

O DIREITO À ÁGUA NO BRASIL E NA ESPANHA: UM ESTUDO COMPARADO SOBRE O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À ÁGUA

*The right to water in Brazil and in Spain: a
comparative study of the fundamental right to water*

João Alfredo Telles Melo¹

RESUMO

Trata-se de uma análise comparativa de que forma o Direito Humano Fundamental à Água é tratado nas legislações brasileira e espanhola. Para tanto, se inicia com uma abordagem da crise hídrica planetária, a partir do conceito de justiça hídrica. Em seguida, se aborda o debate sobre a natureza e dominialidade da água, utilizando-se o conceito de “bem comum”. Para introduzir o tema do direito humano fundamental, se inicia com a abordagem do direito internacional, a partir especialmente das principais resoluções das Nações Unidas. Na sequência, o estudo se volta propriamente para, por meio de uma hermenêutica de ordem mais principiológica, extrair de que forma o Direito à Água pode ser encontrado nas legislações constitucional e infraconstitucional do Brasil e da Espanha. Nas considerações finais, busca-se apresentar propostas, no campo da administrativo e judicial,

¹ Advogado, professor de Direito Ambiental, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorando em Desenvolvimento e Meio Ambiente, pelo Programa de Desenvolvimento e Meio Ambiente (PRODEMA) da UFC, membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB) e do Instituto Direito por um Planeta Verde; e-mail: joaoalfredotellesmelo@gmail.com.

que possam levar a efetivar o direito à água, mas, também avançar em propostas legislativas, voltadas especialmente para o caso do Brasil.

Palavras-chave: Água; bem comum; direito humano fundamental; Brasil; Espanha

ABSTRACT

It is a comparative analysis of how the Fundamental Human Right to Water is treated in Brazilian and Spanish legislation. To do so, it begins with an approach to the planetary water crisis, based on the concept of water justice. Then, the debate on the nature and dominance of water is addressed, using the concept of “common good”. To introduce the theme of the fundamental human right, it begins with the approach of international law, especially from the main United Nations resolutions. The study then turns to a more hermeneutic of a more basic order, to extract in what way the Right to Water can be found in the constitutional and infraconstitutional legislations of Brazil and Spain. In the final considerations, we seek to present proposals, in the field of administrative and judicial, that may lead to the realization of the right to water, but also to advance legislative proposals, focused especially on the case of Brazil.

Keywords: Water; common good; fundamental human right; Brazil; Spain

INTRODUÇÃO

Analisar de que forma a questão do direito humano fundamental ao acesso à água é tratada juridicamente pela Espanha e pelo Brasil, a partir de suas constituições e respectivas leis de águas, além de outros diplomas normativos, é o objetivo do presente trabalho.

Para contextualizar a questão, abordarmos de forma rápida a situação da crise hídrica planetária, nesta época de mudanças climáticas, procurando entender as raízes da crise planetária, os seus impactos no que respeita à disponibilidade hídrica, a partir da conceituação de justiça hídrica, que, por sua vez, se origina na concepção de injustiça ambiental ou socioambiental.

No segundo momento, também de forma sucinta, apresentaremos o debate acerca da compreensão da água como “bem comum”; conceito fundamental para compreendê-la como direito humano

fundamental, fazendo-se uma discussão sobre sua natureza e dominialidade, desde os seus aspectos mais teóricos até como se manifestam nos direitos brasileiro e espanhol.

O terceiro capítulo se volta para o direito humano fundamental à água, começando por uma abordagem do direito internacional, a partir das principais resoluções da Organização das Nações Unidas para, em seguida, analisar de que forma esse direito se expressa na Espanha e no Brasil, a partir de uma interpretação de cunho mais principiológica, já que, em nenhum dos dois países, ele se encontra positivado de forma expressa nas cartas políticas. É aqui que serão apresentadas as leis de recursos hídricos do Brasil e da Espanha.

O último capítulo, das considerações finais, intenta ir além de um resumo geral do *paper* para apontar propostas, tanto no campo da interpretação administrativa e judicial, que possam levar a efetivar o direito à água, mas, também avançar em propostas legislativas, voltadas especialmente para o caso do Brasil.

A pesquisa se deu fundamentalmente por meio de bibliografia, colhida nos dois países, e seu método foi o dedutivo.

1 A INJUSTIÇA HÍDRICA NO CONTEXTO DA CRISE CLIMÁTICA PLANETÁRIA

Vivemos em tempos de mudanças climáticas causadas pelo superaquecimento do planeta com graves impactos em todas as áreas da vida humana e não-humana e, por óbvio, sobre a disponibilidade de água no planeta. Importante fazer uma breve referência ao quarto relatório (AR4) do Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas (IPCC, sua sigla na língua inglesa), de 2007, que teve uma grande repercussão, pela grandeza e significado de seu impacto. Já ocorreu o lançamento do 5º Relatório de Avaliação de Mudanças Climáticas, mas, foi o relatório anterior que chamou atenção de todo o mundo por suas gravíssimas conclusões ao observar, com 90% de garantia, no que se refere às mudanças no clima e seus efeitos, que o aquecimento do sistema climático é inequívoco e que suas causas, ligadas à emissão de gases do efeito estufa (GEEs), são antropogênicas e não naturais, e que seus impactos sobre a natureza e a sociedade já se fazem sentir (IPCC, *online*)

De 2007 para os dias de hoje, a situação climática só fez se agravar: o ano de 2016 foi o mais quente desde que começaram as medições, em 1880, quando esse recorde foi quebrado pelo terceiro ano

consecutivo². Importante aduzir ainda, a partir do informe de José Eustáquio D. Alves, na página de divulgação científica Ecodebate, que “os quatro anos mais quentes desde o início do Antropoceno (época em que os humanos se transformaram em uma força global de desequilíbrio climático e destruição da vida na Terra) aconteceram nos últimos quatro anos [...]”³. As projeções da ciência do clima já apontam na perspectiva de acréscimo de catastróficos 3°C na temperatura média do planeta (GÜTSCHOW *et al.*, online).

Nesse quadro é que pode ser analisada a situação da crise hídrica, que também se manifesta em ordem planetária. Segundo a ONU, 2,1 bilhões de pessoas não têm acesso a serviços de água potável com segurança (WHO/UNICEF, 2017), 4,5 bilhões de pessoas carecem de serviços de saneamento com segurança (WHO/UNICEF, 2017) e 340.000 crianças menores de cinco anos morrem todos os anos de doenças diarreicas (WHO/UNICEF, 2015)⁴.

O Informe Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2018 (também intitulado “Soluções Baseadas na Natureza para a Gestão da Água”) nos adverte para o fato de que, em princípios da atual década de 2010, 1,9 bilhão de pessoas já viviam em áreas com potencial escassez severa de água⁵ e que 3,6 bilhões de pessoas no mundo (quase metade da população total) vivem hoje em áreas com escassez de água pelo menos um mês por ano e que esta cifra pode chegar a 5,7 bilhões de pessoas no ano de 2050, sendo que as áreas mais afetadas se situam na Ásia e na África⁶.

Portanto, não é uma situação – escassez de água ou estresse hídrico – que atinge a todos da mesma forma. O mesmo documento da ONU acima referido informa que a demanda por água se multiplicou

² Cf. <https://climate.nasa.gov/news/2537/nasa-noaa-data-show-2016-warmest-year-on-record-globally/>, acesso realizado em 02/06/2018.

³ Cf. <https://www.ecodebate.com.br/2018/01/22/o-ano-de-2017-foi-o-terceiro-mais-quente-do-antropoceno-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>, acesso em 02/06/2018.

