações. Quanto mais próxima a decisão administrativa estiver dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais fundamentais do Título I (art. 1º ao 4º) da CF

e dos valores inscritos no Preâmbulo da Lei Maior, mais intenso será o grau de preservação do interesse público. (HACHEM, 2011, p. 258-259).

Ademais, as atividades governamentais geralmente estão vinculadas aos direitos fundamentais, logo a política pública esta ligada também a concretização do direito humano à água na realização dos direitos fundamentais. Tal concepção foi reconhecida pela ONU em 2006 pelo Relatório de Desenvolvimento Humano que recomenda: “aos Estados que desenvolvam políticas que garantam a todos o acesso à água limpa, por preço razoável e permitam o acesso gratuito de, pelo menos, 20 litros de água por dia à população hipossuficiente economicamente”. (Carli, 2013, p. 37).

Outra ação da ONU quanto ao acesso universal e gratuito da água encontra-se estampada em sua observação geral n° 35

El derecho al agua significa que los servicios de abastecimiento de agua deben ser asequibles para todos y que nadie debe verse privado del acceso a ellos por no tener la capacidad de pagar. De por sí, el marco de los derechos humanos no establece el derecho a un suministro de agua gratuito. Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acceso a agua potable y servicios de saneamiento puede tener que ser gratuito, si la persona o la familia no pueden pagar. Es una obligación básica del Estado velar por que se satisfagan por lo menos los niveles esenciales mínimos del derecho, lo que comprende el acceso a la cantidad mínima indispensable de agua. (ONU, p. 12).

Dessa maneira pode-se notar que no corpo da Constituição de 1988 o legislador reconheceu a importância da água num acoplamento operativo entre a saúde dos homens e o meio ambiente, previstos no art. 21, inciso XX onde atribui à União a competência para o “desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, vinculado com o art. 200, inciso IV onde atribui ao Sistema Único de Saúde-SUS: “a participação da formulação da política pública e da execução das ações de saneamento básico”, e com o art. 225 pela proteção do meio ambiente.

A Lei n° 11.445 de 2007 trata sobre o saneamento básico para o bem-estar de uma população saudável e em seu art. 2°, I e III são encontrados seus fundamentos de universalidade do acesso e do abastecimento de água. Claro que o problema do saneamento básico está atrelado à saúde da população, pois não havendo tratamento da água as doenças se propagam e a qualidade da água resta comprometida para abastecer a população.

Assim, frente aos inúmeros problemas enfrentados pela população pela escassez, acesso e qualidade da água, impõe ao Poder Público e à sociedade um dever solidário de ação para o bem de todos e condição para a manutenção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações a concretização do direito humano à água.

A preocupação consiste em dar aos homens uma vida digna, sem sofrimentos, com liberdades e igualdades, sendo por vezes necessária a intervenção positiva do Estado e por vezes negativa. Tais direitos abrangem a esfera individual e coletiva, protegendo cada ser humano com liberdades, igualdades, mas abrangendo a coletividade com a fraternidade, preocupados com um mundo sustentável para toda a população presente e futura.

No cenário internacional, os marcos jurídicos nacionais deveriam aprovar em suas constituições o direito humano à água. Brasil e Portugal ainda não reconhecem em suas constituições a realização deste direito, mas já se tem conhecimento que outros países como a Bolívia, Equador, Maldivas, Nicarágua, Kênia, Congo, Sudáfrica, e Uruguai já identificaram de maneira expressa em seus ordenamentos jurídicos o direito à água e saneamento com caráter geral. Tal cenário é demonstrado por Albuquerque

Se observa que los marcos jurídicos nacionales más fuertes se encuentran en aquellos países cuyas constituciones reconocen explícitamente los derechos al agua y al saneamiento. Al tratarse del principal instrumento legal que describe las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como las funciones y responsabilidades de cada uno, ese reconocimiento pone de relieve el compromiso nacional con la realización de los derechos de todas las personas y garantiza su inclusión duradera en el Derecho nacional. Es más, el reconocimiento proporciona un punto de referencia crucial para los responsables políticos, los ministerios gubernamentales, los órganos judiciales y la sociedad civil, todos los cuales tienen el objetivo de influir en la política, establecer normas y hacer que los agentes pertinentes asuman sus responsabilidades. Hasta el momento, numerosos países han reconocido el derecho al agua en sus constituciones, incluidos **Bolivia**, la **República Democrática del Congo**, **Ecuador**, **Kenia**, las **Maldivas**, **Nicaragua**, **Sudáfrica** y **Uruguay**. (ALBUQUERQUE, 2012, p. 58).

Fatores políticos, econômicos e culturais influenciam para o reconhecimento e promoção desse direito. Para os países desenvolvidos não existe muita dificuldade para arcar com os serviços da água, assim, para estas populações os seus custos são suportáveis, em contra partida “se observa un apoyo estatal muy importante a los sectores del abastecimiento de agua y de saneamiento. En **Japón**, las

subvenciones públicas representan un 7% de la inversión en estos sectores, mientras en Portugal, el 31% de los fondos destinados al agua y al saneamiento proviene de los presupuestos nacionales y municipales, y no de las tarifas.” (ALBUQUERQUE, 2012, p. 92).

Assim, a concretização da água como um direito humano fundamental seria o cumprimento do princípio da supremacia do interesse público face a superioridade do interesse da coletividade . Esse processo alcança primazia em dar aos homens direitos a uma vida digna, sem sofrimentos, com liberdades, igualdades, com a finalidade de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais para as presentes e futuras gerações.

Embora, ainda que a água não seja reconhecida como um direito humano fundamental na Constituição Brasileira, sua abertura para interpretar e integrar a jurisprudência conforme os valores da Declaração Universal e de outros documentos jurídicos internacionais pode servir de ponto de referência legal para que o Estado concretize esse direito.