⁴ Informação disponível em <http://www.un.org/en/sections/issues-depth/water/>, acesso realizado em 02/06/2018.

⁵ Segundo Mitre Guerra, se considera escassez de água “cuando la demanda excede el abastecimiento, em donde incluye el crecimiento de la población o aquellas prácticas que demandan cantidades excesivas de agua como lo es la agricultura [...]” (2012, p. 29).

⁶ Cf. <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261494s.pdf> (p. 13), acesso em 02/06/2018.

por seis nos últimos 100 anos⁷. Marques (2015, p. 112) demonstra que esse crescimento de demanda se dá menos pelo crescimento demográfico, mas, pelo maior (e desigual) consumo de água no planeta. Enquanto, entre 1990 e 2010, houve um crescimento populacional de 5,3 bilhões para 6,8 bilhões (menos de 20%), o consumo de água dobrou no mesmo período (um crescimento de 100%, portanto). A desigualdade – ou injustiça hídrica⁸ – fica patente quando se compara, por exemplo, o consumo de água em litros *per capita*/dia de um cidadão estadunidense (575) com um cidadão da Etiópia (15) ou Moçambique (4 litros por dia).

Para Arrojo Agudo (2017, p. 39, 40), o que ele chama de paradoxo da crise global de água (no “planeta água”) pode ser explicado por três falhas críticas: da insustentabilidade dos ecossistemas aquáticos; da inequidade e da pobreza; e da governança dos serviços de água e saneamento. De outra parte, Sánchez Bravo (2017, p. 48, 49) considera que quatro são os vetores que explicam a desigualdade na repartição dos bens ambientais, em especial, da água: a) a injustiça social relacionada com o acesso, a gestão e capacidade de decisão sobre os ecossistemas e os recursos financeiros, por diferentes grupos e atores, desde o nível local até o internacional; b) a desigualdade de gênero no que tange ao acesso e desfrute dos bens, serviços e oportunidades de desenvolvimento pessoal, causada pelo sistema patriarcal imperante; c) a gestão insustentável desses bens; e d) a falta de solidariedade intergeracional.

Uma metáfora tão precisa quanto perturbadora acerca dos conflitos, da desigualdade em matéria de acesso à água, de injustiça hídrica, foi aquela apresentada por Rodríguez Labajos e Martínez Alier (2015, p. 306), ao citar um grupo da Universidade de Wageningen, para quem a água corre em direção ao poder, para arrematarem dizendo: “*donde el poder se acumula, allá llega el agua que se robó de otros sitios*”.

Ao fim e ao cabo, essa desigualdade e injustiça hídrica têm como causa última a disputa pela natureza jurídica e pela dominialidade da água. É o que constatam, de forma cristalina, Firpo Porto e Sousa Porto, *in verbis*:

O acesso desigual ao uso da água, bem como as formas de gerar e as responsabilidades assumidas por sua poluição, expressam

⁷ Idem, p. 11.

⁸ Podemos definir “injustiça hídrica” como a má (e desigual, portanto) distribuição, negação ou entrave do acesso à água e o favorecimento de segmentos abastados e/ou grupos econômicos, que mantém consumos perdulários e/ou hidroativos, em detrimento das necessidades do conjunto da população.

como pano de fundo o embate entre a água como valor econômico e mercadoria *versus* enquanto bem comum e público, e enquanto direito humano fundamental para a sobrevivência e a qualidade de vida (2017, p. 123).

A definição do caráter, da natureza jurídica da água e, a partir daí, de sua dominialidade, é fundamental no que concerne tanto à efetivação e garantia do direito de acesso à água. Portanto, antes de se abordar o direito à água, faz-se necessário enfrentar o tema da água como bem privado ou bem público-comum.

2 ÁGUA: UM BEM COMUM ESSENCIAL À VIDA

Compreender a disputa entre a visão da água como direito humano *versus* sua concepção como mercadoria, é fundamental, por suas repercussões no campo sociojurídico, a partir de uma abordagem ecológico-política⁹ desse conflito distributivo. O conceito de *bens comuns* ou, simplesmente, *comuns* ou *commons*, é quem pode arbitrar esse conflito teórico-prático.

Houtart (2011, p. 7) nos recorda que os *commons* eram

As terras comunais das populações camponesas da Inglaterra que, pouco a pouco, a partir do século XIII foram transformadas em propriedades privadas de latifundiários através do processo de “enclosures” (cercamentos legais), ou seja, estabelecimento de áreas cercadas, destinadas particularmente à criação de carneiros, o que provocou inúmeras revoltas camponesas.

Essa visão coletiva, comunal, comunitária, vai ser encontrada em diferentes autores. Vejamos Helfrich (2008, p. 21):

Los bienes comunes son las redes de la vida que nos sustentam. Son el aire, el agua, las semillas, el espacio sideral, la diversidad de culturas y el genoma humano. Son una red tejida para gestar los procesos productivos, reproductivos y creativos. Son o nos proporcionan los

⁹ De acordo com Rodríguez Labajos e Martínez Alier, “*la Ecología política estudia como la distribución del poder (que es el tema principal de la ciencia política) determina el uso que los humanos hacen del ambiente natural, es decir, como el poder favorece o excluye uno o outro uso entre categorías de humanos, y también com respecto a otras especies [...]*” (2015, p. 302).

medios para alimentarnos, comunicarnos, educarnos y transportarnos; hasta absorben los desechos de nuestro consumo.

Hardt e Negri (2016, p. 8), após se referenciarem nos textos políticos europeus clássicos, trazem como definição primária de *comum*, a “riqueza comum do mundo material – o ar, a água, os frutos da terra e todas as dádivas da natureza”.

Importante pontuar que, dentre essas *redes da vida que nos sustentam* (HELFRICH, 2008) ou *dádivas da natureza* (HARDT; NEGRI, 2016) sempre vamos encontrar, por óbvio, o elemento água. Assim é também com Houtart (2011, p. 7) para quem os bens comuns devem incluir “os elementos indispensáveis à vida”, ou Manahan e Guttal (2017, *online*), ao afirmarem que “os melhores exemplos de comuns são os naturais [...] ar, água, terra e biodiversidade”.

Estamos diante do que muitos autores se referem como bens inapropriáveis, insuscetíveis de apropriação privada. Vamos encontrar essa concepção tanto naqueles que são tributários da visão do “Comum” como um princípio político, como nos que se vinculam na visão andina do Bem Viver, presente nas constituições do Equador e da Bolívia¹⁰.

A rejeição à apropriação privada dos “comuns” faz com que sua dominialidade ou “possessão” (já que são “bens”) seja cominada ou ao conjunto da espécie humana – “patrimônio comum da humanidade” –, como dá notícia Riva (2016, p. 61), ou, de forma mais ampla ainda (porque não antropocêntrica) ao próprio conjunto da Natureza. É o que faz com que esses “bens” sejam encarados como “*bienes comunes y patrimonios de la biosfera*” (ARROJO AGUDO, 2017, p. 46) ou “*bien común de la Biosfera*”, na concepção bastante assemelhada de La Calle Marcos (2015, p. 19), posto que, em sua compreensão, a água não é um mero bem público à disposição do aproveitamento privado e do crescimento econômico.

Portanto, além de rechaçar a “mercantilização dos elementos necessários à vida [...] que devem sair da lógica da mercadoria” (HOUTART, 2011, p. 22), alguns autores prescrevem que é preciso garantir a gestão coletivo-comunitária desses bens, que não devem ser considerados nem privados, nem estatais, mas comunais.

Bollier (2008, p. 39) – que defende essa mesma concepção de que o “comum” pertence ao povo, não a um governo – compreende que

¹⁰ Moraes (2013) designa como o “constitucionalismo ecocêntrico dos Andes”, fundado nas concepções filosófico-culturais – que são assemelhadas – do “Bem Viver” equatoriano (*sumak kawsay*) e do “Viver Bem” boliviano (*suma qamaña*).

esses bens e sua forma de gestão coletiva ajudam a articular um cenário de “*poder ciudadano, autogobierno y valor socialmente arraigado*”.

É por demais óbvio, portanto, que a visão de água como bem econômico – presente na lei brasileira de recursos hídricos (Lei 9433/97) – se choca frontalmente com o entendimento de que ela é um bem comum, não apropriável, nem submetido às regras do mercado capitalista. Nesse sentido, temos acordo com Riva (2016, p. 38, 39) para quem não foram positivos “os resultados provenientes da política de precipitação e valorização econômica da água”, uma vez que, em sua compreensão, deixou de levar em consideração tanto “os limites ecológicos impostos pelo ciclo da água” (o que se relaciona com a proteção da água e dos ecossistemas aquáticos), bem ainda “os limites econômicos impostos pela pobreza e pela desigualdade” (o que os remete à garantia do direito humano fundamental à água).

Interessante observar ainda que esses elementos conceituais se encontram, de alguma forma, presentes na legislação ambiental hídrica brasileira (ainda que com todas suas contradições, conforme se verá adiante). Na própria Constituição Federal, vamos encontrar duas abordagens (que, em nosso entendimento, não são contraditórias entre si): a primeira, em seu art. 225¹¹, que, ao tratar do caráter do meio ambiente (e por consequência, dos bens ambientais, dentre os quais se encontra a água, como parte indissolúvel e fundamental do ambiente natural, por óbvio¹²), o define como “bem de uso comum do povo”, numa visão muito assemelhada aos “comuns” ou “bens comuns”.

A segunda abordagem da Constituição brasileira se vincula ao tema da dominialidade do bem “água”, na forma como ela – a água – se manifesta, quando, em seu art. 20, inciso III, prescreve que são *bens da União*: 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; e quando, no art. 26, determina que, dentre os *bens dos Estados*, estão: as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste

¹¹ 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.

¹² Veja o art. 3º., inciso V, da Lei 6938/81, que define quais são os recursos ambientais, a saber: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (definições importantes na forma como o sistema federativo brasileiro se estrutura e se organiza).

Certamente, dessa segunda conceituação é que vai decorrer a prescrição da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, que dispõe ser a água um “bem de domínio público” (art. 1º. da Lei 9433/97¹³). Em nosso entendimento, a contradição– bem de domínio público *versus* bem de uso comum do povo – é meramente aparente. Para tanto, vamos nos referenciar na lição apresentada por D’Isep (2010, p. 43), para quem “a água como *res communis* torna-se objeto da gestão pública [...]” e assim a expressão jurídica de “bem público” não se refere ao “domínio público”, especificamente, mas, à “gestão hídrica pública” (D’ISEP, 2010, p. 62), a partir, diríamos, de uma interpretação da lei conforme a Constituição.

Abra-se aqui um rápido parêntesis para aduzir que é absolutamente incompreensível, incongruente e destoante com as normas – sejam princípios, sejam regras – que disciplinam a questão hídrica no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição, a afirmação do art. 1º., inciso I, da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, já aqui mencionada (Lei 9433/97) de que a água, um recurso natural limitado, é *dotada de “valor econômico”*; isso logo após sua definição como “bem de domínio público”! (Sobre a lei de recursos hídricos, voltaremos a ela, quando da abordagem referente ao direito à água).

Quando se trata do Direito Hídrico espanhol, pode-se dizer que, no que respeita à natureza jurídica da água e à sua dominialidade, há aspectos assemelhados ao da legislação brasileira. Senão observem-se os dois dispositivos normativos abaixo citados, retirados do Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julho (*Texto Refundido de la Ley de Aguas – TRLA*), quanto à dominialidade e aos usos comuns da água:

Artículo 2. Definición de dominio público hidráulico:

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas con independencia del tiempo de renovación.*
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.*
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de embalses superficiales en cauces públicos.*

¹³ Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I – a água é um bem de domínio público; [...]

d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos.

e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

Artículo 50. Usos comunes.

1. Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado.

Mitre Guerra (2017, p. 74), relata que, antes mesmo do decreto real da TRLA, que é de 2001, a anterior Lei de Águas de 1985 já houvera concretizado “la publicación de todas las aguas continentales, incluyendo las superficiales [...] como las subterráneas, estas últimas até entonces consideradas de apropiación privada”, e que a figura do “uso comum” (oriunda das primeiras abordagens legais das águas na Espanha) contém elementos que compõem o conceito moderno de direito à água (MITRE GUERRA, 2017, p. 70).

Na mesma direção, Navarro Ortega (2018, p. 331) afirma que a declaração de todos os corpos d’água como bens de domínio público buscou o interesse público, por meio de qual a intervenção estatal poderá garantir (aos corpos d’água) uma proteção mais intensa e efetiva.

Pode-se afirmar que é essa concepção da água como bem público de uso comum – presente em ambas as abordagens legislativas do Brasil e da Espanha – quem vai fundamentar, em linhas gerais, o regramento que trata do direito à água, obviamente com as peculiaridades próprias de cada país. É o que se verá em seguida.

3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À ÁGUA NO DIREITO INTERNACIONAL, NO BRASIL E NA ESPANHA

3.1 O DIREITO À ÁGUA NO DIREITO INTERNACIONAL

Antes de adentrarmos especificamente nas legislações brasileira e espanhola, vamos, de forma bastante concisa, fazer um rápido percurso pelos principais documentos internacionais, especialmente, no âmbito das Nações Unidas, que tratam do Direito Humano à Água (e ao Saneamento). Outra breve advertência a ser feita é a de que, ao abordarmos os casos do Brasil e da Espanha, estaremos fazendo uso de um esforço interpretativo que intenta, através, especialmente, da exegese

das normas-princípio, buscar, em ambos os casos, onde se encontra o direito humano fundamental à água.

A Organização das Nações Unidas vem tratando do Direito à Água em vários de seus documentos, dentre os quais destacamos o Comentário Geral n. 15, de novembro de 2002, do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos e Sociais, que afirma que “o direito humano à água prevê que todos tenham água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e os preços razoáveis para usos pessoais e domésticos”¹⁴; e a Resolução 16, de abril de 2011, do Conselho dos Direitos Humanos, com a adoção do acesso à água potável e segura e ao saneamento como um direito humano: um direito à vida e à dignidade humana.

Encontra-se, também, no conjunto das principais normas relativas ao Direito Humano à Água, a Resolução A/RES/64/292 (ONU, on line) aprovada em 28 de julho de 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁵, que declarou ser a água limpa e segura e o saneamento direitos humanos essenciais para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos.

Para Sánchez Bravo (2017, p. 59, 61), o conteúdo do Direito Humano à Água implica liberdades e prestações: o fornecimento de água deve ser contínuo e suficiente para cobrir os usos pessoais e domésticos, a água deve ser salubre e aceitável, os serviços de abastecimento de água e saneamento devem ser fisicamente acessíveis e estar ao alcance da população, além de serem economicamente acessíveis, o que significa que nenhum indivíduo ou grupo seja privado do acesso à água potável por não poder pagar.