Ensina Miranda que os direitos correspondem outros tantos deveres, mas em seu âmago todos reconduzem a deveres de prestação e assim leciona

No fundo, todos se reconduzem a deveres de prestação: de prestação predominante jurídica os deveres de proteção e os de organização e procedimento; deveres de prestação predominantemente material os deveres de prestação em sentido estrito (correspondentes aos direitos de prestação também em sentido estrito que são os direitos sociais). (MIRANDA, 2012, p. 100).

Diante da perspectiva exposta e baseada na supremacia do interesse público que os direitos fundamentais não previstos na Constituição, como o direito humano à água deve ser respeitado, garantido e promovido em prol do desenvolvimento e da capacitação humana, assim não pode a água ser objeto de mercancia. Nesse sentido defende o economista Petrella

A parceria público-privada com relação à água tende a cultivar e a implementar as visões e abordagens do setor privado de forma que a água (a fonte da vida) está em perigo de tornar-se gradualmente uma das principais fontes de lucro, uma das últimas áreas a serem conquistadas para a acumulação privada de capital. (PETRELLA, 2004, p. 24-25).

Não pode, portanto, a água se moldar ao conceito de mercadoria e muito menos como coisa de ninguém ou de alguém, mas sim como a primeira *res publica* de uma sociedade contemporânea. A necessária mudança de condutas humanas para a preservação da água é aludida por Nalini

Somente uma conversão – ou uma reconversão ética – poderá inverter o círculo vicioso da inércia, da ganância, do desperdício, da insensibilidade, para uma existência de zelo pela natureza. De uso responsável. De desenvolvimento sustentável. De sensibilidade ambiental. De amor à natureza e de amor ao próximo. De respeito à vida. De luta permanente para a consecução de uma vida digna. (NALINI, 2010, p. XIX).

Ademais, o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, e novos direitos humanos como o direito fundamental à água, podem ser reconhecidos pela Magna Carta devido a abertura do sistema (art. 5º§ 3º da CF/88). Mas enquanto não ocorre a internalização desse direito, cabe ao Poder Público promover políticas públicas legislativas e administrativas considerando a água como núcleo do interesse público, a fim de fomentar e comunicar a toda população uma educação e mudança cultural com relação a água, que sendo um bem indisponível e universal é fonte de vida essencial a dignidade da pessoa humana.

Enfim, este deve ser o caminho racional a romper a lógica econômica, financeira e empresarial no qual a água tem sido alvo hodiernamente, necessitando de apoio primordial das instituições públicas, jurídicas e da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES

Diante do exposto, denota-se que o princípio do interesse público constitui a base sólida de um Estado Democrático de Direito e que este deve prevalecer face aos interesses privados, pois tem a Administração Pública o dever de promover o bem comum e a realização dos direitos fundamentais.

Os serviços públicos são complexos, visto a dificuldade da sua determinação conceitual. A característica de solidariedade contemporânea se apropria de sua essência fundada no interesse da coletividade e na garantia de realização dos direitos fundamentais. A observação pragmática-sistêmica de serviço público tem dificuldades em produzir ligação para a ação e portanto a existência de comunicação

é fundamental para que uma sociedade consiga se comunicar, se organizar e interagir.

Os direitos humanos, assim como o interesse público são frutos de caminhadas históricas de lutas e conquistas dos Estados Democráticos. A responsabilidade da Administração Pública em realizar direitos fundamentais numa sociedade plural e aberta sustenta o princípio do interesse público.

A importância do reconhecimento da água como um novo direito humano que representa o interesse da coletividade em prol do bem comum, cuja características de universalidade, indivisibilidade e essencialidade para a vida do homem implica na realização dos direitos fundamentais.

Políticas públicas que promovam uma educação e uma cultura quanto ao uso racional da água em suas mais variadas dimensões, somado à poluição, tem sido alvo de preocupação dos órgãos nacionais e internacionais para o combate a doenças e erradicação da pobreza.

Portanto, constitui a água um direito humano a ser concretizado visto a mesma ser o núcleo do interesse público contemporâneo na concretização de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Catarina de Derechos Hacia El Final. Lisboa: Texttype, 2012.

AMORIN, João Alberto Ales. *Direito das águas*. São Paulo: Lex Ed., 2009.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARLI, Ana Alice de. *A água e seus instrumentos de efetividade*. Campinas: Millennium, 2013.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a Praça Para Além do Bem e do Mal*. Curitiba: 2009. Disponível em: <

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1>. Acesso em 28 de junho de 2014.

GORCEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *A pretensa impossibilidade de enquadramento da supremacia do interesse público na categoria normativa de "princípio"*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Curitiba: 2011. Disponível em:<
<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 de junho de 2014.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tomo IV*. 5.ed. Lisboa: Coimbra, 2012.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. Campinas-SP: Millennium, 2010.

PETRELLA, Ricardo. *O Manifesto da Água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis: Vozes, 2004.

PIOVESAN, Flávia; CONTI Irio Luiz. *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho al agua*. Disponível em:<
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2014.

RECK, Janriê Rodrigues. *Observação Pragmático-Sistêmica do Silogismo Jurídico e sua Incapacidade em Resolver o Problema da Definição do Serviço Público*. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, 2012.

RECK, Janriê Rodrigues. *Observação Pragmático-Sistêmica dos Problemas de Interpretação do Conceito de Serviços Públicos (O SCRIPT)*. In COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Henning. (orgs). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. 137-159 p.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Fundamentos Dogmático-Jurídico dos Serviços Públicos na Constituição de 1988*. In REIS, Jorge Renato dos; GESTA LEAL, Rogério. (orgs). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. 2180-2213 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.