Na mesma senda, D’Isep (2010, p. 58) extrai das resoluções das Nações Unidas, os seguintes significados e desdobramentos no que concerne ao que ela designa como “direito humano fundamental à água-vida”:

[...] a água a que se tem direito é a água com *qualidade* – portanto, potável; em *quantidade* – logo, suficiente à sobrevivência humana; *prioritária* – o que justifica a prioridade de acesso do ser humano, em caso de penúria hídrica; *gratuita* – sendo a água

¹⁴ Gabriela Riva (2016, p.80) considera o Comentário Geral 15 como “o documento mais completo sobre o direito à água, explicitando as obrigações decorrentes desse direito e delimitando com precisão seus contornos”.

¹⁵ Foi essa resolução, na visão de Riva, “a maior vitória para o movimento pelo acesso à água [...] adotada por 122 votos a favor, 41 abstenções e nenhum voto contrário [...]” (RIVA, 2016, p. 99, 100).

elemento responsável pela vida, pela existência, isso implica seu acesso gratuito, ao menos no que diz respeito ao mínimo necessário para a sobrevivência humana (idem, p. 59).

Dessas quatro características, duas definem de forma mais precisa (e, de alguma forma, abarcam as outras duas) o Direito à Água, que são a *quantidade* e a *qualidade* de água a que os seres humanos devem ter acesso para alcançar o que D'Isep (2010, p. 59) alinha de "dignidade hídrica". No que concerne à *qualidade*, está-se a falar do conceito de *potabilidade*¹⁶, que, segundo Riva (2016, p. 144), significa que "a água deve ser segura, isto é, livre de micro-organismos, agentes químicos ou radiológicos que possam constituir perigo à saúde a curto e longo prazo".

O outro critério, tão importante quanto a já mencionada *qualidade*, refere-se à *quantidade*; ou seja, trata-se de um "mínimo existencial" (DE CARLI, 2015, p. 41) gratuito (como acima definido por D'Isep) para garantia da sobrevivência humana e de sua boa qualidade de vida. Sánchez Bravo relata que, segundo a OMS, se requerem entre 50 e 100 litros por pessoa ao dia para cobrir a maioria das necessidades básicas e evitar a maior parte dos problemas de saúde; mas, adverte:

El acceso a 20-25 litros por persona al día representa el mínimo, pero esta cantidad suscita preocupaciones sanitarias, porque no basta para cubrir las necesidades básicas de higiene y consumo (SÁNCHEZ BRAVO, 2017, p. 59).

Acerca do mínimo gratuito, importante mencionar que a África do Sul distribui gratuitamente 25 litros de água por dia para os que necessitam; além disso, instituiu uma política de "progressividade nas tarifas conforme o aumento do consumo de água, o que permite que os custos com a distribuição gratuita sejam cobertos" (RIVA, 2016, p. 147).

Acresça-se que a África do Sul é um dos países que consagraram de forma explícita o Direito à Água em suas constituições, ao lado da Bolívia, Colômbia, Congo, Etiópia, Equador, Gâmbia, Nicarágua, Níger, Quênia, Uganda, Uruguai, Zâmbia e Zimbábue (RIVA, 2016, p. 128); o que não ocorre nem com o Brasil nem tampouco com a Espanha, conforme se verá a seguir.

Volviendo, pois, aos documentos das Nações Unidas sobre o Direito à Água, aqui já mencionados, pode-se dizer, com Wolkmer e Melo

¹⁶ Mitre Guerra (2017, p. 64) chega a afirmar que quando se fala de Direito Humano à Água na verdade se define como direito ao acesso à água potável.

(2013, p. 13), que, a partir daí, houve um reconhecimento no âmbito internacional do direito à água, fazendo com que a comunidade internacional tenha assumido, por meio dos estados nacionais, o compromisso de sua promoção e tutela, ainda que – acrescentaríamos – esse direito possa não estar consagrado de forma explícita em suas cartas políticas.

Importante mencionar, ainda neste tópico, para finalizá-lo, a advertência de Riva (2016, p. 197) no sentido de que “a falta de uma afirmação constitucional do direito à água enseja dúvidas sobre a verdadeira existência desse direito de forma individual e judicializável”; entretanto, no caso brasileiro, vez que o país é signatário dos documentos das Nações Unidas que consagram o Direito à Água, vale, em nosso entendimento, o que preceitua o § 2º. do art. 5º. da Carta Magna, *in verbis*: “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”. Dito isso, passemos a analisar o tratamento do ordenamento jurídico brasileiro ao Direito à Água.

3.2 O DIREITO À ÁGUA NO DIREITO BRASILEIRO

A crise socioambiental e civilizacional, tratada no início deste *paper*, no âmbito do Direito produziu no Brasil o fenômeno que Benjamin (2008) denominou de “Constitucionalização do Ambiente e Ecologização do Direito”, onde “a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidária – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta” (BENJAMIN, 2008, p. 58, 59).

A doutrina, portanto, nesse esforço interpretativo que busca apreender os avanços alcançados em nossa Constituição e em outras que sofreram esse processo de ecologização, encontra elementos do que poderia se chamar, com Canotilho (2008), de “Estado de Direito Democrático e Ambiental”, ou, em Sarlet e Fensterseifer (2010), de “Estado Socioambiental de Direito”, ou, ainda, em Morato Leite (2008), de “Estado de Direito Ambiental”, aqui definido, a partir de Capella, como “uma forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural” (MORATO LEITE, 2008, p. 150).

Assim, a concepção de que a fórmula política de nossa Constituição de 1988 é um Estado de Direito Ambiental (ou, numa definição mais detalhista, Estado Democrático Socioambiental de Direito) decorre da síntese dialética “pós-positivista”, que supera, nas palavras de Belchior (2011, p. 90), a antinomia jusnaturalismo x positivismo, em que aos princípios é reconhecido o *status* de normas jurídicas autoaplicáveis, e não meras promessas de direitos. É a partir dessa exegese principiológica, que se vai buscar o Direito à Água no direito brasileiro positivado.

É dentre esses princípios – que decorrem do princípio maior da dignidade da pessoa humana¹⁷ – que pode ser encontrado, ainda que não de forma expressa em nossa Carta Política, o Direito Humano Fundamental à água. D’Isep (2010, p.58), após aduzir que o direito à vida é o precursor de todos os direitos, revelando uma série de corolários, dentre os quais o direito à água, afirma que este se manifesta como “princípio universal de direito fundamental à água-vida”.

O Direito à Água e ao Saneamento também se encontra nas reflexões de Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 27), ao prelecionarem que é no quadro teórico do Estado de Direito Ambiental que vão ser encontrados o que os autores denominam de *direitos fundamentais socioambientais*, posto que, a partir da visão de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais, reúnem direitos que são, a um só tempo, sociais e ambientais (ou ecológicos). Decorre, essa concepção, da Teoria dos Direitos Fundamentais, que são aqueles que, na concepção de Belchior (2011, p. 98), possuem um conteúdo essencialmente principiológico, representando a própria ideia de Justiça.

Dentre esses Direitos Fundamentais – de natureza socioambiental – estão os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à água, os dois primeiros positivados de maneira explícita em nossa Constituição e o último, de forma implícita, como resultante daqueles.

Ainda que estejam em artigos diferentes da Constituição, não há como interpretar de forma seccionada os direitos à saúde, previsto no art. 196, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do art. 225. Senão, observe-se:

Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

¹⁷Um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º. de nossa Carta Magna.

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...].

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 (BRASIL, 1988).

A relação entre a qualidade do meio ambiente – que deve ser ecologicamente equilibrado – e a sadia qualidade de vida prevista no art. 225 pode ser encontrada na síntese que é a definição de saúde pela Organização Mundial da Saúde (OMS), qual seja, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”¹⁸. Não há, portanto, como se pensar uma vida digna em um ambiente que não seja equilibrado, saudável e sustentável.

Assim, o Direito à Água pode ser encontrado nessa interpretação principiológica, a partir da premissa (por demais óbvia) de que não haverá boa qualidade do meio ambiente nem tampouco bem-estar físico, mental e social sem que haja o direito de acesso à água em quantidade necessária e em boa qualidade¹⁹.

Por estas razões é que Leme Machado (2014, p. 507) também defende que o acesso à água é um “Direito Humano Fundamental”, posto que o acesso ao precioso líquido, em quantidade suficiente e em boa qualidade, é condição *sine qua* para uma sadia qualidade de vida, o que significa que “qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta d’água, e, ao mesmo tempo, fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico”.

Ausente de forma explícita em nossa Carta Constitucional²⁰, mas, presente principiológicamente, como já aludido, o Direito à Água

¹⁸ Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 06.06.2018.

¹⁹ Evidentemente, que o Direito à Água também pode ser encontrado a partir de outros Direitos Fundamentais, como o Direito à Alimentação e o Direito à Moradia, consagrados no art. 6º de nossa Carta Política

²⁰ Importante aduzir que atualmente tramitam no Congresso Nacional duas Propostas de Emenda Constitucional – as PECs de números 39/2007 e 213/2012 – que buscam inscrever em nossa Carta Magna o Direito à Água.

vai estar presente também em alguns diplomas legais recentes, como é o caso do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), da Lei do Saneamento Básico (Lei 11.445/2007) e, em especial, da lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), que tem, entre seus objetivos, “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos” (art. 2º, I).

Na primeira norma – o Estatuto da Cidade – o direito ao *saneamento ambiental* integra o elenco de garantias do chamado direito a cidades sustentáveis (uma das diretrizes da política urbana), previsto em seu art. 2º, inciso I²¹.

Já a Lei 11.445/2007 define, em seu art. 3º, inciso I, *saneamento básico* como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de “*abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de recursos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas*” (Lei 11.445/2007, art.3º, I). Estabeleceu, ainda, como um de seus princípios fundamentais a universalização do acesso (ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico) nos termos do art. 2º, inciso I, combinado com o art. 3º, item III. Se se fala em *acesso* e em *universalização de acesso*, está-se a falar em Direito (de acesso) à Água; se tem o caráter universal, é direito.

A expressão *acesso* (à água), também presente na lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH (Lei 9.433/1997²²), pode expressar – juntamente com o termo *disponibilidade* (de água) e a definição da *hierarquia* quanto à prioridade de usos – o Direito Humano à Água, conforme pode se perceber dos dispositivos abaixo citados (ainda que, repita-se, não se deva desconhecer os limites e contradições desse diploma legal já retro mencionados e mais à frente novamente abordados):

Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
[...]

²¹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

²² Essa lei é voltada especialmente para o uso da água bruta, vez que a questão da água tratada faz parte da política de saneamento básico já citada.

III – em situações de escassez, o *uso prioritário* dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais.

Art. 2º. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária *disponibilidade* de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.

Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos *direitos de acesso à água*²³.

A interpretação desses dispositivos, em nosso entendimento, deve ser feita à luz do que determina o Comentário Geral n. 15 já acima mencionado, quanto às liberdades e direitos para que os indivíduos possam ter acesso à água. Aqui vale o ensinamento de Riva (2016, p. 136, 137), para quem o Direito Humano à Água está vinculado às necessidades pessoais e domésticas, não sendo possível afirmar que “empresas, ONGs ou mesmo instituições públicas tenham direito à água”, o que – aduziríamos – teria um impacto importante nas políticas públicas de outorga de direito de uso dos recursos hídricos²⁴.

Abra-se aqui um rápido parêntesis para dizer que, em nosso atendimento, aqueles usos da água voltados às atividades de produção de subsistência de pequenos camponeses, indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais, bem ainda aqueles ligados a seus cultos, ritos e expressões de espiritualidade e cultura, também devem integrar o conteúdo do Direito Humano Fundamental à Água²⁵, por força, inclusive, do que dispõe o Decreto 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais²⁶.

²³ Todos os grifos em itálico são nossos.

²⁴ A *outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos* é um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 5º., inciso III, da Lei 9433/97), cujo regime tem como objetivos “assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água” (art. 11 da mesma lei).

²⁵ Nestes casos, semelhantemente ao uso da água para consumo humano e animal, a água não é uma *commodity*, não tem valor de troca, mas, sim, valor de uso.

²⁶ Observe-se o que estabelece o art. 1º., inciso I, do Anexo do referido decreto: “Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão

Importante, ainda, dizer acerca da PNRH que seus princípios (art. 1º. da Lei 9433/97) trazem definições fundamentais (algumas, em nosso entendimento, contraditórias entre si e contrárias à garantia do Direito Humano à Água) para o tratamento da questão hídrica, quais sejam, o caráter da água como um “bem de domínio público” – que é consoante com a concepção do meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, inscrita no art. 225 de nossa Constituição, como antes aqui já aludimos – e dotada de “valor econômico” – o que encerra, repita-se, uma contradição em termos.

Trata, ainda, a lei da PNRH da visão de “usos múltiplos” na gestão dos recursos hídricos, o que já aponta uma perspectiva de conflito desses usos na disputa por um bem limitado e escasso (como a própria lei reconhece e que tende a se aprofundar em tempos de mudanças climáticas), e assegura que, em situações de escassez (e só nesses casos, o que configura outra falha da lei, do ponto de vista da efetiva garantia do Direito à Água), o uso prioritário será para o consumo humano e a dessedentação animal, como acima já tratamos.

Ainda que possamos reconhecer avanços em nossa Lei da Água – dentre os quais a determinação de que “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade” (art. 1º., inciso VI)²⁷ – falta à Lei 9.433/37 a visão socioambiental que embasa nossa Carta Política, quando esta consagra os direitos humanos e ambientais fundamentais. A gestão do conflito pelos usos múltiplos da água sem que haja uma priorização na lei que contemple, não apenas em períodos de calamidade e/ou escassez, o direito fundamental do acesso à água e a proteção dos ecossistemas aquáticos frente aos usos vinculados à economia de mercado, bem ainda a concepção de que a água tem valor econômico, podem induzir

ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios: I – o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade”.

²⁷ Dentre esses avanços, não pode se olvidar, quanto ao Direito Humano à Água, o que dispõe o item I do § 1º. do art. 12 da Lei da PNRH, a saber: independe de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento: o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos habitacionais, distribuídos no meio rural.

à produção de injustiça hídrica, por meio do instrumento de regulação responsável pelo acesso a esse direito, que é a outorga de direito de uso dos recursos hídricos²⁸.

Firpo Porto e Sousa Porto (2017, p. 127) definem, de forma contundente, mas, precisa, que a Lei da PNRH brasileira tem um “cunho nitidamente neoliberal”; significando que, a partir do paradigma instituído pelo Banco Mundial nos anos 90 (o tratamento da água como “bem econômico”), esse diploma legal não consiga efetivamente dar conta “da universalização e da democratização do acesso à água”.

Ademais, a lei trata as situações de crise ou calamidade como se fossem casos fortuitos. Ora, estamos em plena era de mudanças climáticas, e as projeções de colapso ambiental estão no umbral de nossos dias, confirmando (e até mesmo superando) as projeções anteriores do IPCC quanto ao agravamento dos fenômenos climáticos extremos, como secas e inundações, que têm se tornado mais severos e mais frequentes, conforme já vimos anteriormente.

3.3 O DIREITO À ÁGUA NO DIREITO ESPANHOL

Algumas observações se fazem necessárias antes de tratarmos acerca dos aspectos da legislação espanhola que tratam do Direito à Água. A primeira é a de que, mesmo com uma diferença de dez anos, há semelhanças entre as constituições brasileira, de 1988, e a anterior espanhola, de 1978, no que se relaciona à questão dos direitos fundamentais (aí incluído o direito ambiental), posto que ambas são tributárias da fórmula política do Estado Democrático de Direito²⁹ (recorde-se, por oportuno, que ambas foram frutos de processos de transição de regimes autoritários, ditatoriais, para a democracia, pelo menos, em seu aspecto político-jurídico). Isso significa que a mesma técnica interpretativa, a partir do reconhecimento das normas-princípio (e da força normativa que irradiam) pode ser usada quando se visitar os dispositivos legais que

²⁸ O tema da injustiça hídrica foi por nós tratado, em coautoria com Marques (2017), no capítulo 30 (“Ceará – A outorga dos recursos hídricos: instrumento der de garantia do direito à água ou de imposição de injustiça hídrica? O caso das indústrias hidrotensivas situadas no Complexo Industrial do Pecém, Ceará”) do livro “Direito Ambiental, Recursos Hídricos e Saneamento”, editado pelas Letras Jurídicas.

²⁹ A Espanha se define como um “Estado Social e Democrático de Direito”, por força do art. 1º. da Carta Magna (*Artículo 1: 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*).

tratam do tema, até porque – e aqui se encontra a segunda observação – tal qual ocorre no Brasil, a Carta Política espanhola não prevê, de forma explícita, o Direito à Água.

Portanto, assim como no Brasil, o Direito à Água pode ser deduzido da confluência dos Direito de Proteção à Saúde, cominado no art. 43, e do Direito ao Meio Ambiente, previsto no art. 45, ambos da Constituição espanhola, que se transcrevem abaixo:

Artículo 43

- 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
- 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

Artículo 45

- 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
- 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
- 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Acresça-se, por oportuno, que tal qual o Brasil, o Estado Espanhol também foi favorável à Resolução A/RES/64/292 da Organização das Nações Unidas que consagra o Direito à Água e ao Saneamento. Assim, de forma implícita (também como no Brasil), esse direito, previsto nessa resolução (e em outros documentos das Nações Unidas já acima referidos), também se incorpora(m) ao elenco dos direitos fundamentais espanhóis, por força do disposto no art. 10, item 2 de sua Constituição, qual seja: *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Apresentadas as semelhanças, que fazem com que possamos compreender que, tanto no Brasil como na Espanha, há um Direito Humano Fundamental à Água (e ao Saneamento)³⁰, ainda que se reclame

³⁰ Mitre Guerra (2017, p. 47) fala de um direito de nova geração, resultante de um processo de expansão de direitos humanos que *“intenta reaccionar frente a las necesidades*

– para uma maior e melhor segurança jurídica, e, portanto, melhor eficácia e efetividade – sua inclusão de forma explícita em suas cartas políticas e leis infraconstitucionais (trazendo comandos normativos expressos que possam garantir sua concretude), passaremos a apresentar adiante as peculiaridades próprias do direito espanhol.

No contexto de afirmação do Direito de Águas espanhol, dois aspectos que consideramos fundamentais devem ser destacados: o surgimento de um movimento social muito forte vinculado a um novo conceito, proposta e organização, que é a “Nova Cultura da Água”, e a legislação comunitária europeia, em especial a Diretriz Quadro da Água (ou *Directriz Marco del Agua*, DMA, como a ela aludem os espanhóis), do Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho Nacional da União Europeia.

Quanto ao primeiro aspecto, vamos nos referir, de forma bastante sucinta, a um vigoroso movimento social que emerge no início deste novo século (quando o governo de então, na apresentação do anteprojeto do Plano Hidrológico Nacional, previu a transposição da Bacia do Rio Ebro), englobando as populações camponesas que seriam atingidas pelas obras às quais se juntaram movimentos ecologistas, pesquisadores e professores universitários, que não só opuseram resistência ao projeto faraônico como propuseram “*nuevas estrategias de gestión de la demanda y de conservación de los ecosistemas acuáticos, en sintonía con los enfoques vigentes en países más avanzados*” (ARROJO AGUDO *et al*, 2010, p. 37).

A Nova Cultura da Água que emerge daí incorporou a defesa dos rios como fontes de identidade territorial e de riqueza para os povos ribeirinhos, ainda que a motivação inicial das mobilizações tenha sido a defesa do território (ARROJO AGUDO *et al*, 2010, p. 109). É nesse processo de amplas e massivas mobilizações que surge a Fundação Nova Cultura da Água que, desde então, tem desempenhado um papel fundamental na defesa do Direito à Água e da proteção ambiental da água e dos ecossistemas aquáticos³¹, inclusive, com a elaboração do Pacto Social pela Água, a partir da “*Iniciativaagua2015*”³².

O outro evento a se destacar, como já referido acima, foi a DMA (*Directriz Marco del Agua*), aprovada em Bruxelas, no ano de 2000 e que,

humanas que las nuevas realidades exigen a objeto de garantizar los derechos y libertades del se humano”.

³¹ “*La Fundación Nueva Cultura del Agua (FNCA) está formada por un grupo de personas de España y Portugal que promovemos un cambio en la política de gestión de aguas para conseguir actuaciones más racionales y sostenibles. Somos profesionales procedentes de diferentes ámbitos (académico, empresarial, cultural, social...) que, a través del conocimiento científico y con sensibilidad social, defendemos una Nueva Cultura del Agua*” (cf. <https://fnca.eu/la-fundacion>, acesso em 19.08.2018).

³² Cf. <https://fnca.eu/73-boletin/titulos/475-pacto-social-por-el-agua-publica>, acesso em 19.08.2018.

na visão de vários especialistas, levou a uma profunda mudança de paradigmas. Segundo Moral Ituarte (2017, p. 9), “*de la satisfacción de las demandas sociales como objetivo primero y central se passa a la prevención del deterioro del agua y los ecosistemas asociados, y a la protección y mejora del estado de los ecosistemas acuáticos.*”

Se encaramos o Direito à Água como o direito à água potável (como antes já aludido), teremos também que citar, no âmbito comunitário europeu, a Diretiva 98/83/CE que é relativa à qualidade das águas destinadas ao consumo humano³³. No entanto, cremos que vale a pena aqui citar a visão integrada que relaciona o direito ao acesso à água de qualidade com a boa qualidade desse bem; é o que se depreende do Considerando n. 24 da referida DMA, que estabelece que “a boa qualidade da água assegurará o abastecimento das populações com água potável”³⁴.

Finalmente, há que se apreciar a própria legislação nacional espanhola do Direito de Águas, especialmente, o Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julho, intitulado *Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA)*, que, embora não positive de forma explícita o Direito Humano à Água (da mesma forma que a lei brasileira de águas não o faz), este pode ser encontrado em outras formulações normativas.

Ressalte-se, por oportuno, que o TRLA, assim como a DMA, está muito mais voltado para o aspecto protetivo-ambiental do que propriamente para a garantia do Direito à Água. No entanto, esse direito pode ser encontrado tanto na compreensão, já acima aludida, de que a boa qualidade ecológica da água visa à garantia de um dos aspectos desse direito (que é a qualidade da água; sua potabilidade, portanto), mas, também, em outros dispositivos que serão mencionados abaixo.

Da mesma maneira que a legislação brasileira de 1997, o TRLA também estabeleceu uma ordem hierárquica de prioridades, quando se trata das concessões administrativas (no Brasil, são chamadas, como já visto, de outorgas) para o uso das águas. Ainda que o art. 60, item 1, estabeleça que a ordem de preferência das concessões deverá ser definida pelo plano hidrológico da bacia correspondente, tendo em vista o uso múltiplo das águas, dois outros dispositivos devem ser observados, conforme se verá a seguir.

³³ Cf. <http://www.iasaude.pt/attachments/article/658/Diretiva%2098-83-CE.pdf>, acesso em 07,06,2018.

³⁴ Cf. <https://www.boe.es/doue/2000/327/L00001-00073.pdf>, acesso em 07.06.2018.

Primeiro, se não houver ordem de preferência estabelecida no plano de bacia, ela deverá contemplar em primeiro lugar o “*abastecimiento de población, incluyendo en su dotación necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal*” (art. 60, 3, § 1º.), para daí atender, nessa ordem hierárquica decrescente, a irrigação, a indústria, a aquicultura, os usos recreativos, a navegação e transporte aquático e outros aproveitamentos. Segundo porque, mesmo que o plano de bacia contemple outra ordem hierárquica, há de se respeitar sempre a supremacia de uso consignada no parágrafo 1º. (abastecimento da população). Ou seja, em nosso entendimento, garantir como prioritário o abastecimento da população significa reconhecer o Direito Humano à Água.

Da mesma forma, entendemos que é o Direito Humano à Água (além da concepção da água como *common* ou bem comum) que inspira o disposto no art. 50 da TRLA, sobre os usos comuns, vinculados aos usos domésticos e a dessedentação do gado, senão observe-se a própria redação da lei:

Artículo 50. Usos comunes:

Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado.

Evidentemente, não se pode desconhecer que alcançar, no significado desses dispositivos, o Direito à Água, ainda que seja importante para impedir a injustiça hídrica (que pode se manifestar com a inversão da ordem de prioridades ou com o não atendimento dos usos comuns das águas), é insuficiente para a real efetivação desse direito, ainda mais em países cada vez mais urbanizados como a Espanha (e o Brasil). Trata-se, portanto – como bem coloca o já referido Pacto Social pela Água –, de enfrentar o debate acerca dos modelos de gestão dos serviços de abastecimento e saneamento, que, dentre outros aspectos, demanda:

[...] la gestión del suministro con criterios de equidade social en las políticas tarifarias [...] (con) una dotación mínima – cuyo valor debería concretarse, pero que en el contexto mundial está entre 60 y 100 litros por persona y día y el compromiso de no cortar el suministro en casos de impago justificado socialmente (asequibilidad económica);

[...] los servicios de abastecimiento y saneamiento de agua como servicios públicos vinculados a los derechos humanos, fuera de la lógica

del mercado y ajenos a criterios y prioridades de negocio privado [...] nuevas formas de control social y democracia participativa, que garanticen transparencia y participación ciudadana efectiva y proactiva [...]»³⁵.

Para concluir este tópico – e almejando fazer uma síntese do que aqui já foi apresentado – podemos dizer que a luta política e social pelo Direito Humano à Água passa, no aspecto sociojurídico, por duas vertentes: a utilização (em mobilizações e demandas administrativas e judiciais) de uma técnica de interpretação que possa, a partir dos aspectos principiológicos constitucionais, extrair esse direito das normas da própria constituição e da legislação ordinária; e a elaboração de uma nova legislação que, a partir desses princípios, possa criar mecanismos público-comunitários como os que demanda o pacto social acima referido para a efetivação desse direito na vida das pessoas (além, evidentemente, de incluir nas constituições a previsão do Direito Fundamental à Água, como já anotado anteriormente). É o que vai se intentar agora nas considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: AVANÇANDO EM ALGUMAS PROPOSIÇÕES PARA A GARANTIA DO DIREITO À ÁGUA E DE SUA PROTEÇÃO ECOSSISTÊMICA

Para assegurar o direito humano fundamental ao acesso a esse bem comum que é o bem água pensamos numa combinação de dois vetores igualmente importantes para essa concretude, a saber: em primeiro lugar, a partir da interpretação principiológica de ambos os ordenamentos jurídicos (que são assemelhados em sua fórmula política de Estado Democrático – e Social – de Direito), que extrai, não só das normas constitucionais, mas, da legislação ordinária também, o duplo reconhecimento tratado neste *paper*: I. A água é um *bem público-comum*, não privado, nem privatizável, portanto, não se enquadra – posto que inapropriável – como mercadoria; II. Há um direito humano fundamental (porque reconhecido, ainda que implicitamente, nas constituições) ao acesso e utilização do precioso líquido, o que deve levar a medidas importantes nos aspectos administrativo e judicial para garantir

³⁵ Cf. https://fnca.eu/images/documentos/DOCUMENTOS/pacto_agua_p%C3%BAblica.pdf, acesso em 07.06.2018.

o exercício desse direito³⁶. Esse primeiro vetor – importante, mas, ainda insuficiente – não demanda mudanças legislativas nos ordenamentos jurídicos, mas, pode servir de freio às tendências privatizantes que vêm produzindo injustiças hídricas e socioambientais.

O segundo vetor se dirige ao campo da produção legiferante, tanto no âmbito da Constituição, como em sede de legislação infraconstitucional. E aqui, vamos nos permitir apresentar as propostas abaixo que se vão se dirigir, especificamente, para o Brasil, bebendo das fontes dos movimentos sociais e dos avanços legislativos de outros países, especialmente da Espanha (cujo direito foi objeto deste estudo), sem olvidar, no entanto, a importante contribuição do novo constitucionalismo latino-americano, também aqui apresentado.

Assim, é que elencamos, como proposições, o que se segue:

1. A aprovação das Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) de números 39/2007 e 213/2012, que buscam inscrever em nossa Constituição Federal o Direito Humano Fundamental à Água;

2. A criação, por lei, de um piso mínimo vital gratuito de consumo doméstico da água para alimentação e higienização a ser garantido pelas companhias de gestão da água³⁷;

3. Um escalonamento proporcional dos preços das tarifas a partir do piso mínimo que possa garantir uma justiça distributiva em função do consumo da água até chegar à proibição do uso perdulário e ostensivo do precioso líquido;

4. A retirada, na lei da PNRH, da menção neoliberal ao valor econômico da água, que deve ser reconhecida pelo seu valor ecológico, humano, sagrado, territorial e comunitário;

5. A modificação na mesma lei, para garantir que a prioridade ao consumo humano não deve ser dar apenas em situações de escassez, mas, de forma permanente, seguida, nesta ordem hierárquica, do meio ambiente, ou seja, do que a legislação espanhola chama de demanda ambiental da água, que é o mesmo caudal ecológico.

³⁶ Há um terceiro aspecto a ser considerado, tão fundamental como os demais, no que concerne à abordagem da água, que é o que se refere à proteção ambiental do precioso líquido; sua não abordagem decorre unicamente do recorte teórico da presente abordagem.

³⁷ Conforme já visto anteriormente, esse piso mínimo vital na África do Sul é de 25 litros, enquanto o Pacto Social pela Água, na Espanha, como também já mencionado antes, fala entre 60 e 100 litros por pessoa (além de outras formulações). Portanto, não há consenso quanto a esse mínimo vital; no entanto, sobre a necessidade de garanti-lo, sim

8. A rejeição a qualquer projeto de privatização da água ou das águas, seja dos mananciais (aquíferos, fontes, rios, lagos, açudes etc.), seja das companhias públicas de saneamento (água e esgoto), que pode se dar ou por meio de privatização do setor elétrico (ao qual nos opomos, já que nossa matriz energética é majoritariamente hídrica), ou pela abertura de capital das empresas de gestão da água bruta e tratada, por meio das parcerias público-privadas; afirmamos a gestão pública da água voltada para os interesses públicos, seja por meio de companhias 100% estatais com controle popular, seja por meio de parcerias público-público ou público-comunitária.

Na medida em que, a política de recursos hídricos deve se articular com a política ambiental (para garantir o direito à água potável, se faz necessário proteger os ecossistemas aquáticos), pensamos ser importante ressaltar a oposição a qualquer forma de modificação da lei dos agrotóxicos que leve à sua flexibilização e a um menor controle pelo uso dessas substâncias; para uma melhor qualidade da água, importante apoiar as técnicas agrícolas vinculadas à agroecologia e à agricultura orgânica.

Enfim, em nosso entendimento, ainda que, pelo próprio caráter deste artigo, não se tenha tratado sobre a proteção ambiental-hídrica, se faz necessário afirmar que somente uma concepção ecológica e socioambiental, que fundamenta a visão da água como bem comum, é quem pode garantir o Direito Humano à Água e dar conta de uma relação com esse bem que não seja mediada pelos interesses privatistas e privatizantes do capital, cuja visão instrumental e de curto prazo, insustentável e injusta, portanto, é a responsável, em última análise, pela crise civilizacional em que o planeta e a humanidade estão mergulhados. Sua superação passa, portanto, dentre outras abordagens, propostas e práxis, por uma Nova Cultura da Água. Esse é o desafio que se coloca para a humanidade neste século XXI. Estaremos à altura desse desafio?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROJO AGUDO, Pedro. El agua, bien común o negocio?. *In*: PLATAFORMA CONTRA LA PRIVATIZACIÓN DE L CYII, MAREA AZUL. **Más claro agua**: el plan de saqueo del Canal de Isabel II. Madrid: Traficante de Sueños, 2017.

_____, Pedro; CASAJÚS MURILLO, Lourdes; GOMÉZ FUENTES, Anahi Copitaz. **La rebelión de la montaña**: los conflictos del agua en Aragón. Zaragoza: Fundación Nueva Cultura del Agua, 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARLI, Ana Alice de. *Água é vida: eu cuido, eu poupo: para um futuro sem crise*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIRPO PORTO, Marcelo; SOUZA PORTO, Philippe Seyfarth. Ecologia Política da Água: Conflitos ambientais no Brasil e a defesa dos comuns. *In*: JACOBI, Pedro Roberto; FRACALANZA, Ana Paula; EMPINOTTI, Vanessa (Orgs.). **Governança da água no contexto ibero-americano: inovação em processo**. São Paulo: IEE-USP, UFABC e GovAmb, 2017.

GÜTSCHOW, Johannes *et al.* **INDCs lower projected warming to 2.7°C: significant progress but still above 2°C**. Climate Action Tracker. Disponível em: www.climateactiontracker.org/publications/briefing/223/INDCs-lower-projected-warming-to-2.7C-significant-progress-but-still-above-2C-.html. Acesso em: 19 ago. 2018.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Bem-Estar Comum**. Tradução de Clóvis Marques. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

HELFRICH, Silke. Bienes Comunes y Ciudadanía: una invitación a compartir. *In*: HELFRICH, Silke (Org.). **Genes, Bytes y Emisiones: bienes comunes y ciudadanía**. Fundación Heinrich Böll, 2008.

HOUTART, François. **Dos Bens Comuns ao “Bem Comum da Humanidade”**. Trad.: Conceição Rosa de Lima Conceição. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo, 2011.

IPCC. **Fourth Assessment Report (AR4)**. Disponível em: http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml. Acesso em: 19 ago. 2018.

LA CALLE MARCOS, Abel. Nuevos enfoques institucionales en la gestión del agua: Directiva Marco de Agua. In: MORAL ITUARTE, Leandro del; ARROJO AGUDO, Pedro; HERRERA GRAO, Ton (Orgs.). **El Agua: perspectiva ecosistémica y gestión integrada**. Zaragoza: Fundación Nueva Cultura del Agua, 2015.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MANAHAN, Mary Ann; GUTTAL, Shamali. **Comuns, a nova fronteira da luta anticapitalista**. Trad.: Inês Castilho. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/5_69111-comuns-a-nova-fronteira-da-luta-anticapitalista. Acesso em: 2 jul. 2017.

MARQUES, Luiz. **Capitalismo e colapso ambiental**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2015.

MITRE GUERRA, Eduardo. **El Derecho al Agua: naturaleza jurídica y protección legal en los ambitos nacionales e internacional**. Madrid: Iustel, 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico na América Latina, o *Bem Viver* e a Nova Visão das Águas. In: MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MELO, Álisson José Maia (Orgs.). **As águas da UNASUL na Rio+20: direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro**. Curitiba: CRV, 2013.

MORAL ITUARTE, Leandro Del. Viejos y nuevos planteamientos frente a la sequia: de la gestión de crisis a la gestión de riesgos. **Informe Andarrios**. Sevilla: Junta de Andalucía, 2017.

MORATO LEITE, José Rubens. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NAVARRO ORTEGA, Asensio. Derecho de Aguas. In: TORRES LOPEZ, M. Asunción; ARANA GARCIA, Estanislao (Orgs.). **Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

ONU (Organização das Nações Unidas). **O Direito Humano à Água e Saneamento**. Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: 19 ago. 2018.

RIVA, Gabriela R. Saab. **Água, um direito humano**. São Paulo: Paulinas, 2016.

RODRIGUEZ LABAJOS, Beatriz; MARTÍNEZA ALIER, Joan. Ecología Política del Agua. *In*: MORAL ITUARTE, Leandro del; ARROJO AGUDO, Pedro; HERRERA GRAO, Ton (Orgs.). **El Agua: perspectiva ecosistémica y gestión integrada**. Zaragoza: Fundación Nueva Cultura del Agua, 2015.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. Derecho Humano al Agua. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). **Direito Ambiental, Recursos Hídricos e Saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da Política Nacional de Recursos Hídricos e aos 10 anos da Política Nacional de Saneamento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TELLES MELO, João Alfredo; PATRÍCIO MARQUES, Geovana de Oliveira. Ceará – A outorga dos recursos hídrico: instrumento de garantia do Direito Humano à Água ou de imposição de injustiça hídrica? O caso das indústrias hidrotensivas situadas no Complexo Industrial e Portuário do Pecém, Ceará. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). **Direito Ambiental, Recursos Hídricos e Saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da Política Nacional de Recursos Hídricos e aos 10 anos da Política Nacional de Saneamento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; MELO, Milena Petters. O Direito Fundamental à Água: convergências no plano internacional e constitucional. *In*: MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MELO, Álisson José Maia (Orgs.). **As águas da UNASUL na Rio+20: direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro**. Curitiba: CRV, 2013.